

Luis Alejandro Yshií Meza

LAS PENAS DE INHABILITACIÓN Y MULTA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Problemas Normativos y Prácticos

Prólogo:

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Juez Supremo Titular
Corte Suprema de Justicia de la República



© LAS PENAS DE INHABILITACIÓN Y MULTA EN LOS
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Problemas Normativos y Prácticos

© Jurista Editores E.I.R.L., 2019

Editado por:

Jurista Editores E.I.R.L.

Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima - Perú.

Teléfono: 4276688 / 4266303 / 4281072

20459059424

Primera Edición - Junio 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño y diagramación: *Carlos García*

Diseño de cubierta: *Marco A. Arcos Paredes*

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú: 2019-04783

ISBN: 978-612-4366-74-1

Impreso por:

JURISTA EDITORES EIRL

Petit Thouars N° 1207 - Lima - Perú.

Junio 2019

A Eimicita, mi hija, con todo el cariño del mundo.
A mis padres (Lucho y Reyna), a mi hermana
Juanita y al hermano Walter, por su apoyo
constante, en los buenos momentos y en los otros,
de aprendizaje.

A Luis Miguel Bramont-Arias Torres, con el
agradecimiento eterno de siempre.

ÍNDICE

Dedicatorias.....	7
Prólogo.....	19
Presentación	25

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DE LA REFORMAS LEGISLATIVAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Ley N° 28355: Ley que modificó diversos artículos del Código Penal y la Ley Penal contra el Lavado de Activos (04/OCT/2004).....	59
2. Ley N° 29703: Ley que modificó el Código Penal con relación a los delitos contra la Administración Pública (10/JUN/2011).....	62
3. Ley N° 29758: Ley que modificó el Código Penal con relación a los delitos contra la Administración Pública (21/JUL/2011).....	68
4. Ley N° 30054: Ley que modificó, entre otros, el artículo 46°-A del Código Penal, circunstancia agravante por condición del sujeto activo (30/JUN/2013)	72
5. Ley N° 30076: Ley que modificó el Código Penal para combatir la Inseguridad Ciudadana (19/AGO/2013).....	75
6. Ley N° 30077: Ley contra el Crimen Organizado (20/AGO/2013)	78
7. Ley N° 30111: Ley que incorpora la Pena de Multa en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos (26/NOV/2013).....	81
8. Ley N° 30124: Ley que modificó el artículo 425° del Código Penal, sobre el concepto de Funcionario o Servidor Público (13/DIC/2013)	85

9. Ley N° 30304: Ley que prohíbe la Suspensión de la Ejecución de la Pena para Delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos (28/FEB/2015)	87
10. Decreto Legislativo N° 1243: Decreto Legislativo que modificó el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de Duración de la Pena de Inhabilitación Principal, e Incorporar la Inhabilitación Perpetua para Delitos cometidos contra la Administración Pública y que creó el Registro Único de Condenados Inhabilitados (22/OCT/2016)	89
11. Decreto Legislativo N° 1351: Decreto Legislativo que modificó el Código Penal a fin de fortalecer la Seguridad Ciudadana (07/ENE/2017)	93
12. Ley N° 30650: Ley que reforma el artículo 41° de la Constitución Política del Perú (20/AGO/2017)	94

CAPÍTULO II:

REFORMAS LEGISLATIVAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU IMPLICANCIA EN LA PENA DE INHABILITACIÓN

1. Inhabilitación: Definición	109
2. Inhabilitaciones en el Código Penal Peruano.....	113
3. Inhabilitaciones que restringen la participación en la Administración Pública y en actividades políticas	116
3.1. Privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular	117
3.2. Incapacidad o impedimento para la obtención de mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.....	118
3.3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia	119
3.4. Privación de los grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio que se sirvió el agente para cometer el delito.....	121
3.5. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en las instituciones de educación básica o superior descentralizados o todo órgano que se dedica a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación	122

4. Formas de Aplicar la Pena de Inhabilitación.....	124
4.1. Inhabilitación Principal	126
4.2. Inhabilitación Accesorio	131
5. Duración de la Pena de Inhabilitación	
<i>(Control de Constitucionalidad en la Consulta del Expediente</i>	
<i>Nº 17112-2017-LIMA de fecha 25 de setiembre de 2017, emitida por la Sala</i>	
<i>de Derecho Constitucional y Social Permanente)</i>	133
5.1. Inhabilitación Perpetua.....	136
5.2. Inhabilitación Temporal	139
6. Modos de Imponer la Pena de Inhabilitación	141
6.1. Inhabilitación Genérica	144
6.2. Inhabilitación Específica.....	146
7. Cómputo y Ejecución de la Pena de Inhabilitación	147

CAPÍTULO III:
REFORMAS LEGISLATIVAS
EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y SU INCIDENCIA EN LA PENA DE MULTA

1. La Multa en el Sistema de las Consecuencias Jurídicas del Delito.....	156
2. La Multa como Pena	158
2.1. Concepto de Pena de Multa.....	163
2.2. Sistemas aplicables para su Imposición Judicial.....	164
2.3. Sistema de Determinación Judicial en la Legislación Penal Nacional.....	165
2.3.1. Determinación del Número de Días - Multa.....	168
2.3.2. Definición de la Cuota Diaria Dineraria	171
2.3.3. Importe Total de la Multa a Pagar.....	172
2.4. Tiempo y Forma de Pago de la Multa.....	172
2.5. Conversión de la Pena de Multa	173
3. La Multa como Consecuencia Accesorio.....	175
4. La Multa como Medida Administrativa Aplicable	179

CAPÍTULO IV:
DETERMINACIÓN JUDICIAL
DE LAS PENAS PRINCIPALES Y CONJUNTAS
EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
[A PARTIR DE LA LEY N° 30076]

1.	Antecedentes de su Regulación Penal	187
2.	Vigencia y Ámbito de Aplicación en el Sistema de Penas.....	188
3.	Concepto y Sistema de Determinación Judicial.....	189
3.1.	Identificación de la Pena Básica	191
3.2.	Individualización de la Pena Concreta.....	192
3.2.1.	Circunstancias Comunes o Genéricas.....	195
3.2.2.	Circunstancias Especiales o Específicas	198
3.2.3.	Circunstancias Cualificadas Agravadas.....	199
3.2.3.1.	Circunstancia Agravante por condición del Sujeto Activo (artículo 46°-A)	200
3.2.3.2.	El Funcionario o Servidor Público Reincidente (artículo 46°-B).....	201
3.2.3.3.	El Funcionario o Servidor Público Habitual (artículo 46°-C).....	205
3.2.3.4.	Agravantes Especiales (artículo 23° de la Ley N° 30077).....	207
3.3.	Causales de Aumento o Disminución de la Punibilidad.....	208
3.4.	Problemática de los Concursos en los Delitos Funcionariales	209
3.5.	Prohibición de la Aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la Pena: Otras Alternativas de Solución (Conversión y Sustitución de Penas)	212
4.	Esquemas para Determinación Judicial de Penas Principales y Conjuntas en Delitos contra la Administración Pública.....	215
4.1.	Abuso de Autoridad - Tipo Legal Básico (artículo 376°).....	215
4.1.1.	Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	216
4.1.2.	Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	219
4.2.	Abuso de Autoridad - Tipo Legal Agravado (artículo 376°).....	221
4.3.	Colusión Simple y Agravada (artículo 384°).....	222
4.3.1.	Colusión Simple (artículo 384°, 1er. Párrafo).....	223
4.3.1.1.	Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	223

4.3.1.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	224
4.3.1.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa	226
4.3.2. Colusión Agravada (artículo 384°, 2do. Párrafo)	229
4.3.2.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	229
4.3.2.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	230
4.3.2.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa	232
4.4. Peculado Doloso y Culposo (artículo 387°).....	235
4.4.1. Peculado Doloso (artículo 387°, 1er. Párrafo).....	235
4.4.1.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	236
4.4.1.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	238
4.4.1.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa	239
4.4.2. Peculado Doloso Agravado (artículo 387°, 2do y 3er. Párrafo).....	242
4.4.2.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	242
4.4.2.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	243
4.4.2.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa	243
4.4.3. Peculado Culposo (artículo 387°, 4to. Párrafo).....	243
4.4.3.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	243
4.4.3.2. Determinación de la Pena de Prestación de Servicios a la Comunidad.....	246
4.4.3.3. Determinación de la Pena de Inhabilitación	248
4.4.4. Peculado Culposo Agravado (artículo 387°, 4to. Párrafo)	250
4.4.4.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad.....	250
4.4.4.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación	250
4.4.4.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa	251

ANEXOS JURISPRUDENCIA

Acuerdos Plenarios

Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116:

Alcances de la Pena de Inhabilitación	257
---	-----

Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116:

Ejecución de la Pena de Inhabilitación y Recurso Impugnatorio.....	270
--	-----

Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116:

Reincidencia, Habitualidad y Determinación de la Pena 277

Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116:

Determinación de la Pena y Concurso Real 290

Resoluciones Judiciales

Corte Superior de Justicia de San Martín

Primer Juzgado Penal Unipersonal de Tarapoto

Exp. N°: 0029-2017-32-2208-JR-PE-03

Delitos: Cohecho Pasivo Propio y otro

Sentencia: Resolución N° 25: Tarapoto, 07 de diciembre de 2018..... 307

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N° 743-2018-LIMA, 26 de octubre de 2018

Concurso aparente de leyes 339

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N° 2471-2017-APURÍMAC, 03 de octubre de 2018

Suficiencia Probatoria para Condenar

Peculado Doloso y otro (artículo 387° y otro)..... 351

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Casación N° 1459-2017-LAMBAYEQUE, 20 de setiembre de 2018

Reincidencia 358

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N° 753-2018-LIMA, 07 de agosto de 2018

Proporcionalidad y razonabilidad de las penas impuestas..... 366

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Apelación N° 24-2017-CUSCO, 30 de abril de 2018

Prueba testifical y suficiencia probatoria

Cohecho Pasivo Específico (artículo 395°, 2do. Párrafo)..... 374

Corte Suprema de Justicia de la República

Primera Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 1637-2017-CANETE, 17 de enero de 2018

La Pena de Inhabilitación

Peculado de Uso Agravado (artículo 388°, 2do. Párrafo)..... 386

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala de Derecho Constitucional y Social

Consulta N° 17112-2017-LIMA, 25 de setiembre de 2017

Inhabilitación Definitiva

Inhabilitación (artículo 398°-B) 396

Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada

en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Colegiado A

Exp. N°: 00008-2014-19-5001-JR-PE-01

Delitos: Enriquecimiento Ilícito y Lavado de Activos

Sentencia de Apelación: Resolución N° 07: Lima, 25 de agosto de 2017 406

Corte Superior de Justicia de Moquegua

Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Mariscal Nieto

Exp. N°: 418-2014-68-2801-JR-PE-01

Delitos: Cohecho Pasivo Propio y otro

Sentencia de Conformidad: Resolución N° 11: Tarapoto, 04 de julio de 2017 503

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 1315-2015-LIMA, 14 de marzo de 2016

Alcances sobre el Delito de Peculado

Peculado Doloso (artículo 387°) 519

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 1441-2015-JUNÍN, 11 de noviembre de 2015

Límite del Recurso de Nulidad

Peculado Doloso y otro (artículo 387° y otro) 528

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 379-2015-LIMA, 24 de agosto de 2015

Inhabilitación y Absolución

Colusión y otros (artículo 384° y otros) 534

Corte Suprema de Justicia de la República

Juzgado Supremo de Instrucción

Asunto Varios N° 05-02, 26 de febrero de 2015

Cohecho Pasivo Impropio y otro (artículo 394° y otro) 548

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 3864-2013-JUNÍN, 08 de setiembre de 2014

Determinación Judicial de Penas Principales Conjuntas 553

Anexos Legislativos

LEY N° 28355 (06 de octubre de 2004)

Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal

contra el Lavado de Activos 567

LEY N° 29703 (10 de junio de 2011)

Ley que modifica el Código Penal respecto de los Delitos contra la

Administración Pública 571

LEY N° 29758 (21 de julio de 2011)

Ley que modifica el Código Penal respecto de los Delitos contra la

Administración Pública 573

LEY N° 30054 (30 de junio de 2013)

Ley que incorpora el artículo 108-A al Código Penal, modifica los artículos 46-A,

108, 121 y 367 del Código Penal y los artículos 47, 48 y 53 del Código de

Ejecución Penal, para prevenir y sancionar los delitos contra miembros de la

Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o del

Ministerio Público, Miembros del Tribunal Constitucional o Autoridades

elegidas por mandato popular 575

LEY N° 30076 (19 de agosto de 2013)

Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la Inseguridad Ciudadana 579

LEY N° 30077 (20 de agosto de 2013)

Ley contra el Crimen Organizado..... 614

LEY N° 30111 (26 de noviembre de 2013)

Ley que incorpora la Pena de Multa en los Delitos cometidos por Funcionarios Públicos..... 636

LEY N° 30304 (26 de febrero de 2015)

Ley que prohíbe la Suspensión de la Ejecución de la Pena a los Delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos..... 641

DECRETO LEGISLATIVO N° 1243 (22 de octubre de 2016)

Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la Pena de Inhabilitación Principal, e incorporar la Inhabilitación Perpetua para los Delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados..... 642

DECRETO LEGISLATIVO N° 1351 (07 de enero de 2017)

Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la Seguridad Ciudadana 650

LEY N° 30650 (19 de agosto de 2017)

Ley de Reforma del artículo 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA del Perú..... 657

Bibliografía 659

PRÓLOGO

La presencia activa de la inseguridad ciudadana, la criminalidad organizada y la corrupción de sistema, han promovido la aplicación de continuas reformas en la legislación penal nacional. A través de todas ellas se han ido insertando en el Código Penal de 1991, un conjunto asimétrico de reglas especiales para la prevención, control y sanción de aquellos fenómenos que, lamentablemente, caracterizan la realidad actual de la sociedad peruana. Sin embargo, la formulación y aplicación de un modelo diferente de legislación penal contra esas modalidades de delincuencia no es una experiencia exclusiva de nuestro país. Se trata, más bien, del reflejo y asimilación de una consolidada tendencia que identifica a la política criminal latinoamericana del tercer milenio

Ahora bien, la falta de información empírica, la prevalencia de la improvisación en la toma de decisiones, así como la pérdida de oportunidades y el desconocimiento o desatención de las consecuencias de lo que se pretende hacer y finalmente se hace, para interdictar y reprimir la criminalidad, también constituyen a lo largo de nuestra historia reciente una práctica disfuncional y reiterada del Estado Peruano. Por lo demás, dicha *praxis* negativa se potencia con el permanente uso simbólico y populista de un derecho penal que sólo oferta funciones latentes, las cuales socialmente se desgastan encubiertas en continuos procesos de criminalización y sobrecriminalización, o de meras modificaciones coyunturales, parciales y transitorias. Y, como efecto sensible de este inocuo proceder del Estado, se reproducen y extienden los mensajes o sensaciones de temor o victimización potencial entre la población, los cuales

se ratifican y amplifican también con las cotidianas campañas de alerta que desarrollan los medios de comunicación social. Asimismo, en un contexto psicosocial de esas características, no resulta extraño que el discurso político y ciudadano se desplace con frecuencia hacia propuestas radicales alentadoras del retorno de la pena de muerte o de innovación de medidas de exclusión peligrosista como la **custodia post penitenciaria** o las **notificaciones a la comunidad**. Sobre todo, cuando se abordan los indicadores cuantitativos de agresión sexual de menores o de violencia de género. En fin, todas estas decisiones y actitudes colocan al Estado, como a su política criminal, en un escenario cíclico y concéntrico de errores e irresponsabilidades que no alteran en nada el espectro siempre en crecimiento y expansión de la delincuencia.

Sin embargo, en el presente, un uso estatal y comunicativo del castigo, entendido y visualizado del modo que lo hemos descrito, pasa fácilmente, a convertirse en **un estilo de gobierno** que ofrece múltiples ventajas coyunturales, que exceden el tradicional marco de la política criminal, para constituir un funcional acompañamiento táctico y meditado de otros objetivos de gobernanza como la reformulación de políticas económicas, financieras o tributarias. Lo ocurrido en el Perú, en la última década, a través de un empleo reiterado de decretos legislativos para reformar y renovar el sistema penal peruano, con significativo consenso social, constituye un claro ejemplo de este innovador proceso de **gobernar a través del delito y del castigo**. Tendencia que, además, también constituye un rasgo común y representativo de la producción legislativa de aquél periodo, como lo ha verificado PRADO MANRIQUE: *“Se evidencia una tendencia a la politización y populismo penal como respuesta a las demandas de seguridad de la población. Las manifestaciones más claras de esta orientación serían la frecuente injerencia del Poder Ejecutivo en la formulación de leyes penales, mediante delegación de facultades legislativas, así como las deficiencias en el procedimiento legislativo penal... De ellas destacan especialmente la ausencia de un diagnóstico criminológico, así como la falta de opinión de expertos que brinden argumentos racionales para la modificación de la normativa penal”* (Bertha Verónica Prado Manrique. La Política Criminal Peruana: Una Aproximación desde el Modelo Penal Bienestarista. Trabajo de Fin de Master. Universidad de Málaga. Málaga. 2018, p. 78). Desafortunadamente, las instituciones y los colectivos sociales se van acostumbrando a ese inocuo proceder y al sistemático recorte de garantías

a cambio de una anhelada pero siempre frustrada seguridad ciudadana. Al respecto, resulta pertinente recordar lo sostenido por VAN SWAANINGEN: *“La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que «el ciudadano siempre tiene la razón», presupone que el público quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura.....Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos”* (Cfr. René Van Swaaningen. Revirtiendo el giro punitivo. Revista Derecho Penal. Año I. N° 1. 2012, p. 270).

Luis Alejandro Yshií Meza, se ha formado a nuestro lado por muchos años como Adjunto de Docencia y Secretario de Confianza en mi actividad académica y judicial. De allí que para el suscrito sea sumamente grato dedicar unas breves líneas para presentar su primer libro. El cual, además, tiene como tema central la revisión analítica de esa clase de reformas que hemos reseñado y que ocurren con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico penal.

De manera específica Yshií Meza focaliza su análisis en las modificaciones producidas en el voluble dominio de los delitos contra la Administración Pública. Además, revisa con sólidos comentarios la incidencia de aquellas reformas en la aplicación judicial de castigos penales no privativos de la libertad, como la pena de inhabilitación y la pena de multa. Esto es, sanciones que generalmente operan como penas conjuntas en la represión de los hechos punibles funcionariales y a las cuales también he dedicado en mi quehacer académico, muchas reflexiones críticas por su fatal destino de no ser bien construidas por el legislador o de ser crónicamente aplicadas con marcadas deficiencias y distorsiones por los operadores del sistema penal. Razón por la cual los contenidos esenciales de este libro me parecen muy oportunos para el esclarecimiento dogmático y práctico sobre tales penas. De allí, pues, que considero también pertinente plantear en torno a dicha temática algunas ideas como prolegómeno a los interesantes hallazgos y aportes desarrollados por el autor de esta importante publicación.

Con respecto a la pena de inhabilitación. quisiéramos señalar que la reforma más trascendente tuvo lugar hace dos años con el Decreto Legislativo 1243 del 21 de octubre de 2016, promulgado luego de la delegación parlamentaria de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, otorgada por la Ley 30506. Sobre su finalidad y necesidad se alegó lo siguiente: *“el Código Penal establece en su artículo 38° la duración de la inhabilitación principal la cual requiere una modi-*

ficación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII de dicha norma”. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo 1367, del 27 de julio de 2018, la eficacia de la pena de inhabilitación perpetua fue extendida para comprender también algunas modalidades de tráfico ilícito de drogas así como de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Al respecto uno de los considerandos del citado dispositivo legal precisó lo siguiente: “Que, es necesario evitar el ingreso a la Administración Pública de los condenados por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y tráfico ilícito de drogas, impulsando que el Estado cuente con un potencial humano integro para el ejercicio de la función pública, que carezca de antecedentes por estos graves ilícitos, tal como fue planteado por la Comisión Presidencial de Integridad en su informe final y el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021”.

No obstante, dicha innovación legislativa merece también la formulación de varios cuestionamientos técnicos y de política criminal, sobre todo por su inconsecuente falseamiento simbólico. Efectivamente, la reforma aplicada no se refirió en realidad a una inhabilitación de carácter absoluto o que llevaría a una pretendida “muerte civil”. Y tampoco se trató de una sanción de **eficacia perpetua**, en el sentido atemporal de no tener un límite de duración determinado o de que el cese de dicha pena tenía que cumplirse con la extinción de la propia vida del condenado. Lo que si acontecía con la inhabilitación perpetua regulada en los Códigos Penales de 1863 (Cfr. Artículos. 79° y 83°) y de 1924 (Artículos 28°, 30° y 31°), los cuales, incluso, le adicionaban una pena accesorio de **interdicción civil**. La nueva modalidad de inhabilitación perpetua, es, pues, solamente una forma de inhabilitación de duración en principio indeterminada, pero que será revisable luego de 20 años de cumplimiento; algo muy similar a lo que se propuso en el artículo 43° del Proyecto de Código Penal de 2016.. En ese sentido, hubiera sido más consecuente y útil con las actuales exigencias de la ciudadanía, el construir una formula general que comprenda todo delito funcional grave como los que se vienen imputando de manera transversal en Latinoamérica, a personas expuestas políticamente que han tenido la alta misión de dirigir los destinos de sus pueblos y a los cuales defraudaron con su avaricia y abuso de poder.

En relación a la pena de multa, también afectada por reformas puntuales que la han adicionado para la punibilidad de la gran mayoría de delitos contra la Administración Pública, debo reiterar, con sentida preocupación, que su aplicación judicial continúa evidenciado las mismas distorsiones u omisiones que en más de una ocasión hemos detectado en su determinación judicial (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. IDEMSA. Lima. 2010, p.73-78).

Entre tales deficiencias operativas, resultan ser especialmente recurrentes las siguientes:

- a. Imperfecta y parcial determinación de monto dinerario de la multa.
- b. Uso generalizado del excepcional criterio porcentual previsto en el artículo 43° del Código Penal.
- c. Tratamiento erróneo de la multa como si fuera una pena accesoria.
- d. Omisión frecuente de la imposición de la pena de multa en delitos que son sancionados con penas conjuntas.
- e. Imposición de penas de multa en un régimen de reserva del fallo condenatorio.
- f. Aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a la pena de multa.
- g. Marcado desinterés por aplicar las diferentes opciones de conversión y sustitución que el Código Penal regula en torno a la multa.

En este dominio la publicación que nos ofrece Yshií Meza nos resulta igualmente relevante. No sólo porque se encarga de ratificar la supervivencia de todos esos problemas que hemos mencionado en torno a las penas de inhabilitación y multa, sino porque, complementariamente, el texto de la obra actualiza y amplía tales tipologías al estudiar de manera pormenorizada y acuciosa los cambios legislativos producidos y su incongruente aplicación judicial. Evaluando, además, con sentido crítico y atinadas propuestas de *lege ferenda*, los procedimientos de determinación conminada o concreta de tales penas no privativas de la libertad, para el caso de los delitos contra la Administración Pública que contempla el Código Penal. Señalando puntualmente, en esos procesos de definición punitiva, graves fallas hermenéuticas y errados modos de uso. Pero Yshií Meza no sólo se limita a poner en evidencia esas deficiencias sino que con positivo ánimo didáctico, incluye también protocolos

de actuación y gráficos que se constituyen en guías para un mejor proceder del legislador y de la judicatura, en la configuración y empleo de las reglas de dosimetría penal que actualmente regula la legislación vigente. Si bien en este dominio, algunas de sus propuestas no son compatibles con nuestros propios esquemas y conceptos teóricos sobre la materia, considero que el esfuerzo dogmático desplegado y el objetivo práctico perseguido por el autor merecen nuestro pleno reconocimiento.

En síntesis, pues, estamos frente a un trabajo serio y de sólidos soportes hermenéuticos, que han de augurar a Luis Alejandro Yshií Meza, un promisorio futuro en su actividad publicista y docente, lo cual, por lo demás, no es otra cosa, que un justo logro de su constancia académica, de su solvente calidad intelectual y de su probado compromiso social. Frente a todo ello, sólo nos resta felicitar efusivamente a nuestro estimado “Luchito”, a la vez que alentarle a que siga contribuyendo al desarrollo de la dogmática penal peruana con nuevas publicaciones como las que generosamente me ha permitido prologar en esta oportunidad.

Lima, febrero de 2019

Prof. Dr. Dr. hc.mult. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

PRESENTACIÓN

La criminalidad contemporánea y los datos estadísticos que presentan las agencias de control, permiten advertir que los delitos contra la Administración Pública, en especial, los de corrupción de funcionarios, vienen acaparando en un número muy significativo el aparato judicial. Es común ver en los últimos tiempos la presencia de altos funcionarios públicos procesados por estas figuras penales, inclusive, con mandato de prisión preventiva. Asimismo, que la respuesta política del Estado ha sido reformar de manera constante estos delitos, incrementando cada vez más las penas, creando circunstancias agravantes e incorporando nuevos tipos penales. No obstante ello, los resultados no han sido muy alentadores. En efecto, los índices de corrupción no han disminuido, muy por el contrario, se han incrementado o evidenciado, además de crear problemas operativos para los operadores de justicia al momento de determinar judicialmente la pena, tanto más si se vienen regulando penas indeterminadas atentatorias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Mi experiencia de más de una década al servicio del Poder Judicial, mi relación directa en varias reformas legislativas para delitos de infracción de deber (muchas de las cuales no compartí, y así lo dejé evidenciado en su oportunidad), así como mi condición docente, me han conllevado a realizar el presente trabajo académico de investigación, advirtiéndolo en el Capítulo I, los aspectos positivos y negativos de las reformas. Para ello, tomé como punto de referencia un trabajo del Dr. César San Martín Castro, presentado en el V Seminario de Reforma del Estado, titulado *“Debate en panel: la lucha*

anticorrupción desde el sistema de justicia peruano”, en el que el correcto Juez Supremo Titular, Presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, manifiesta que la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción son los instrumentos formales que enseñan cómo deben ser aquellas conductas o políticas públicas internas en materia de corrupción y cómo deben de configurarse. En este sentido, cita siete características para el ámbito legal peruano que mantienen su vigencia, muchas de las cuales están vinculadas con las reformas legislativas que en materia de corrupción de funcionarios se han venido dando.

Posteriormente, en un Capítulo II, he desarrollado todo lo referente a la regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal y, de modo especial, a las reformas introducidas en los delitos contra la Administración Pública. En este sentido, he analizado todos los cambios que se han producido tanto en la Parte General y Parte Especial que, en buena cuenta, no hacen más que retornar a varias disposiciones legales que ya su antecesor de 1924, el denominado Código Penal de Maúrtua había previsto, tales como las *inhabilitaciones perpetuas o por tiempo indefinido* que, como lo he dicho, evidencia una afectación a los principios de rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad. Asimismo, he aparejado la información que se maneja en la doctrina nacional y extranjera, en cuanto ella le sea aplicable, y he realizado también un análisis y comentarios de algunas sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales. Por lo demás, debo dejar sentando que las bases para este Capítulo II tuvieron sus antecedentes en dos trabajos de mi autoría. Uno de ellos aborda “*La Pena de Inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública*”, publicado en el Libro Homenaje al Profesor Dr. José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos; y el otro, “*El principio de legalidad (lex certa) y la pena de inhabilitación en los Códigos Penales peruano y español. A propósito de su regulación, cambios normativos y tratamiento jurisprudencial*”, publicado en el Tomo 49 de Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces, y cuyo contenido ha sido citada como fuente de información directa en varios artículos de autores nacionales.

En el Capítulo III he abordado a la multa como consecuencia jurídica del delito y su importancia en la regulación penal actual. Así, he destacado que

aparece como *pena* regulada entre los artículos 41° al 44° y 56° del Código sustantivo, así como *consecuencia accesorio* en el artículo 105°. Por lo demás, también he advertido su presencia como *medida administrativa aplicable* a las personas jurídicas, con la dación de la Ley N° 30424 del 21 de abril de 2016, y sus respectivas reformas legislativas dadas con el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017, y con la Ley N° 30835 del 02 de agosto de 2018; regulación que sin dejar de resaltar la importancia que tiene para las empresas en el mundo moderno, no comparto varios de sus articulados, sobre todo, que estos se aplican a diversos delitos contra la Administración Pública, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. No obstante, también he desarrollado la importancia que ha significado su presencia como *sanción penal* en los delitos de corrupción de funcionarios, a partir de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, y la forma como se viene aplicando por los operadores de justicia. Para ello, he realizado un análisis y comentarios sobre algunas jurisprudencias a nivel nacional que se han venido dando respecto a la individualización de la pena.

Luego, en el Capítulo IV he desarrollado algunos esquemas operativos acerca de la determinación judicial de la pena en los delitos de abuso de autoridad, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposos, que puedan servir de guía operativa al momento de su aplicación. Para ello, he tomado como punto de partida la Ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013, que incorporó en el artículo 45°-A, un nuevo *sistema de tercios* para la individualización de la pena, y cuyo desarrollo operativo se viene evidenciando en las distintas resoluciones judiciales. Sobre el particular, he querido destacar la manera correcta como viene siendo aplicado por los Jueces, así como los aspectos puntuales que todavía se deben corregir. Ahora bien, debo destacar que para el desarrollo explicativo del nuevo sistema de individualización de la pena he tomado como referencia indispensable los innumerables trabajos del profesor Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien, no cabe duda, constituye la voz más autorizada sobre esta materia. En efecto, hay dos formas como poder resaltar la importancia del aporte al mundo jurídico de un autor: uno, citándolo como fuente bibliográfica directa, como corresponde y lo hago en los apartados pertinentes; y otro señalando desde la presentación del libro, la suma importancia del desarrollo de sus trabajos y conceptos operativos en el campo de las

consecuencias jurídicas del delito. En efecto, más del agradecimiento por los años de enseñanza que le debo, así como la oportunidad de haber trabajado directamente con el Dr. Víctor Prado en el Poder Judicial, debo advertir que muchos de sus aportes se encuentran plasmados en los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República, en diversos Proyectos de Ley y, asimismo, constituye fuente de cita directa en los trabajos de los autores nacionales y sentencias judiciales. No obstante, el desarrollo propio de mi formación profesional, también me ha permitido tener algunos razonamientos particulares en la determinación judicial de la pena, sobre todo, en la valoración de las circunstancias de agravación y atenuación en el tercio correspondiente que, como lo he dicho en reiteradas ocasiones, corresponde al arbitrio discrecional del Juez, siempre atento a la garantía de la debida motivación.

Finalmente, no quiero dejar de finalizar esta presentación sin dejar de expresar mi agradecimiento hacia aquellas personas, que han contribuido de una u otra manera en mi formación académica profesional y sus constantes consejos para orientarme siempre en el camino correcto de la búsqueda de la verdad y la justicia, como son los señores Víctor Prado Saldarriaga, Cesar San Martín Castro, Inés Villa Bonilla, Eloy Espinosa Saldaña y María Soledad Pérez Tello, por el valioso tiempo que me han brindado y cuyos consejos siempre los tengo presentes.

Una mención especial merece mi recordado amigo, Luis Miguel Bramont-Arias Torres, con quien me inicié en este mundo del derecho penal y, aunque hoy ya no se encuentra físicamente con nosotros, sus enseñanzas perduran siempre, a través del tiempo, más que la calidad académica que ya denotaba en su corta juventud, en las clases universitarias, conferencias y en su Manual de Derecho Penal, por su calidad de persona y valores que él y su familia inculcan a todos aquellos quienes hemos tenido la oportunidad de ser sus alumnos y discípulos.

Asimismo quiero expresar mi agradecimiento a mis alumnos de las universidades, Colegios de Abogados, Policía Nacional del Perú, y a los amigos que nos vienen acompañando en las clases de Proyecto Zero 24, en especial, a los funcionarios y servidores del Poder Judicial y Ministerio Público que, citarlos a todos resultaría inacabable y cuya omisión involuntaria de alguno pretendo evitar, expresándoles un reconocimiento general. En efecto, ser un

Juez o ser Fiscal, Secretario, Relator, Asistente o servidor en una coyuntura actual en la que vivimos, no es fácil, muchas veces se destacan aspectos negativos de carácter aislados que suelen presentarse, pero no se reconoce todo el esfuerzo invalorable y la dedicación que muestran al momento de Administrar Justicia, sacrificando sábados y domingos, y laborando más allá del horario establecido, inclusive. A todos ellos, mi reconocimiento y respeto, pues muchos años de mi vida lo dediqué con sacrificio y esfuerzo al Poder Judicial, a quien le debo buena parte de mi formación profesional, y cuyo retorno constituye una agenda pendiente personal por vocación de servicio al país. Por lo demás, mi agradecimiento a los defensores públicos de todo el Perú, de los cuales tuve la oportunidad de ser su Director General, y cuyo vínculo y contacto directo todavía mantengo con muchos de ellos a nivel nacional. Ello me demuestra que el camino trazado durante mi gestión fue el correcto, y más allá de aquellos hechos inventados y direccionados durante mi periodo, corresponde a un tema secundario que, en esta oportunidad, no corresponde abordar, pero sí en su momento.

Mención aparte merecen los doctores Edwin Florecín Parra, Patricia Salas Tito, Luis Mita Curay e Isabel Peña Méndez, quienes fueron los que me impulsaron de manera casi inmediata, salido del Ministerio de Justicia, a retomar esta aventura académica llamada Proyecto Zero 24. Además, quiero destacar mi agradecimiento a María Fernanda Jacobi por su dedicación en la transcripción de las Resoluciones Judiciales y las Reformas Legales que contiene el Libro, y a Joel Guillén Huamán y Alonso Vélchez Jiménez, por su constante apoyo incondicional en las labores de investigación académica y, como no, al ingeniero Carlos Yturry Mamani, quien por su dilatada experiencia en la materia nos permite estar actualizado en todos los proyectos que emprendemos.

Santa Catalina, febrero de 2019.

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La realidad criminal contemporánea (nacional e internacional) permite advertir que los delitos contra la Administración Pública¹, en especial, aque-

-
- 1 Están regulados en el Título XVIII del Código Penal. Con relación al bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública, modernamente, con un entendimiento distinto del concepto de “bien jurídico”, se sostiene que en este ámbito lo que interesa proteger es el “normal funcionamiento de los órganos de gobierno”, la “regularidad funcional de los órganos del Estado” o el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. La última es la tesis más acorde con un concepto del Estado Social y Democrático de Derecho en el cual debe también enmarcarse el Derecho Penal. No se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la *actividad pública* en cuanto constituya “los servicios que los distintos poderes del Estado deben prestar a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”. Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, 2da. Ed., Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 16 y ss. De manera más amplia, Rojas Vargas manifiesta que para el Derecho Penal la Administración Pública como objeto genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y de sometimiento a la legalidad; b) la observancia de deberes del cargo o empleo; c) la regularidad (continuidad) y el desenvolvimiento normal de tal ejercicio; d) el prestigio y dignidad de la función; e) la probidad de sus agentes; f) la protección del patrimonio público; g) la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, etc. Esta singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección confieren a la Administración Pública en tanto bien jurídico penal, su carácter supraindividual o difuso, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” se tenga

llos cometidos por funcionarios públicos², se han incrementado en los últimos años. Es muy frecuente ver en medios informativos, así como en los datos estadísticos que manejan las agencias de control³, supuestos de una corrupción ocasional (corrupción directa), de corrupción estructural y de corrupción institucionalizada (corrupción del sistema)⁴, cuando no aquellos ca-

que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro con la conducta del sujeto público. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. 3era. Ed., Grijley, Lima, 2002, pp. 10-12. En igual desarrollo doctrinal: MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los Delitos contra la Administración Pública*, 1ra. Ed., Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 27. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 5ta. Ed., Editorial Iustitia, Lima, 2018, pp. 5-7. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2016, pp. 6-8. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Ed., Grijley, Lima, 2014, pp. 4-6. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Ed., Grijley, Lima, 2011, pp. 5-6.

- 2 El Código Penal subdivide el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” en los siguientes apartados: Capítulo I “Delitos cometidos por Particulares”; Capítulo II “*Delitos cometidos por Funcionarios Públicos*”; Capítulo III “Delitos contra la Administración de Justicia”; y Capítulo IV “Disposiciones Comunes”.
- 3 El portal institucional de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), específicamente en el *link* de las *estadísticas*, consigna los estudios a nivel nacional que Proética ha venido llevando a cabo desde el año 2002, de la mano con distintas organizaciones, en los que se evalúan los niveles de percepción de la corrupción de la población a nivel nacional. A mayor abundamiento del tema, la organización Transparencia Internacional publica desde 1995 el índice de la percepción de la corrupción que mide, en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción), los niveles de percepción de la corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto, que se basa en las diversas encuestas a los expertos y a las empresas. Esta organización define la corrupción como “el abuso del poder encomendado para beneficio personal”.
- 4 En la criminología se conocen distintos tipos de corrupción de funcionarios públicos. El nivel más bajo es el de la llamada *corrupción ocasional* (o corrupción directa), o sea como un fenómeno individual que puede afectar a cualquier individuo, que en determinadas situaciones pueden reaccionar con ofertas espontáneas de corrupción. Este tipo de corrupción refleja, en especial, el estado en el que se encuentran los valores de una sociedad, pues tanto el número de la oferta como, en especial, de la aceptación de los sobornos será especialmente significativo en sociedades donde la “cultura de la corrupción” ha alcanzado niveles alarmantes. Pero también la corrupción puede afectar a determinada rama de una industria o institución; en este caso se habla de *corrupción estructural*. Muchas veces los funcionarios y los interesados se conocen y actúan planificadamente durante largo período de tiempo. Especialmente interesante es la corrupción que proviene de o se produce en el campo empresarial, y sobre todo en la rama de la construcción. Aquí, cuando el Estado interviene como convocador de grandes obras públicas a través de licitaciones o concursos, muchas veces los procesos de decisión o control de sus funcionarios se ven influenciados por sobornos provenientes de parte de los empresarios interesados o intermediarios. El nivel más grave de corrupción es el que se conoce como *corrupción institucionalizada* (o del sistema), o una corrupción que funciona como criminalidad organizada. Aquí el delito es particularmente difícil

sos que se apropiaron de recursos públicos cuya percepción, administración o custodia les fueron confiados por razón del cargo o que abusando de éste, defraudaron los intereses del Estado en las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o concesiones en la cuales participaron, e incrementaron ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos. Además el desarrollo de tales infracciones penales se vio matizado con la presencia de grupos criminales organizados en las que la intervención del funcionario o servidor público resultaba indispensable bien porque éstos la integraban o el ejercicio del cargo era vital para el logro de sus fines ilícitos.

El Caso Odebrecht muestra esa disfuncionalidad del sistema. El Departamento de Justicia de Estados Unidos señaló que la constructora brasileña Odebrecht habría realizado sobornos a presidentes, expresidentes y funcionarios públicos de cerca de 12 países: Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, en los últimos 20 años, para obtener beneficios en contrataciones públicas. Para ello creó la Caja “B”, a finales del año 2010, con la denominación “Sector de Relaciones Estratégicas”. Se estima que fueron cerca de 788 millones de dólares, los montos que fueron pagados bajo tal concepto, relacionados con más de 100 proyectos, no sólo de Odebrecht sino también de entidades asociadas. Ello les habría generado un beneficio ilegítimo por más de 3,000 millones de dólares⁵.

Casos como el descrito, originaron una serie de estrategias a nivel mundial y local para hacer frente a esta delincuencia que atenta contra la Administración Pública⁶. Al respecto, Ugaz Sánchez-Moreno y Hava García señalan

de combatir cuando, más allá de manifestarse como “corrupción directa” (es decir, en la que participan sujetos identificables), ante una ausencia de valores (anomia social), los actos de agentes no identificados desnaturalizan o perturban el funcionamiento de los órganos del Estado (actuación irregular), el cual deviene en ineficaz. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”, en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 16, Idemsa, Lima, 2005, pp. 19-64.

5 MATUTE URDANETA, Gabriela (22 de diciembre de 2016). «Escándalo Odebrecht: EE.UU. dice que 12 países recibieron sobornos». *CNNespañol.com*. Consultado el 23 de diciembre de 2018.

6 Se plantean regulaciones de medidas de prevención, tipos penales, cooperación judicial internacional, recuperación de activos, entre otras, las cuales deben implementarse y llevarse a cabo, fundamentalmente, en cada país mediante normas e instrumentos del derecho interno, lo cual exige analizar cada uno de esos instrumentos en forma conjunta y no aislada. Sobre el particular, ver la

que desde hace tiempo ya existe un consenso generalizado en relación a la necesidad de perseguir a nivel internacional los casos más graves de corrupción, y de evitar la impunidad de la que ahora disfrutaban la mayoría de los culpables de tales hechos⁷. Tiene razón Peña Cabrera Freyre, cuando señala que la corrupción constituye un flagelo que azota duramente las naciones democráticas, causante del subdesarrollo de nuestros pueblos, y que impide el despegue socio-económico que se requiere para luchar frontalmente contra la pobreza y subdesarrollo, debilitando así la institucionalidad propia del Estado de Derecho y la confianza de la ciudadanía en el propio Sistema Jurídico Estatal⁸.

Resulta por demás interesante, el Informe de la Directora de Investigaciones del Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos (CIEDH), con el cual busca crear conciencia sobre los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos y de esta manera fortalecer las medidas contra la corrupción. Al respecto, refiere, que cuando la corrupción es generalizada, las personas no tienen acceso a la justicia, se sienten inseguras y no pueden proteger sus medios de subsistencia. Los funcionarios judiciales y la policía prestan mayor atención a los sobornos que a la ley. Los hospitales no curan personas porque el cuerpo médico brinda mejor tratamiento a los pacientes que les ofrecen sobornos o porque las clínicas carecen de suministros a causa de los procedimientos corruptos de contratación pública. Las familias pobres no alcanzan a alimentarse porque los programas sociales son corruptos o porque son desviados para apoyar a la red de patronazgo. Las escuelas no pueden ofrecer a sus estudiantes una educación sólida porque han sustraído del presupuesto asignado a la educación y, como resultado, a los maestros no se les paga y no se pueden comprar libros. Los campesinos y

Presentación del libro de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Compilación normativa de instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción*, Palestra Editores, Lima, 2014, pp. 11-12.

- 7 UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y HAVA GARCÍA, Esther. "Cómo definir la gran corrupción". En: *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077)*. Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.279.
- 8 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político - criminales", en *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, pp. 239-240.

los intermediarios de los mercados no ganan lo suficiente para vivir porque la policía exige una parte de los productos y las ventas. De muchas formas, como las anteriormente mencionadas, señala que la corrupción estimula la discriminación, priva de sus ingresos a los grupos más vulnerables e impide que los individuos gocen de todos sus derechos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos⁹.

Ahora bien, el tratamiento de los delitos funcionariales en la legislación nacional se condice con las recomendaciones formuladas en instrumentos internacionales en los cuales el Perú es parte¹⁰. La razón es evidente, el fenómeno de la corrupción funcional es uno que atañe a la comunidad internacional. Así, la criminalidad contemporánea presenta un panorama cada vez más distinto y distante de aquella que orientó a los Estados a instaurar sistemas preventivos y represivos adecuados para hacerle frente. Esto se explica, en buena cuenta, por los constantes cambios que experimenta, en palabras del profesor Silva Sánchez, la delincuencia de la globalización, la cual se caracteriza por la aparición de nuevas formas delictivas y por la conformación de modalidades disímiles a los llamados delitos clásicos¹¹, y que coloca también a disposición de las estructuras criminales los avances de la ciencia y tecnología.

-
- 9 CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIEDH) y otro. La Corrupción y los Derechos Humanos Estableciendo el Vínculo, México, 2009. p. 27. Se encuentra disponible en: <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf>. Consulta hecha el 20/ENE/2019.
- 10 Estos son: la *Convención Interamericana contra la Corrupción* que fue suscrita en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, la misma que fuese aprobada en nuestro país por Resolución Legislativa N° 26757, del 05 de marzo de 1997, promulgada el 12 de marzo de ese mismo año, y luego ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997. Así también, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, adoptada por la Asamblea General en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, suscrita el 10 de diciembre de 2003, y que fuese aprobada por el Perú por Resolución Legislativa N° 28357, del 30 de setiembre de 2004, y luego ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, del 19 de octubre de 2004. De igual modo, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* suscrita en la ciudad de Palermo, Italia, el 14 de diciembre de 2000, que se aprobó en el país por Resolución Legislativa N° 27527, del 04 de octubre de 2001, promulgada el 05 de octubre de 2001, y posteriormente ratificada por Decreto Supremo N° 088-2001-RE, del 19 de noviembre de 2001.
- 11 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999, p. 69.

Según Basel Institute on Governance, las 178 ratificaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en el 2003, muestra que los Estados alrededor del mundo están, al menos de manera verbal, comprometidos en la lucha internacional contra la corrupción. Afirma que esto parece ser, pues, una reacción lógica ante la globalización, debido a la cual prácticamente todos los casos de gran corrupción poseen un elemento transnacional¹².

San Martín Castro manifiesta que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción son los instrumentos formales que enseñan cómo deben ser aquellas conductas o políticas públicas internas en materia de corrupción y cómo deben de configurarse. En este sentido, cita siete características para el ámbito legal peruano¹³, que a continuación señalamos y desarrollamos algunos alcances que han tenido en el ordenamiento jurídico nacional.

En primer lugar, el derecho penal material debe asumir un concepto amplio de funcionario público.

Al respecto, la Ley N° 30124 del 13 de diciembre del 2013, modificó el artículo 425° del Código Penal. En este sentido, se consignó como numeral 6 que también son funcionarios públicos los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. Lo expuesto cumple así con la adecuación de la legislación penal a las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹⁴, aprobada mediante Resolu-

12 PETERS, Anne. Corrupción y Derechos Humanos, Basel Institute on Governance, septiembre 2015, p. 10. En: https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf. Consulta realizada el 20/ENE/2019.

13 SAN MARTÍN, César, "Debate en panel: la lucha anticorrupción desde el sistema de justicia peruano", en *La Lucha Anticorrupción como Política de Estado, V Seminario de Reforma del Estado*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 41-47.

14 El Informe elaborado por Villavicencio Terreros señala la necesidad de extender el concepto de funcionario público, a los fines de la Convención, a quienes hayan sido elegidos o a su vez designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieren ocupado. Reátegui Sánchez refiere que la Organización de los Estados Americanos, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, en cada uno de los países signatarios de la CICC, en estrecha cooperación con las autoridades

ción Legislativa N° 26757, del 13 de marzo de 1997 y ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 24 de marzo de 1997.

Sobre el particular, Reátegui Sánchez señala que dicho dispositivo legal recoge la propuesta de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, referido al concepto de funcionario o servidor público, por el que todo trabajador, independientemente del régimen laboral objeto de su contratación, podrá ser perseguido penalmente, en caso de que cometa un delito de corrupción, desde su designación, elección o la proclamación¹⁵. Se trata, pues, de una figura adelantada o anticipada de tipicidad penal.

Por su parte, el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, aprobada por el Perú a través de la Resolución Legislativa N° 28357, del 06 de octubre de 2004, y ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, del 20 de octubre de 2004, perfeccionó un nuevo concepto de funcionario público internacional. El inciso b) del artículo 2° de esta Convención lo define como aquella persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública. En tanto que el inciso c), precisa que por funcionario de una organización internacional pública se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre¹⁶.

nacionales competentes, dispuso y financió la elaboración de un estudio a cargo de una entidad especializada en investigación jurídica en cada país, para evaluar la adecuación de su legislación penal a las disposiciones de la CICC en lo que se refiere a la tipificación de delitos de corrupción e identificar los modos de alcanzar los niveles de armonización satisfactorios entre ambas fuentes de derecho, tarea que la OEA denominó como *“Apoyo a la Ratificación e Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción”*. Añade que en nuestro país, el citado estudio lo elaboró el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la que a su vez encargó la elaboración del informe respectivo al Dr. Felipe Villavicencio Terreros. Véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima, 2017, pp. 57-66. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, Jurista editores, Lima, 2015, pp. 58-66.

- 15 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima, 2017, p. 1166.
- 16 ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos., 2da. Edición, Nomos & Thesis, Lima, 2017, pp. 92-94.

En segundo lugar, deben criminalizarse las formas anticipadas de intervención delictiva, es decir, actos preparatorios elevados a la categoría de punibles por la especial peligrosidad de la conducta.

El artículo IV del Título Preliminar reconoce en el principio de lesividad, que la pena, necesariamente, implica la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por la ley. Así, y por recomendación de los instrumentos internacionales, los delitos de peligro abstracto o peligro de conducta son utilizados para reprimir hechos punibles que ponen en riesgo a la Administración Pública. Un ejemplo de ello lo advertimos en los delitos de corrupción de funcionarios previstos en la Sección IV del Título XVIII.

Sobre el particular, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Apelación N° 06-2013-Lima, del 04 de diciembre de 2013, señaló en el cuarto fundamento jurídico sobre el delito de cohecho pasivo específico, previsto en el 2do. Párrafo del artículo 395°, que el tipo penal imputado es de mera actividad, debido a que se configura con el solo hecho de que el sujeto activo “solicite” (verbo rector) a un tercero, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, pudiéndose o no materializar dicho requerimiento o solicitud¹⁷.

Conforme enseña García Caveró, los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente. La peligrosidad de una conducta que fundamenta el injusto penal en esta clase de delitos consiste en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. Resalta que aquí no interesa precisar si existe un peligro de lesión respecto a un objeto en concreto, sino que esta conducta *per se* constituye una perturbación social por la peligrosidad ordinaria de tal conducta, o más exactamente, por el cuestionamiento de la identidad normativa de la sociedad¹⁸.

17 ROJAS VARGAS, Fidel. Aspectos Problemáticos en los Delitos contra la Administración Pública, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 223-241.

18 GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2008, pp. 351-352.

En tercer lugar, la prescripción debe ser materia de plazo amplio para iniciar los procesos penales, a la vez que se recomiendan plazos mayores e interrupción de la prescripción cuando el delincuente eludió la Administración de Justicia.

El Poder Ejecutivo con fecha 25 de agosto de 2011, a través del entonces Primer Ministro, Salomón Lerner Ghitis, en la exposición ante el Pleno del Congreso de la República planteó como necesidad la imposición de la imprescriptibilidad de la persecución penal para delitos cometidos por los altos funcionarios que contempla el artículo 99° de la Constitución Política, así como la inhabilitación perpetua para ejercer la función pública para aquellos quienes delinquen dolosamente en graves casos de corrupción.

Lo expuesto tuvo acogida por diversos grupos parlamentarios quienes a través de diversos Proyectos de Ley, entre ellos, los N° 00079/2011-CR (22 de agosto del 2011), N° 00134/2011-CR (01 de setiembre del 2011), N° 00150/2011-CR (05 de setiembre de 2011) y N° 00151/2011-CR (05 de setiembre de 2011) propusieron la reforma del artículo 41° de la Constitución para incorporar la imprescriptibilidad de aquellos delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en contra del patrimonio del Estado, y la inhabilitación definitiva para ejercer cualquier cargo público.

Sin embargo, los aludidos Proyectos ampliaban la aplicación de estas figuras para cualquier funcionario o servidor público comprendido en la carrera administrativa y no sólo para altos funcionarios que fue la propuesta original. La reforma legal sobre imprescriptibilidad de delitos de corrupción se trató de modo diferenciado por las Comisiones de Constitución y Justicia. Así, la Comisión de Constitución aprobó la reforma constitucional y se orientó por la imprescriptibilidad. En tanto, que la Comisión de Justicia se orientó más bien por la reforma del Código Penal duplicando el plazo de prescripción de estos delitos.

Resulta interesante la referencia que realiza Sánchez Mercado a Abanto Vásquez señalando que nuestro sistema de prescripción es inadecuado a nuestra realidad, demasiado benigno y que deja abierta la puerta para la impunidad, pero dejando en claro que por respeto a la legalidad, aunque sea

mala, debe aplicarse tal como está¹⁹. Por su parte, Ragués i Vallés sostiene que un numeroso grupo de autores trata de vincular la existencia de la prescripción con la misión que cumple la pena en el sistema social. Advierte que estas perspectivas tienen como denominador común la idea de que el sentido de la prescripción es impedir que llegue a que se imponga una pena cuando, como consecuencia del transcurso del tiempo, ésta ya no está en condiciones de cumplir correctamente la función que tiene asignada²⁰.

Lo expuesto precedentemente resulta importante, en tanto que la Ley N° 30650 del 20 de agosto de 2017, modificó el artículo 41° de la Constitución Política del Estado, señalando en la parte *in fine* que el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para funcionarios o servidores públicos como para los particulares. Y que la acción penal es imprescriptible en supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

Tal como se advierte, y respecto a la prescripción, la citada modificación trajo consigo tres cambios fundamentales:

Primero, que la duplicidad del plazo de prescripción se aplica a cualquier delito cometido contra la Administración Pública y ya no sólo de aquellos realizados en contra del patrimonio del Estado. En su oportunidad, el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, señalaba a los delitos de peculado, colusión, etc., como aquellos en los que debería recaer esta dúplica. Sin embargo, hoy también resultan aplicables a las distintas modalidades de cohecho, tráfico de influencias, entre otros.

Segundo, que la dúplica del plazo de prescripción se aplica ahora tanto como para funcionarios y servidores públicos como particulares que intervienen en un delito de corrupción, dejando de lado el desarrollo jurisprudencial que estableciera la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011.

19 SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción". En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 481-493.

20 RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. La Prescripción Penal: Fundamento y aplicación, Atelier, Lima, 2004, p.34.

Tercero, estableció que la acción penal es imprescriptible para los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad. Ello implicaba una reforma del artículo 80° del Código Penal, el cual regulaba que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica. Ahora bien, más allá de la modificación de dicho articulado, el Congreso debía también de señalar de manera taxativa cuáles eran aquellas figuras penales que serían imprescriptibles para la persecución penal.

En efecto, hasta el día de realizada la presente investigación, el Congreso de la República todavía ha realizado ni la modificación del artículo 80° para adecuarlo en los términos del artículo 41° de la Carta Magna, ni señalado los delitos contra la Administración Pública cuya persecución penal es imprescriptible.

En cuarto lugar, que la intención o propósito delictivo, vale decir los elementos subjetivos de la conducta o el tipo legal, puedan inferirse de las circunstancias fácticas objetivas; que constituyan prueba indiciaria y prueba del elemento subjetivo.

Tal como enseña Villavicencio Terreros, el tipo subjetivo comprende el estudio del dolo y otros elementos subjetivos distintos del dolo. Agrega que este ámbito de imputación resulta a menudo dificultoso en lo que corresponde a la prueba, ya que se reflejan tendencias o disposiciones subjetivas que se pueden deducir, pero no observar de modo directo; que sólo serán aprehendidos indirectamente a través de elementos externos que concretizan una disposición interna del sujeto²¹.

Ahora bien, en atención al fundamento jurídico 33° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, y conforme al fundamento jurídico 22 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre de 2017, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en

21 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 353.

las reglas de la inferencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas, de los datos externos y objetivos acreditados. Por tanto, los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Rojas Vargas resalta la correcta valoración judicial de los indicios realizada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Apelación N° 06-2013-Lima, del 04 de diciembre de 2013. El fundamento jurídico décimo de dicha Ejecutoria precisaba que mediante la evaluación conjunta de la prueba indiciaria es posible llegar a una resolución de condena en un delito funcional, lo cual conlleva a enervar el derecho a la presunción de inocencia. Para ello debe tenerse presente que los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal lógico y existente entre aquellos hechos probados y de los que se tratan de probar²².

En quinto lugar, la imposición de la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción.

El Código Penal siempre reconoció sanciones aplicables a las personas jurídicas involucradas en la comisión de un delito. El artículo 105° reguló consecuencias accesorias bajo un sistema vicarial o de heteroresponsabilidad que se extendieron luego a los delitos tributarios, aduaneros, lavado de activos y a la Ley contra el Crimen Organizado. Su incorporación de manera específica en estos dispositivos legales obedeció a la falta de aplicación por parte del operador de justicia, siendo la presencia de aquellas más que evidente en la comisión del hecho punible²³.

22 ROJAS VARGAS, Fidel. Aspectos Problemáticos en los Delitos contra la Administración Pública, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 215-241.

23 Para mayor detalle sobre Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias en la doctrina nacional y extranjera: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro

La importancia de su aplicación quedó evidenciada cuando el Código Procesal Penal de 2004, la introdujo como un sujeto procesal y desarrolló las reglas de su incorporación al proceso, derecho, garantías y demás, entre los artículos 90° al 93°. En igual línea se pronunció la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, y cuyos aportes fueron tomados en cuenta por el legislador, cuando luego por Ley N° 30077

Punitivo y Nuevo Marco Legal, Idemsa, Lima, 2016, pp. 285-316. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencias Jurídicas del Delito, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 427-436. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 133-167. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Sobre los derechos fundamentales de la persona jurídica responsable criminalmente es España”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 189-210. MAZUELOS COELLO, Julio F. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aplicación al caso peruano desde una perspectiva político criminal”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 279-309. TIEDEMANN, Klaus. “Aspectos culturales de las sanciones penales contra entes colectivos”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 383-400. TIEDEMANN, Klaus. Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, Idemsa, Lima, 1999, pp. 197-233. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105° del Código Penal: principales problemas de aplicación”. En: Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos Modelos para armas en el Derecho Penal. Colección de Ciencias Penales 4. Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 117-155. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Manual de Derecho Penal, Parte General Tomo II, 4ta. Edición, Idemsa, Lima 2011, pp. 451-477. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema de derecho penal?”. En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 171-229. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”. En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 231-257. VOGEL, Joachim. “Responsabilidad Penal de los Empresarios y las Empresas”. En: La política criminal en Europa, Atelier penal, Barcelona, 2004, pp. 129-140. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, 2da. Edición, Thomson Aranzadi, Navarra 2003. GARCÍA CAVERO, Percy (Coordinador). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Órganos y Representantes, ARA Editores, Lima, 2002. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 202-208. BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pp. 107-173. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”. En: Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998, pp. 65-95. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. El Derecho Penal en la Actividad Económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídica. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 253-362.

del 20 de agosto de 2013, se incorporó el artículo 105°-A al Código Penal “Criterios para la determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”, supliendo, en parte, tal como señala Oré Sosa, la deficiencia que se presentaba para imponer las consecuencias accesorias²⁴.

Sin embargo, pese a todos los esfuerzos señalados para no dejar de sancionar a las personas jurídicas vinculadas a la comisión del delito, el legislador emitió tiempo después la Ley N° 30424 del 21 de octubre de 2016, que reguló una especie de “Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional” pero todas sus normas son penales, y que más bien parece una suerte de impunidad para las empresas que adoptaron antes de la comisión del delito un “modelo de prevención”²⁵ (artículo 17°), o de circunstancia atenuante (artículo 12° literal e), o de suspensión de la ejecución de la medida administrativa (artículo 16°). En un sentido crítico, también se pronuncia Prado Saldarriaga al señalar la presencia de una dicotomía innecesaria de modelos de sanción para las personas jurídicas y Hurtado Pozo (citado por el primero) al existir dos sistemas legales diferentes²⁶.

La situación se volvió más crítica aun cuando el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017, amplió la “Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas” a los delitos de cohecho activo genérico y específico, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, derogando inclusive el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106, consecuencias accesorias que son aplicables en el delito de lavado de activos. Inclusive, el Poder Ejecutivo haciendo referencia a la Ley N° 30506 que le otorgó facultades para legislar, entre otros, en tema de lucha contra la corrupción, hizo referencia expresa

24 ORÉ SOSA, Eduardo. “La Organización Criminal. A propósito de la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado”. En: Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.97.

25 Acerca de los “modelos de prevención”, véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Perspectivas Comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador), Ideas Solución Editorial, Lima, 2018. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Perú. Instituto Pacífico, Lima, 2018. GARCÍA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. En Especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos. Instituto Pacífico, Lima, 2017.

26 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal, Idemsa, Lima, 2016, pp. 307-308.

a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional y Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo; instrumentos que exigen al Perú regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sea en los ámbitos penales, civiles o administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda a las personas naturales que los hayan cometido. No obstante, **lo que no señalan** estos instrumentos ni las Recomendaciones tres (3) y cinco (5) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y sus respectivas notas interpretativas, así como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), a los cuales también se hace referencia, **es que se cree una serie de normas que más que sancionar parecen evitar cualquier tipo de “medida” que pudiese afectar a la persona jurídica.**

Más crítico aún, fue la dación de la Ley N° 30835 del día 02 de agosto de 2018, que modificó la denominación de dicha ley, y la amplió ahora a los delitos de colusión y de tráfico de influencias con todas las observaciones señaladas.

Por lo demás, quiero dejar sentada clara mi posición que no se está en contra de los “modelos de prevención”, sino el tratamiento de impunidad que se advierte a las personas jurídicas involucradas en la comisión de un delito y que esto se haga costumbre en nuestra legislación nacional. A mayor abundamiento, véase el texto sustitutorio de la Ley que incorpora al Código Penal el Delito de Financiamiento de Origen Delictivo para las Organizaciones Políticas como el artículo 359°-A, donde más allá de las críticas que se puedan formular a dicho dispositivo legal, está la Disposición Complementaria Única en que la opinión de la ONPE (Oficina Nacional de Procesos Electorales) libera de responsabilidad penal, civil e incluso administrativa a las citadas organizaciones y a sus integrantes si éstas adoptan un “programa de cumplimiento” de normas. Es decir, existe una clara afectación a la potestad persecutoria del delito que por mandato constitucional le corresponde al Ministerio Público. Ello ocurre igual con las normas que hemos criticado cuando primero la Ley N° 30424 señala en su artículo 18° que la verificación de la efectiva imple-

mentación y funcionamiento del modelo de prevención era una competencia del fiscal o del juez; y luego el Decreto Legislativo N° 1352 establece que esta función es competencia de la Superintendencia de Mercado de Valores - SMV y que inclusive si el informe técnico señala que la implementación y funcionamiento del “modelo de prevención” antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, con una decisión debidamente motivada.

En sexto lugar, el reconocimiento de una jurisdicción amplia con el propósito de impedir lagunas de punibilidad y perseguibilidad. Cuando se solicita la extradición siempre se debe afirmar la competencia del Estado que requiere al individuo que se encuentra en otro Estado.

Siguiendo la recomendación de los instrumentos internacionales, el artículo 2° del Código Penal se modificó por Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, para admitir la aplicación de la ley penal peruana a cualquier delito cometido en el extranjero (principio de extraterritorialidad) cuando se trate de las conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzca sus efectos en territorio de la República (principio real o defensa).

No obstante, el citado Código sustantivo siempre estableció la aplicación de la ley penal peruana en el extranjero cuando el agente es funcionario o servidor público en el desempeño del cargo (principio de personalidad). Y, más allá de los tratados bilaterales de extradición, adoptó, ante la carencia de éstos, una suerte de principio de reciprocidad entre los Estados.

Sobre el particular, los procedimientos de extradición del “Caso Ecoteva” por el que se viene investigando, entre otros, al ex Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique; y al ex Juez Supremo, Cesar Hinostroza Pariachi, por el “Caso Los Cuello Blanco del Puerto” constituyen una prueba de fuego para la comunidad internacional, donde se aprecia la importancia de la política de jurisdicción amplia en la lucha contra la corrupción y la relevancia de los mecanismos de cooperación judicial internacional.

En atención a lo expuesto, Ferré Olivé señala que esta realidad nos lleva a abordar el fenómeno de la globalización, la cual produce sus efectos incluso en el ámbito del derecho penal. Desde esta perspectiva, advierte que globalizar supone que las políticas criminales nacionales de los Estados van cediendo

do espacio en beneficio de políticas criminales internacionales, y que aquella se refleja fundamentalmente en la extraterritorialidad de las disposiciones penales o procesales. Añade que esta situación explica el creciente interés de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para luchar contra la corrupción y el fraude en transacciones económicas internacionales. Esa organización ha promovido el Convenio firmado en París por 33 Estados con fecha 17 de diciembre de 1997, y que pretende acabar con la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales²⁷.

Aquí, resulta por demás elocuente las palabras del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan, quien al suscribir la Convención de Palermo decía que la comunidad internacional mostraba su voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. En este sentido, señalaba que si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo debe hacer la acción de la ley, que si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a ampliar únicamente medios y arbitrios nacionales. Asimismo, exhortaba que si los enemigos del progreso y los derechos humanos procuraban servirse de la apertura y de las posibilidades que brindan la mundialización para lograr sus fines, los Estados debían servirse también de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas²⁸.

En sétimo lugar, un principio internacional para la lucha contra la corrupción: la recuperación de activos y atacar el punto nodal, combatir aquellos ingresos indebidos como consecuencia de los actos de corrupción y poder decomisar el producto del delito de corrupción.

La delincuencia moderna nos permite advertir la presencia de grupos criminales organizados dedicados al tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, delitos ambientales, falsificación de docu-

27 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "Corrupción y Fraude de Subvenciones". Artículo en: Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2002, p. 14.

28 KOFI A. Annan. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Organización de las Naciones Unidas. Nueva York 2004. Prefacio. Pág. iii.

mentos, robos, secuestros, extorsiones, delitos monetarios y claro está, contra la Administración Pública, etc. Junto a esas infracciones se encuentra también la presencia de un elemento común, la necesidad de darle una apariencia de legalidad a aquellos activos provenientes del actuar criminal. Es por ello que hablar de crimen organizado es hablar también, se quiera o no, de lavado activos. Sin embargo, un componente adicional que está asociado a la criminalidad contemporánea es la corrupción de funcionarios. Por lo tanto, la trilogía indisoluble de esta manifestación delincuencia contemporánea la constituyen: la criminalidad organizada, el lavado de activos y la corrupción de funcionarios.

Al respecto, Fabián Caparrós señala con acierto que la Convención de Viena de 1988, constituye el primer antecedente de cuantas iniciativas internacionales se han construido sobre la delincuencia organizada, sentando las bases sobre las que más de diez años después se construyeron la Convención de Palermo de 2000, así como la Convención de Mérida de 2003²⁹. Así, estos instrumentos internacionales establecieron recomendaciones para poder reprimir al conjunto de operaciones o transacciones comerciales que realizaban a nivel nacional e internacional (durante un periodo de tiempo), una pluralidad de personas naturales y jurídicas que buscan darle apariencia de legalidad a los dineros, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Además, establecieron un conjunto de mecanismos para combatir de modo más eficaz la corrupción de funcionarios, en especial aquellos delitos de peculado, colusión, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, entre otros; así como la recuperación de activos y la incautación y el decomiso de los bienes producto del delito.

Sobre lo último, Pedro de La Lama decía que uno de los aspectos más importantes en la lucha contra la corrupción y toda la tipología de delitos de índole económica lo constituían la intervención o incautación de aquellos bienes en los que se haya materializado el producto del fraude o en su caso el descubrimiento y recuperación de los fondos defraudados. Precisaba que la

29 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. "La Fenomenología del Lavado de Dinero, sus efectos sobre la Economía y el Bien Jurídico Protegido". En: Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú. Organización de los Estados Americanos - OEA. Washington 2006. Pág. 13 y ss.

acción de la justicia en esta clase de delitos pierde absolutamente su eficacia si el procedimiento se termina incluso con la detención, procesamiento y condena de los culpables, sin la recuperación de lo sustraído o defraudado. Pero que tampoco era ejemplarizante que cuando se logra la incautación o traba de determinados bienes tengan que transcurrir periodos de tiempo prolongados en litigios de gran complejidad técnica para que dichos bienes pasen a formar parte del patrimonio del Estado. En este sentido, señala que resulta necesario adoptar medidas que permitan que estos procesos culminen con mayor celeridad³⁰.

Chávez Cotrina manifiesta que el Estado peruano se ha centrado en encarcelar a los integrantes de organizaciones criminales pero que, sin embargo, no ha tenido hasta la fecha éxitos en la confiscación de sus bienes, quedando estas incólumes, y así los delincuentes sigan disfrutando de sus bienes obtenidos ilícitamente, de manera directa o a través de sus testaferros. Añade que lo que viene sucediendo en la judicatura peruana frente a los bienes de organizaciones criminales es que en la sentencia definitiva al agente del delito también se resuelve el destino final de los bienes; y teniendo en cuenta que los procesos demoran años, cuando se trata de rematar estos, en su mayoría ya se encuentran totalmente deteriorados o se han transferido a terceros los cuales se oponen aduciendo que los adquirieron de buena fe³¹.

El Decreto Legislativo N° 1373 sobre Extinción de Dominio, del 04 de agosto de 2018, constituye una estrategia actual para privar a la delincuencia organizada de sus bienes ilícitamente adquiridos, y se aplica sobre todos los bienes patrimoniales que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de actividades ilícitas, entre ellas, de la Administración Pública. Ahora bien, sus antecedentes inmediatos se advierten en el Decreto Legislativo N° 1104 del 19 de abril de 2012; el Decreto Legislativo N° 992 del 22 de julio de 2007; y el Decreto Ley N° 22095 del 21

30 DE LA LAMA, Pedro. "Asistencia mutua en la lucha contra los delitos financieros, fraude y corrupción. Fraude y corrupción en la praxis. Problemática de su investigación". Artículo en: Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 331-335.

31 CHÁVEZ COTRINA, Jorge W. La Pérdida de Dominio. Implicancias en el Perú, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 13-14.

de febrero de 1978. No obstante, entre las críticas que se pueden formular es el plazo de duración del procedimiento, que conforme al artículo 14.2 sólo la etapa de indagación patrimonial, en los casos que se declare complejo, conforme a los criterios de complejidad establecidos en el reglamento, el plazo máximo será de treinta y seis (36) meses prorrogables por igual plazo, por única vez mediante decisión motivada.

Según Zaffaroni, el poder planetario se encuentra enmarcado por la presencia de tres revoluciones: mercantil, industrial y tecnológica, que a su vez han dado lugar a tres momentos distintos: colonialismo, neocolonialismo y globalización. Este último presenta una revolución técnica en las comunicaciones, que genera mayor concentración de capitales, pérdida de poder de los Estados, los desplazamientos migratorios, incremento de disparidades tecnológicas, el desempleo, la exclusión social, y las guerras. Asimismo, se ha aumentado la información disponible y la posibilidad de democratización del conocimiento, así como la integración de los países en bloques económicos³² creando el panorama y espacio adecuado para que la delincuencia moderna incursione en nuevas actividades criminales e ingrese en mercados que hasta no hace mucho tiempo les habían sido distantes, estableciendo alianzas estratégicas entre los grupos criminales nacionales e internacionales que, como estrategia de impunidad en su actuar delictivo buscan infiltrarse en esferas públicas de poder.

Lo expuesto justifica, en parte, la aparición de nuevos delitos en el Código Penal vinculados a la Administración Pública: el soborno internacional pasivo (artículo 393°-A)³³, el cohecho activo transnacional (artículo 397°-A)³⁴ y el otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (artículo 376°-B)³⁵.

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Globalización y Crimen Organizado", en *Conferencia de clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal* que organizó la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de Noviembre de 2007. El artículo está disponible en: www.cienciaspenales.net. Por lo demás, un artículo importante relacionado: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "El derecho penal ante la globalización" en *El Derecho Penal ante la Globalización*. Coordinadoras: Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez y Ma. Rosario Diego Díaz-Santos, Editorial COLEX. Madrid 2002, pp. 11-25.

33 Artículo incorporado por el artículo 2° de la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011.

34 Artículo incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 29316, publicada el 14 de enero de 2009.

35 Artículo incorporado por la Quinta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30327, publicada el 21 de mayo de 2015.

No obstante, a través del Decreto Legislativo N° 1385 del 04 de setiembre de 2018, el legislador señaló que resultaba necesario establecer una sanción penal para los actos de corrupción cometidos en el ámbito privado que afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal de las empresas. En este sentido, incorporó al Código Penal los delitos de corrupción en el ámbito privado (artículo 241°-A) y el de corrupción al interior de entes privados (artículo 241°-B).

Sin embargo, la política de Estado se ha enfocado de modo concreto en el aumento o reforma del sistema de penas en los delitos funcionariales. En el primer supuesto de las circunstancias especiales o de circunstancias cualificadas. Y, en el segundo, de las **penas de multa e inhabilitación**. En efecto, si bien el Título XVIII Delitos contra la Administración Pública contiene en el Capítulo I a los Delitos cometidos por Particulares, el Capítulo II Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, el Capítulo III Delitos contra la Administración de Justicia y en el Capítulo IV las Disposiciones Comunes, los cambios han estado exclusivamente destinados a los Capítulos II y IV.

Las medidas adoptadas, basadas en un sistema de penas y en un nuevo marco de su determinación frente a la moderna criminalidad, han merecido diversas críticas sustentadas en que la presencia de las sanciones elevadas y la aparición de nuevas circunstancias agravantes no sirven para solucionar problemas delincuenciales, y mucho menos cumplen con la finalidad preventivo general. No obstante, la crítica puede ser valedera para los delitos de criminalidad violenta, como los homicidios calificados, robos con circunstancias especiales, secuestros, extorsiones, etc. Sin embargo las críticas no resultan totalmente fundadas cuando nos encontramos ante delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos vinculados, inclusive, a organizaciones criminales, en los cuales las penas previstas y el *quantum* punitivo no se condecían con la entidad del bien jurídico tutelado, lo cual ha traído como consecuencia inmediata una serie de reformas legislativas³⁶ que se han venido

36 Como dice Hurtado Pozo, la hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la Administración de Justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevados número de procesos, muchos de naturaleza grave. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Manual de Derecho Penal, Parte General Tomo I, 4ta. Edición, Idemsa, Lima 2011.

dando en estos últimos años. Es por esta razón que Zúñiga Rodríguez expresa que la criminalidad organizada ha sido tratada político criminalmente con una mayor severidad que la criminalidad común, esto es, con regulaciones de emergencia o *derecho penal del enemigo*³⁷, pues se considera que ostenta mayor peligrosidad para la sociedad, en definitiva, mayor capacidad para que se lesionen los bienes jurídicos³⁸.

No obstante ello, el legislador ha comenzado también a distorsionar el sistema de penas en los delitos contra la Administración Pública, cuando a través del Decreto Legislativo N° 1243, de fecha 22 de octubre del 2016, modificó la duración de la inhabilitación principal prevista en el artículo 38° y dándole el carácter perpetuo para determinados delitos funcionariales, concretamente, cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, 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 15 unidades impositivas tributarias. No les falta razón a Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos cuando sostienen que pocos cuestionan la utilidad práctica del derecho penal como un poderoso instrumento de control social, pero que este no puede ser reducido a un mal necesario de *prima ratio*. En esas condiciones, apuntalan, la misión, fundamento y, muy

p. 67, apartado 187. HURTADO POZO, José Manual de Derecho Penal, Parte General I. 3era. Edición, Grijley, Lima 2005. p. 78, apartado 186; Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Eddili, Lima 1987. p. 92.

37 En los últimos años, la doctrina del derecho penal ha dirigido su mirada a ciertas regulaciones del derecho positivo que parecen diferenciarse del derecho penal general en atención a ciertas características particulares, las cuales han motivado su agrupamiento e individualización como un *corpus* punitivo que se identifica con la denominación de *derecho penal del enemigo*. Desde una perspectiva general se dice que tal derecho constituye una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado derecho penal moderno, esto es, de la tendencia expansiva del derecho penal que, en general, da lugar, a una ampliación de los ámbitos de intervención que según la opinión mayoritaria implica un desconocimiento, o por lo menos una flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y garantías jurídico penales liberales del Estado de Derecho. Léase: Luis Gracia Martín. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-02 (2005). Pág. 2. El citado artículo está disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

38 Laura Zúñiga Rodríguez. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Contribución a la Determinación del Injusto Penal de Organización Criminal. Editorial Comares. Granada 2009. Pág. 211.

en particular, la utilidad de la pena deviene en irreconciliables con la dignidad humana³⁹.

Lo expuesto constituye, en palabras de Larrauri Pijoan, una muestra evidente del “populismo punitivo”⁴⁰ imperante en nuestro país. En tal sentido, tiene razón Díez Ripollés cuando advierte que se carece de una teoría de la legislación penal que marque los pasos y las comprobaciones que deben llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre la penalización o la despenalización de un comportamiento. Y que una sociedad compleja como la nuestra no puede legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas cada vez más por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión que con frecuencia son pasajeros⁴¹.

Al respecto, manifiesta Binder que posiblemente no exista un desafío mayor en los próximos años, tanto para el pensamiento democrático, como para la acción política fundada en dichos valores, que la tarea de encontrar una forma de control de la criminalidad que nos aleje del uso de instrumentos autoritarios ya probados, pero que a la vez nos permita construir herramientas más eficaces, de modo tal que se pueda evitar la instalación de un tipo de sociedad violenta, que afecta, pues, las condiciones de la vida democrática misma o la desfiguración del propio Estado de Derecho y los valores que le son inherentes. Afirma que el sector de la política pública que debería proveer de una cuota importante de ideas y acciones para este cometido es la política criminal⁴². En efecto, tal como lo señala Borja Jiménez, la política criminal designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado,

39 HUGO ÁLVAREZ, Jorge B y HUARCAYA RAMOS, Betty S. Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios, 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 10.

40 LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo... y como resistirlo”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 18, Idemsa, Lima, 2006, pp. 175-193. LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 16, Idemsa, Lima, 2005, pp. 457-478.

41 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Exigencias sociales y política criminal”. En: Estudios Penales y de Política Criminal, Idemsa, Lima, 2007, p. 44.

42 BINDER, Alberto. Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática, 1ra. Edición, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. IX.

se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal⁴³. No obstante, como apuntala Ibarra, la cultura política no opera sobre el vacío, sino que interacciona siempre con relaciones sociales y económicas en circunstancias espaciales e históricas⁴⁴.

En este contexto, la Ley N° 28355 del 04 de octubre de 2004, bajo el rótulo Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y la Ley Penal contra el Lavado de Activos, reformó directamente la Sección IV “Corrupción de Funcionarios” del aludido Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, además del delito de asociación ilícita y las formas agravadas del lavado de activos.

Por su parte, la Ley N° 29703, Ley que modifica el Código Penal respecto de los Delitos contra la Administración Pública de 10 de junio de 2011, formuló cambios en los principales delitos previstos en la Sección I “Abuso de Autoridad”, Sección II “Concusión”, Sección III “Peculado” y Sección IV “Corrupción de Funcionarios” pero exclusivamente del Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, a saber, los delitos de abuso de autoridad (artículo 376°), colusión (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

Por lo demás, resultó muy cuestionable, en lo que a producción normativa atañe, que al poco tiempo, por Ley N° 29758, Ley que modifica el Código Penal respecto a los Delitos contra la Administración Pública del 21 de julio de 2011, el legislador modificara nuevamente la gran mayoría de los delitos que había reformado con la anterior Ley N° 29703, esto es, los delitos de colusión -ahora simple y agravada- (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°). No obstante, el tema más relevante de esta Ley N° 29758, es que reformó el artículo 426° “Inhabi-

43 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Política. Política Criminal y Derecho Penal”. En: Curso de Política Criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 22.

44 IBARRA, Hernán. Reseña de “Clientismo, corrupción y criminalidad organizada”, de Mario Caciagli. En: Íconos. Revista de Ciencias Sociales. Diciembre 2002, N° 015. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Sede Académica de Ecuador, pp. 156-158.

litación accesoria y especial” del Capítulo IV “Disposiciones Comunes” del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”.

De otro lado, la Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la Inseguridad Ciudadana, del 19 de agosto de 2013, trajo consigo un cambio radical en la **determinación judicial de la pena** dentro del ordenamiento jurídico peruano, proponiendo un sistema de tercios para su mejor determinación, y que lógicamente también resultó aplicable a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo, no se trató del único cambio relevante para esta clase de delitos, puesto que también reformó el **artículo 38 (duración de la inhabilitación principal)** y planteó precisiones en el **artículo 57° (requisitos)** para aplicar la **suspensión de ejecución de la pena**. Pese a ello, ya la Ley N° 30054 “Ley que incorpora el artículo 108°-A al Código Penal, modifica los artículos 46°-A, 108°, 121° y 367° del Código Penal y los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal, para prevenir y sancionar delitos contra miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o el Ministerio Público, miembros del Tribunal Constitucional o Autoridades elegidas por Mandato Popular”, del 30 de junio de 2013, había modificado el **artículo 46-A (circunstancia agravante por condición del sujeto activo)** referido exclusivamente para funcionarios o servidores públicos.

La Ley N° 30077 “Ley contra el Crimen Organizado” del 20 de agosto de 2013⁴⁵, estableció en su artículo 3° “Delitos comprendidos”, un catálogo de dispositivos legales a los cuales se aplica esta Ley, entre ellos, los previstos en el numeral 19, **delitos contra la Administración Pública**, en modalidades delictivas previstas en los artículos 382° (concusión), 383° (cobro indebido), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 393°-A (soborno internacional pasivo), 393° (cohecho pasivo propio), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397° (cohecho activo genérico), 397°-A

45 Esta Ley estableció en su Primera Disposición Complementaria Final que su entrada en vigencia sería a los 120 días de su publicación en el diario oficial El Peruano. Sin embargo, la Ley N° 30133 “Ley que modifica la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado” prorrogó su vigencia para el 01 de julio de 2014.

(cohecho activo transnacional), 398° (cohecho activo específico), 399° (aprovechamiento indebido o negociación incompatible de cargo), 400° (tráfico de influencias) y el 401° (enriquecimiento ilícito). Todos ellos delitos de la Sección II “Concusión”, Sección III “Peculado” y de la Sección IV “Corrupción de Funcionarios” previstos en el **Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”**. Aunado a ello, esa Ley estableció en el **Capítulo VI “Consecuencias Jurídicas Aplicables y Ejecución Penal”** en los artículos 21° y 22°, la pena de inhabilitación y un supuesto de agravante especial, de manera respectiva, cuando el agente en calidad de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.

Por su parte, la **Ley N° 30111 “Ley que incorpora la Pena de Multa en los Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”** publicada el 26 de noviembre de 2013, constituyó un cambio radical en los delitos contra la Administración Pública, en tanto que incorporó en el sistema de sanciones, junto a las penas privativas de libertad e inhabilitación, a la **pena de multa**. Esta clase de consecuencia pecuniaria recayó una vez más en los delitos previstos en la Sección II “Concusión”, Sección III “Peculado” y de la Sección IV “Corrupción de Funcionarios” de los “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Estos son: la concusión (artículo 382°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389°), cohecho pasivo propio (artículo 393°), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

La **Ley N° 30124**, Ley que modifica el artículo 425° del Código Penal, referido al **concepto de funcionario o servidor público**, del 13 de diciembre del 2013, reformó el artículo 425° del Código Penal. En este sentido, consignó como numeral 6 que también son funcionarios públicos los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Por su lado, por **Ley N° 30304**, Ley que Prohíbe la Suspensión de la Ejecución de la Pena a Delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos, publicada el 28 de febrero de 2015⁴⁶, modificó la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta o mediana duración, concretamente de la **suspensión de la ejecución de la pena**, al establecer que esta medida de régimen de prueba, resulta inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquier delito doloso previsto en los artículos 384° (colusión simple y agravada) y 387° (peculado).

Ahora bien, el **Decreto Legislativo 1351**, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal para fortalecer la Seguridad Ciudadana, publicado el 07 de enero de 2017, amplió la prohibición para aplicar la **suspensión de la ejecución de la pena** para el segundo párrafo del artículo 389° (malversación), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo) y 400° (tráfico de influencias).

Aunado a ello, el **Decreto Legislativo N° 1243**, Decreto Legislativo que modificó el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la Pena de Inhabilitación Principal, así como incorporar la **Inhabilitación Perpetua** para los Delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados, del 22 de octubre de 2016, modificó el artículo 38° (duración de la pena de inhabilitación principal) señalando que ésta se extiende de 5 a 20 años cuando se trate de delitos previstos en los artículos 382° (concusión), 383° (cobro indebido), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 388° (peculado de uso), 389° (malversación), 393° (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397° (cohecho activo genérico), 397°-A (cohecho activo transnacional), 398° (cohecho activo específico), 399° (aprovechamiento indebido o negociación incompatible de cargo), 400° (tráfico de influencias) y 401° (enriquecimiento ilícito). Además, precisó que para dichos

46 Antes, se había emitido la Ley N° 30124 “Ley que modifica el artículo 425° del Código Penal, referido al concepto de Funcionario o Servidor Público”, publicada el 13 de diciembre de 2013.

casos, será perpetua, siempre que el agente actúe en calidad de 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 (15) quince unidades impositivas tributarias.

Asimismo, la Ley N° 30650 del 20 de agosto de 2017, modificó el artículo 41° de la Constitución Política del Estado, señalando en la parte *in fine* que el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para funcionarios o servidores públicos como particulares. Y que la acción penal es imprescriptible en supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

PRINCIPALES REFORMAS LEGISLATIVAS		
1. Ley N° 28355	LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y LEY PENAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS	04/OCT/2004
2. Ley N° 29703	LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL RESPECTO A DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	10/JUN/2011
3. Ley N° 29758	LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL RESPECTO A DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	21/JUL/2011
4. Ley N° 30054	LEY QUE MODIFICA, ENTRE OTROS, EL ARTÍCULO 46°-A DEL CÓDIGO PENAL, CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR CONDICIÓN DEL SUJETO ACTIVO	30/JUN/2013
5. Ley N° 30076	LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, ENTRE OTROS, CON EL FIN DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA	19/AGO/2013
6. Ley N° 30077	LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO	20/AGO/2013
7. Ley N° 30111	LEY QUE INCORPORA LA PENA DE MULTA EN LOS DELITOS QUE SON COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	26/NOV/2013
8. Ley N° 30124	LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL, SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO	13/DIC/2013

9. Ley N° 30304	LEY QUE PROHÍBE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS	28/FEB/2015
10. Decreto Legislativo N° 1243	DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL A FIN DE ESTABLECER Y AMPLIAR EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PRINCIPAL, E INCORPORAR LA INHABILITACIÓN PERPETUA PARA LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y CREA EL REGISTRO ÚNICO DE CONDENADOS INHABILITADOS	22/OCT/2016
11. Decreto Legislativo N° 1351	DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL A FIN DE FORTALECER LA SEGURIDAD CIUDADANA	07/ENE/2017
12. Ley N° 30650	LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	20/AGO/2017

1. **LEY N° 28355: LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY PENAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS (04/OCT/2004)**

La Ley N° 28355 constituyó un punto de quiebre en los tipos penales vinculados a la Administración Pública, puesto que reformó principalmente las infracciones previstas en la Sección IV “Corrupción de Funcionarios” del aludido Capítulo II Delitos cometidos por Funcionarios Públicos. En efecto, durante más de diez años, los artículos 393° (cohecho pasivo propio), 394° (cohecho pasivo impropio), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales) y 400° (tráfico de influencias) nunca habían sido modificados; y los regulados en los artículos 397° (cohecho activo genérico) y 401 (enriquecimiento ilícito), no advirtieron cambios relevantes en su estructura típica ni en el sistema de sanciones. Es a partir de esta Ley que el legislador nacional incorporó nuevos supuestos delictivos y aumentó el *quantum* de las penas.

Rojas Vargas manifiesta que al promulgarse y publicarse en el Diario Oficial El Peruano la citada Ley N° 28355 se produjo una sistemática y amplia reforma a toda la regulación normativa de los delitos de corrupción de funcionarios, que abarcó niveles de mayor injusto penal en cada uno de los tipos penales de cohecho (pasivo propio, pasivo impropio, pasivo específico, activo genérico y específico), así como la agravante por la calidad del agente en el

delito de tráfico de influencias y por razón de jerarquía funcional en el enriquecimiento ilícito, como también **escalas más rigurosas de penas**⁴⁷. En igual sentido, Reátegui Sánchez expresa que los delitos de cohecho sufrieron también un cambio importante en el marco de la punibilidad con modificaciones gravosas⁴⁸. Agregan que dicha reforma también supuso que se deroguen los artículos 398°-A y 399°-A del Código Penal, que regulaban el cohecho activo del abogado y establecía inhabilitaciones absolutas.

Así, el artículo 393° (cohecho pasivo propio) pasó a tener de tres a seis años, a un rango de cinco a diez años de pena privativa de la libertad, entre las figuras básicas y el supuesto agravado. El artículo 394° (cohecho pasivo impropio) de dos a cuatro años, a un espacio de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad para las conductas típicas. Por su parte, el artículo 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales) de pena no mayor de cuatro años, a un *quantum* de cinco a ocho años de pena privativa de la libertad. En lo que concierne al artículo 400° (tráfico de influencias) de dos a cuatro años, paso a tener de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad, entre el tipo básico y la circunstancia agravante. Respecto al artículo 397° (cohecho activo genérico) la pena de dos a cinco años, se situó de tres a seis años de pena privativa de libertad para los delitos que se regulaban. En tanto que el artículo 401° (enriquecimiento ilícito) de cinco a diez años, se fijó de cinco a dieciocho años de pena privativa de libertad entre el tipo base y el supuesto agravado.

Tal como se puede apreciar, si bien el legislador incrementó la **pena privativa de la libertad**, ellas todavía resultaban excesivamente bajas en atención a la entidad del bien jurídico tutelado, salvo el artículo 401° (enriquecimiento ilícito) que alcanzaba un máximo de dieciocho años para la circunstancia agravante, esto es, que el agente sea 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.

47 ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos., 2da. Edición, Nomos & Thesis, Lima, 2017, p. 23 y p.333.

48 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima, 2017, pp. 731-732.

Un aspecto cuestionable resultó la incorporación de la **pena de inhabilitación** en los artículos 393° (cohecho pasivo propio), 394° (cohecho pasivo impropio), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 398° (cohecho activo específico), 400° (tráfico de influencias) y 401° (enriquecimiento ilícito), en tanto que esta pena limitativa de derecho ya se encontraba regulada como pena principal y conjunta en el texto original del artículo 426° del Código Penal que establecía que los delitos previstos en los Capítulos II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” y III “Delitos contra la Administración de Justicia” serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años de conformidad al artículo 36°, incisos 1 y 2.

LEY N° 28355 (04/OCT/2004)	
Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas	
Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”	
Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 393.- Cohecho propio Pena privativa de libertad <u>no menor de 3 ni mayor de 6 años</u> .	Artículo 393.- Cohecho pasivo propio 1er. Párrafo: Pena privativa de libertad <u>no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. 2do. Párrafo: Pena privativa de libertad <u>no menor de 6 ni mayor de 8 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. 3er. Párrafo: Pena privativa de libertad <u>no menor de 8 ni mayor de 10 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Artículo 394.- Cohecho impropio Pena privativa de libertad <u>no menor de 2 ni mayor de 4 años</u> .	Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio 1er. Párrafo: Pena privativa de libertad <u>no menor de 4 ni mayor de 6 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. 2do. Párrafo: Pena privativa de libertad <u>no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Artículo 396.- Corrupción auxiliar jurisdiccional Pena privativa de libertad <u>no mayor de 4 años</u> .	Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales Pena privativa de libertad <u>no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Artículo 426.- Inhabilitación Los delitos previstos en Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, <u>además</u> , con <u>pena de inhabilitación</u> de 1 a 3 años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.	

Un tema particular es que esta misma Ley N° 28355 modificó también el delito de **asociación ilícita** previsto en el artículo 317°. En efecto, hasta antes de dicha Ley el texto hacía referencia a una “agrupación de dos o más personas”, pero luego de su incorporación estableció que se trataba de una “organización de dos o más personas”. Aunque no haya el legislador querido ir más allá, por el contenido de la reforma de esta Ley, se trataba de una forma tácita y tibia de admitir que en los **delitos de corrupción funcional** cabía la posibilidad de admitir la presencia de la organización criminal⁴⁹, lo cual había sido ratificado en varios instrumentos internacionales que la antecedieron, tal como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida de 2003).

Ahora bien, con la modificación de los artículos 3° y 7° de la Ley N° 27765 “**Ley Penal contra el Lavado de Activos**” que formuló la Ley bajo comento, el legislador admitía implícitamente el estado de la delincuencia contemporánea, la presencia de grupos criminales organizados dedicados no sólo al tráfico ilícito de drogas, sino también a delitos contra la Administración Pública. Junto a estas infracciones penales a las cuales se dedican, se encuentra, además, la presencia de un elemento común, la necesidad de darle apariencia de legalidad a los activos provenientes del actuar delictivo.

2. LEY N° 29703: LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL CON RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (10/JUN/2011)

La dación de la Ley N° 29703 generó un duro revés en la lucha contra la corrupción de funcionarios, y de manera más amplia contra la propia Administración Pública, pues no sólo el legislador planteó la reforma de la estructura típica y el sistema de sanciones de los delitos funcionariales más frecuentes, sino que trastocó, además, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que habían tenido determinadas figuras penales, entre ellas, el **delito de colusión** (artículo 384), al incluir en la estructura típica la expresión “**defraudare patrimonialmente**” por “defrauda”.

49 Téngase en cuenta que la Ley N° 30077 “Ley contra el Crimen Organizado” fue recién publicada el 20 de Agosto de 2013. Sin embargo, la Ley N° 30133 prorrogó su vigencia para el 01 de Julio de 2014.

Respecto al referido delito de colusión, Pariona Arana manifiesta que el término “patrimonialmente” que se adicionó a la autógrafa generó una serie de críticas y cuestionamientos al resultado de la reforma legislativa. Señala que se argumentó que la norma propiciaría la impunidad, pues se dejaba sin sanción penal los casos de colusión sin perjuicio patrimonial. Agrega, que tal fue el efecto de estas críticas que a los pocos días se presentaron diversos proyectos de ley orientados a derogar y/o modificar la norma recientemente aprobada, tales como los Proyectos de Ley N° 4878/2010-CR, 4881/2010-CR, 4885/2010-CR, 4886/2010-CR y 4892/2010-PE⁵⁰.

Ahora bien, la citada Ley N° 29703 formuló cambios en los principales delitos de la Sección I Abuso de Autoridad, Sección II “Concusión”, Sección III “Peculado” y Sección IV “Corrupción de Funcionarios” pero de modo exclusivo del Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, a saber, los delitos de abuso de autoridad (artículo 376°), colusión (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°). Asimismo, incorporó el artículo 393°-A (soborno internacional pasivo) al Código Penal.

En este contexto, en la **Sección I “Abuso de Autoridad”**, el legislador modificó el artículo 376° (abuso de autoridad) **incrementado las penas** privativas de la libertad previstas para el tipo base y la circunstancia agravante. El texto original reprimía este ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de dos años. Luego, la Ley N° 28165 que se publicó el 10 de enero de 2004, mantuvo el supuesto típico y el *quantum* punitivo del tipo base, no obstante incorporó un supuesto agravado que era sancionado con un rango de pena privativa de la libertad de dos a cuatro años. Luego, la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, incrementó la pena prevista para el supuesto típico en no mayor de tres años, y la circunstancia de agravación en no menos de dos ni mayor de cuatro años de privación de libertad.

Por su parte, en la **Sección II “Concusión”**, se **modificó la redacción** típica así como el margen de **la pena** para el artículo 384° (delito de colusión). La

50 PARIONA ARANA, Raúl. El Delito de Colusión, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 20-21.

reforma introducida incrementó el *quantum* punitivo al pasar de tres a quince años, a una pena privativa de libertad *no menor seis* ni mayor de quince años. La aludida Ley N° 29703 también incluyó la frase “defraudare patrimonialmente” por “defrauda”, esta última prevista en el texto original de dicho dispositivo legal, que se mantuvo incluso con el cambio que se hiciera por la Ley N° 26713 de 27 de diciembre de 1996. Lo expuesto generó una **demanda de inconstitucionalidad** interpuesta por el entonces Fiscal de la Nación José Antonio Peláez Bardales, quien sostenía que el nuevo término implicaba necesariamente la exigencia del perjuicio patrimonial.

El Tribunal Constitucional en la sentencia que recayera en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC - Lima, del 03 de mayo de 2012, precisó en los fundamentos 29 y 30, que la introducción del cuestionado término “patrimonialmente” podría direccionar la interpretación de la norma legal a supuestos en los que en puridad lo que se vería perjudicado era el patrimonio del Estado y no aquellos principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello sería a su vez contrario a lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: *“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”*.

Así las cosas, y tal como señala Castillo Alva, el Tribunal Constitucional concluyó que debía quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto hace mención a la expresión “patrimonialmente”⁵¹, a fin de orientar la interpretación buscando evitar vaciar de contenido los fines constitucionales de protección, al sancionarse actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

En lo que atañe a la **Sección III “Peculado”**, la Ley N° 29703 reformó los delitos de peculado doloso y culposo (artículo 387°) y peculado de uso (artículo 388°).

Para el primer supuesto, junto al peculado doloso por apropiación y utilización (primer párrafo), el legislador introdujo como modalidad típica que el

51 CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 27.

funcionario o servidor público “*consienta que un tercero se apropie o utilice*”, resaltando además, de manera innecesaria, el carácter de público de los caudales o efectos.

Además, en la consecuencia jurídica del delito **incrementó la sanción** de dos a ocho años, en pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Así las cosas, luego de más de veinte años, el legislador modificó el extremo mínimo de la pena privativa de la libertad⁵², sin embargo, ello era aún insuficiente dada la entidad del bien jurídico protegido, y porque en la mayoría de los casos jurisprudenciales era ya casi una costumbre imponer una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, caso de la llamada suspensión de la ejecución de la pena. Ello, aunado a la no imposición de la pena de inhabilitación prevista en el artículo 426° del Código Penal, permitía que sujetos condenados por este delito estuvieran postulando nuevamente a cargos públicos⁵³.

Así por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 149-2010 - LIMA NORTE, del 08 de abril de 2011, la Corte Suprema de Justicia declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a la encausada a dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta, pese a existir una pluralidad de hechos. Por otro lado, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 451-2010 - SANTA, de fecha 28 de marzo de 2011, la máxima instancia del Poder Judicial absolvió a los acusados que, en primera instancia, y pese a tratarse de un concurso real de delitos, se les había impuesto un año de pena privativa de la libertad suspendida por el periodo de prueba de un año bajo reglas de conducta. Asimismo, y en la Ejecutoria Suprema recaída

52 El texto original del artículo 387° fue modificado primigeniamente por la Ley N° 29198 del 13 de junio de 1993. Sin embargo, no hizo ningún cambio sustantivo respecto a la consecuencia jurídica del delito del tipo base dolosa. Sólo se limitó a incluir una circunstancia especial agravada referida al destino de los caudales o efectos.

53 De manera más amplia y alarmante, en los comicios regionales y municipales de octubre de 2014, el Jurado Nacional de Elecciones informaba que existían 345 candidatos con condena vigente (diario Perú 21, edición del 12 de agosto de 2014). Por su parte, el Contralor de la República Fuad Khoury se mostraba a favor de realizar una reforma electoral la cual impida que aquellas personas detenidas o que eran condenadas por actos de corrupción puedan postular a cargos públicos (diario Correo, edición del 26 de febrero de 2015).

en el Recurso de Nulidad N° 106-2005 - CUSCO de 18 de agosto de 2005, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó al encausado a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida por el periodo de prueba de un año, bajo reglas de conducta.

Ahora bien, quizás lo más resaltante de la citada Ley N° 29703, es que introdujo un supuesto agravado conforme al valor de lo apropiado o utilizado. En tal sentido, si sobrepasaba 10 Unidades Impositivas Tributarias la pena privativa de la libertad era no menor de ocho ni mayor de doce años. Asimismo, incrementó el *quantum* de la pena privativa de libertad de cuatro a diez años, ahora de *ocho a doce años*, advirtiéndose que la pena a imponerse en esos casos debería ser indefectiblemente una pena privativa de libertad efectiva.

Para el segundo supuesto, peculado de uso (artículo 388°), los cambios no fueron significativos. Lo más relevante fue que el rango primigenio de la consecuencia, pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, se incrementó, al menos en su extremo mínimo, en pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En lo que atañe a la **Sección IV “Corrupción de Funcionarios”**, la Ley N° 29703 formuló modificación sólo en dos delitos, el tráfico de influencias (artículo 400°) y el enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

Con relación al primero de ellos el tipo penal no experimentó ningún cambio. En efecto, el legislador mantuvo el mismo rango de penas que ya habían sido fijados por la reforma efectuada con la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004, tal como se detalló *supra*. El punto más relevante es que esta ley descriminalizó el tráfico de influencias simuladas, lo cual llevó al entonces Fiscal de la Nación a interponer una demanda de inconstitucionalidad arguyendo que debía suprimirse la palabra “real” para descartar toda interpretación en el sentido de entender que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente real y no aparente. Para dicha finalidad, invocó el artículo 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia que recayera en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC - Lima del 03 de mayo de 2012, precisó en los fundamentos 35, 36 y 37, que no consideraba que de dicho Tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de

influencias los casos de influencias simuladas. Sin embargo, dijo que ello no implicaba de manera alguna que necesariamente la persecución penal de actos de tráfico de influencias cuando sean simuladas resulte inconstitucional, y que tampoco impedía que el legislador esté prohibido de incorporarlo nuevamente en el ordenamiento jurídico, hecho que finalmente se dio, al poco tiempo, con la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°), la Ley N° 29703 no introdujo ningún cambio sustancial en la redacción típica, más allá de la realizada por la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004. Lo curioso es que en cuanto a la consecuencia jurídica del delito, suprimió la pena de inhabilitación del tipo básico y del supuesto agravado, lo cual, ciertamente, no afectaba en nada a la imposición de esta pena limitativa de derechos, en tanto y en cuanto ya se encontraba prevista como pena principal y conjunta en el artículo 426° del Código Penal.

Por lo demás, es importante resaltar que reconociendo el carácter internacional que tiene la corrupción de funcionarios, el legislador incorporó con esta Ley N° 29703 el delito de soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), sancionándolo con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Lo cual también constituyó un avance importante para que el Perú pudiese ingresar a la OCDE - Organismo de Cooperación y Desarrollo Económico.

LEY N° 29703 (10/JUN/2011)

Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas

Capítulo II "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos"

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 376°.- Abuso de autoridad Pena privativa de libertad <u>no mayor de 2 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años.	Artículo 376°.- Abuso de autoridad Pena privativa de libertad <u>no mayor de 3 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años.
Artículo 384°.- Colusión <i>"defrauda"</i> Pena privativa de libertad <u>no menor de 3 ni mayor de 15 años</u>.	Artículo 384°.- Colusión <i>"defraudare patrimonialmente"</i> Pena privativa de libertad <u>no menor de 6 ni mayor de 15 años</u>.
Artículo 387°.- Peculado Pena privativa de libertad <u>no menor de 2 ni mayor de 8 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad <u>no menor de 4 ni mayor de 10 años</u>. (...).	Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo Pena privativa de libertad <u>no menor de 4 ni mayor de 8 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad <u>no menor de 8 ni mayor de 12 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad <u>no menor de 8 ni mayor de 12 años</u>. (...).
Artículo 401°.- Enriquecimiento Ilícito Pena privativa de libertad <u>no menor de 5 ni mayor de 10 años e inhabilitación</u> de conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad <u>no menor de 8 ni mayor de 18 años e inhabilitación</u> de conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. (...)	Artículo 401°.- Enriquecimiento Ilícito Pena privativa de libertad <u>no menor de 5 ni mayor de 10 años</u>. Circ. Agravante: Pena privativa de libertad <u>no menor de 8 ni mayor de 18 años</u>. (...)
Artículo 426.- Inhabilitación Los delitos previstos en Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, <u>además</u>, con <u>pena de inhabilitación</u> de 1 a 3 años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.	

3. LEY N° 29758: LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL CON RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (21/JUL/2011)

Al poco tiempo de haberse publicado la Ley N° 29703 del día 10 de junio de 2011, y para ser más preciso, 41 días después, el legislador emitió la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, con el mismo tenor de aquella "Ley que modi-

fica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública”. Lo más resaltante es que volvía a modificar las mismas figuras penales que había reformado algunos días atrás, colusión *-ahora simple y agravada-* (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), el peculado de uso (artículo 388°), el tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°). No obstante, el tema más relevante de esta Ley N° 29758, es que trajo consigo la reforma del artículo 426° “Inhabilitación accesoria y especial”, Capítulo IV “Disposiciones Comunes” del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”.

En lo que atañe a la **Sección II “Concusión”** se reformó una vez más el artículo 384°, estableciendo ahora **dos niveles de colusión: una simple y otra agravada**, lo cual a su vez implicó **dos consecuencias jurídicas diferenciadas**. Con relación a la primera, el legislador reincorporó el término “defraudar” reprimiéndola con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Respecto a la segunda, mantuvo la expresión “defraudare patrimonialmente” sancionándola con privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. Conforme se puede advertir, con esta nueva regulación dejaba sentado que el perjuicio al patrimonio del Estado podía ser tanto potencial como real.

Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos refieren que lo novedoso en las últimas reformas al artículo 384 del Código Penal, radica en la relación del delito de colusión simple con el de colusión agravada. Así, señalan que el primero es de mera actividad, de dolo directo y de peligro abstracto, que no se requiere de afectación al patrimonio del Estado para que el delito se configure, basta la concertación con el propósito deliberado de defraudar al Estado. Y que si la colusión simple afecta realmente el patrimonio estatal, se convierte ya en colusión agravada. Agregan que para el tipo penal agravado la exigencia de este perjuicio patrimonial debe ser efectivo, y que para los fines de tipicidad no resulta relevante que el agente haya obtenido o no un provecho, el cual será tomado en cuenta al momento de individualizar la pena⁵⁴.

54 HUGO ÁLVAREZ, Jorge B y HUARCAYA RAMOS, Betty S. Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios, 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pp. 170-171.

En cuanto a la **Sección III “Peculado”**, la Ley N° 29758 volvió a la redacción que tenía el peculado doloso y culposo (artículo 387°), hasta antes de la Ley N° 29703, con la única salvedad de que sí mantuvo el rango de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad para el tipo básico. Asimismo, **conservó los supuestos agravados y las penas fijadas**, estas son privativas de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Lo mismo sucedió con el peculado de uso (artículo 388°), puesto que el legislador retornó a la redacción típica que se regulaba hasta antes de la dación de la cuestionada Ley N° 29703.

Salinas Siccha justifica el *quantum* punitivo de las formas agravadas manifestando que, conforme al principio de lesividad, a mayor afectación patrimonial hacia los recursos del Estado, mayor será la sanción punitiva que se impongan a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales cometen este tipo de conductas ilícitas; así cuando se apropian o utilizan bienes públicos que están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o de ayuda social⁵⁵.

Respecto a la **Sección IV “Corrupción de Funcionarios”**, la Ley N° 29758, en lo que atañe al delito de tráfico de influencias (artículo 400°), también volvió a la redacción anterior a la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, esto es, la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004, reincorporando junto a las influencias reales, las “simuladas”. Distinta suerte acaeció con el enriquecimiento ilícito (artículo 401°), ya que en lo esencial se mantuvo la fórmula propuesta por la Ley N° 29703, con algunas precisiones en las figuras básica y agravada. Lo que si se modificó fue el ***quantum* de pena** para el supuesto agravado, pues antes se fijaba en no menos de ocho ni mayor de dieciocho años, siendo a partir de la Ley N° 29758, privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

El cambio sustancial se hizo sobre el **artículo 426° “Inhabilitación”** del Código Penal, el cual nunca había sido materia de modificatoria por un espa-

55 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2016, pp. 410-411. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 3ra. Ed., Grijley, Lima, 2014, pp. 354-356. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 2da. Ed., Grijley, Lima, 2011, pp. 344-347.

cio de veinte años. El dispositivo legal establecía que los delitos previstos en los Capítulos II y III serían sancionados, además, con la pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2. Sin embargo, la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, lo modificó quedando el artículo 426° **“Inhabilitación accesoria y especial”** redactado de la siguiente manera: *“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2”*.

De esta última lectura, se advierte que el artículo 426° trajo consigo tres cambios relevantes respecto a la pena de inhabilitación en delitos contra la Administración Pública. Primero, que incorporó dos clases de inhabilitaciones: “la accesoria y la especial”. Segundo, el 1er. párrafo abarca una pena de “inhabilitación accesoria”, y tercero, sanciona a los delitos previstos en el Capítulo II con esta pena limitativa de derechos con igual tiempo de duración que la pena principal⁵⁶. En el Capítulo II cuestionamos los tres cambios introducidos, los mismos que desnaturalizaban el tratamiento de la pena de inhabilitación en la legislación penal nacional. Y que, por consiguiente, conllevaron a su reformulación por Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

56 YSHII MEZA, Luis Alejandro. La Pena de Inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública (A propósito de la modificación del artículo 426° del Código Penal por la Ley N° 29758 y los Proyectos de Ley en el Congreso de la República). En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 416-420.

LEY N° 29758 (21/JUL/2011)

Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas

Capítulo II "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos"

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 384°.- Colusión <i>"defraudare patrimonialmente"</i> Pena privativa de libertad <u>no menor de 6 ni mayor de 15 años</u> .	Artículo 384°.- Colusión simple y agravada 1er. Párrafo: <i>"defraudar"</i> Pena privativa de libertad <u>no menor de 3 ni mayor de 6 años</u> . 2do. Párrafo: <i>"defraudare patrimonialmente"</i> Pena privativa de libertad <u>no menor de 6 ni mayor de 15 años</u> .
Artículo 400°.- Tráfico de Influencias <i>"ofrecimiento real"</i> Pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años. Circ. Agravante: Pena privativa libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años e <u>inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.	Artículo 400°.- Tráfico de Influencias <i>"influencias reales o simuladas"</i> Pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años. Circ. Agravante: Pena privativa libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años e <u>inhabilitación</u> conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Capítulo IV "Disposiciones Comunes"	
Artículo 426.- Inhabilitación Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con inhabilitación de 1 a 3 años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.	Artículo 426. Inhabilitación accesoria y especial Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2. (...)

4. LEY N° 30054: LEY QUE MODIFICÓ, ENTRE OTROS, EL ARTÍCULO 46°-A DEL CÓDIGO PENAL, CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR CONDICIÓN DEL SUJETO ACTIVO (30/JUN/2013)

Las reformas introducidas al sistema de penas y determinación judicial en delitos contra la Administración Pública no sólo se dieron desde la Parte Especial, sino también desde la Parte General del Código Penal. En efecto, ya la Ley N° 26758 del 14 de marzo de 1997, había introducido el artículo 46°-A regulando como una *circunstancia agravante de responsabilidad penal* si el agente se aprovechaba de su condición de integrante de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, *funcionario o servidor público* para cometer el hecho punible. Al respecto, precisó que el Juez *podría* aumentar la pena has-

ta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido sin que pueda excederse los treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Además, fijo una cláusula de prohibición en la parte *in fine* al señalar que no sería aplicable lo dispuesto en dicho dispositivo legal cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta es un elemento constitutivo del hecho punible.

Abanto Vásquez señalaba que la “circunstancia agravante” del artículo 46°-A no era aplicable a los delitos contra la Administración Pública, pues en estos, por su propia naturaleza, la condición de funcionario público fundamenta el injusto penal y la penalidad de la conducta (delito especial propio) o sirve de base para prever una pena mayor que la que le correspondería por el delito común que subyace en el tipo penal (delito especial impropio). Añadía que aplicar esta agravante a todos estos casos implicaría atentar contra el principio *ne bis in idem* al tener en cuenta dos veces las mismas características del sujeto activo para construir el tipo penal y prever la pena⁵⁷.

Sin embargo, contrariamente a lo que manifestaba el citado autor nacional, existen figuras en los delitos contra la Administración Pública, en los que la construcción típica está prevista para delitos comunes y que, tranquilamente pueden admitir la presencia de un funcionario o servidor público en su configuración. Ello ocurre por ejemplo en los delitos del artículo 397° (cohecho activo genérico), en el cual un sujeto con condición funcional puede corromper a otro de igual naturaleza, y el Juez deberá aplicar los efectos del artículo 46°-A.

Una reforma posterior del texto legal y que avala la amplitud con la cual se reguló el artículo 46°-A, se dio con el Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, ocasión en la que el legislador estatuyó que la misma pena también se aplicaría al agente que desempeñó los cargos señalados y aprovechó los conocimientos que adquirió en el ejercicio de la función para cometer el hecho punible. Asimismo, introdujo como una nueva circunstancia agravante cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde estaba privado de su libertad, cometía en calidad de autor o partícipe delito

57 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, 2da. Ed., Palestra Editores, Lima, 2003, p. 95.

de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. Para este caso, señaló que el Juez *podría* aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el hecho ilícito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años.

Hasta aquí, quedaba claro que el artículo 46°-A admitía la posibilidad de aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin exceder de treinta y cinco años. Lo que en puridad regulaba dicho dispositivo legal era una **circunstancia cualificada agravada**⁵⁸, lo cual implicaba un mayor grado de desvalor a la conducta del agente en atención al cargo que ostentaba y que abusaba de los conocimientos adquiridos en la función pública para delinquir. Por consiguiente, al ser un supuesto más gravoso, implicaba dos consecuencias inmediatas: primero, el Juez fijaba la pena por encima del máximo legal previsto en el tipo penal hasta treinta y cinco años, y segundo, su imposición resultaba ser de carácter obligatorio y no optativo para el Juez.

Lo expuesto, quedó corroborado cuando la Ley N° 30054 publicada el 30 de junio de 2013, modificó una vez más el artículo 46°-A y señaló *que el Juez aumenta (carácter imperativo)* la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años.

Además, con la incorporación del artículo 45°-A “Individualización de la pena”, por Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013, quedaba claro la presencia de circunstancias agravadas cualificadas, y cuyo efecto inmediato era determinar la pena concreta por encima del tercio superior. Ahora bien, su efecto más gravoso debe de constituir su excepcionalidad en la legislación penal nacional. Es por ello, que más allá de los artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E⁵⁹, así como el artículo 22° de la Ley N° 30077 “Ley contra el Crimen Organizado”, y el artículo 11° de la Ley N° 30096 “Ley de Delitos

58 Ya el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 “Reincidencia, habitualidad i determinación de la pena” del 18 de julio de 2008, le había asignado esa categoría en el fundamento 13 literal e).

59 El artículo se incorporó con la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” del 23 de noviembre de 2015. El propio *nomen iuris* del dispositivo legal lo denomina “*Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco*”.

Informáticos”, su presencia debe resultar mínima para el derecho penal peruano.

LEY N° 30054 (30/JUN/2013) Cuadro Comparativo de la Reforma Legislativa	
Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 46-A. Circunstancia agravante condición del sujeto activo Constituye circunstancia agravada de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las FF.AA., PNP, autoridad, <i>funcionario o servidor público</i>, para cometer un hecho punible o utiliza armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de <i>funcionario público</i>. En estos casos el Juez <u>podrá aumentar</u> la pena <u>hasta en un tercio por encima del máximo legal</u> fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de 35 años. Igual pena se aplica al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el <i>ejercicio de función</i> para cometer el hecho punible. No será aplicable lo dispuesto en este artículo cuando la circunstancia agravante se prevé al sancionar el tipo penal o sea elemento constitutivo del hecho punible.	Artículo 46-A. Circunstancia agravante condición del sujeto activo Constituye circunstancia agravada de responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de FF.AA., PNP, autoridad, <i>funcionario o servidor público</i>, para cometer un hecho punible o utiliza armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de <i>funcionario público</i>. En estos casos el Juez <u>aumenta</u> la pena <u>hasta la mitad por encima del máximo legal</u> fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de 35 años. Igual pena se aplica al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en <i>ejercicio de función</i> para cometer el hecho punible. No será aplicable lo dispuesto en el artículo cuando la circunstancia agravante se prevé al sancionar el tipo penal o es elemento constitutivo del hecho punible.

5. LEY N° 30076: LEY QUE MODIFICÓ EL CÓDIGO PENAL PARA COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA [19/AGO/2013]

La publicación de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, marcó una reforma muy significativa en el derecho penal nacional, en tanto el legislador modificó una vez más institutos de la Parte General y Parte Especial. Alguno de ellos, inclusive, no habían tenido cambios desde que se emitió el Código Penal en 1991.

Ello ocurrió con el artículo 45° “Presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, donde el legislador reguló como primer requisito, las carencias sociales que hubiere sufrido el agente. Su presencia se justificaba en

la propia Exposición de Motivos que acogía el *principio de co-culpabilidad* de la sociedad en la comisión del delito. En tal sentido, admitía que nuestra colectividad reconoce que no brinda igual posibilidad a los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la comisión del delito, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. Sin embargo, veinte años después, el legislador modificó este precepto legal estableciendo que el Juzgador, al momento de fundamentar y determinar la pena, tendrá en cuenta ya no sólo las carencias sociales que hubiese sufrido el agente, sino también **el abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión u otra función que ocupe en la sociedad**⁶⁰.

El último texto añadido nos sitúa frente a los delitos de *infracción de deber o de abuso de posición privilegiada de poder o de dominio*, que se sancionan con **pena de inhabilitación**. Ello justificaría, en parte, por qué el artículo 38° incrementó la duración de la pena de inhabilitación temporal que iba de seis meses a cinco años, y que a partir de la Ley N° 30076, **se extendió de seis meses a diez años**, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a los que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36° del Código Penal. Si bien el legislador realizó dicho cambio, no hizo ninguna modificación a las *inhabilitaciones* previstas como penas conjuntas y penas principales en la Parte Especial, dejando la posibilidad de su aplicación sólo para aquellos supuestos de una inhabilitación accesoria, o como la del primer párrafo del artículo 426° del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”.

La Ley N° 30076 también reguló en el **artículo 46°** un catálogo de **circunstancias genéricas agravantes**, siempre que no estuviesen previstas de modo específico al reprimir el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, conforme señala Oré Sosa, a fin de evitar la vulneración del

60 El citado dispositivo legal fue modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” del 23 de noviembre de 2015. De manera concreta, le literal c. quedó redactado de la siguiente forma: “Las intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, *así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad*”.

*ne bis in idem*⁶¹. Los literales a) y b) del numeral 2 sancionan como agravante cuando el agente ejecuta la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; o ejecuta la conducta sobre bienes o recursos públicos. Tal como señala Prado Saldarriaga, ambas tienen, en principio, igual naturaleza. Una distinción semántica y operativa, que podría darle a la última autonomía funcional, sería proyectar su eficacia agravante sólo cuando el delito se ejecute únicamente sobre bienes del Estado o administrados por este⁶². Ahora bien, estas circunstancias guardan relación directa con el sistema de penas y su determinación judicial en los delitos de funcionarios públicos, en cuanto le sean aplicables.

Sin perjuicio de ello, quizás el aporte más significativo que hizo la Ley N° 30076, es que estableció un **sistema de tercios** para la determinación judicial de la pena, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, al haberse incorporado el artículo 45°-A. Además, estableció como un precepto obligatorio que toda condena debía contener fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos para la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. El sistema, por cierto, también resulta aplicable a los delitos cometidos por funcionarios públicos, que no sólo prevé a la privativa de libertad como pena sino que también incorpora a la inhabilitación y multa como sanciones principales y conjuntas, conforme se desarrolla ampliamente más adelante.

61 ORÉ SOSA, Eduardo. "Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 51, Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2009, p.19.

62 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal, 1ra. Ed., Idemsa, Lima, 2016, pp. 215-216.

LEY N° 30076 (19/AGO/2013)**Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas**

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 45.- Presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente (...)	Artículo 45.- Presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente <i>o el abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.</i> (...).
Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal por destitución La inhabilitación principal se <i>extiende de 6 meses a 5 años</i> , salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo, <i>incisos 6 y 9</i> del artículo 36, que es definitiva.	Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal La inhabilitación principal se <i>extiende de 6 meses a 10 años</i> , salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los <i>numerales 6, 7 y 9</i> del artículo 36 del Código Penal.
Artículo 46.- Individualización de la pena Para determinar la pena...	Artículo 46. Circunstancia atenuantes y agravantes 1. Constituyen circunstancias...
Artículo 45-A. NO EXISTÍA	Artículo 45-A. Individualización de la pena Toda condena contiene...

6. LEY N° 30077: LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (20/AGO/2013)

La Ley N° 30077⁶³ *más allá de establecer* reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de delitos cometidos por las organizaciones criminales⁶⁴, y señalar una definición y criterios para determinar la existencia de una estructura delictiva⁶⁵, estableció una serie de cambios relevantes para delitos cometidos por funcionarios públicos. Al respecto, Díaz Castillo destaca que la Ley contra el Crimen Organizado también abarcó a de-

63 Esta Ley estableció en la Primera Disposición Complementaria Final que su entrada en vigencia sería a partir de los 120 días de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano". Sin embargo, la Ley N° 30133 del 20 de Diciembre de 2013, prorrogó su entrada en vigencia hasta el 01 de Julio de 2014.

64 Confróntese el artículo 1° de la Ley.

65 Ver artículo 2° de la Ley.

litos contra la Administración Pública que incidían en los procesos de contratación estatal, como la colusión y la negociación incompatible⁶⁶. No obstante, su regulación fue más amplia conforme se detalla a continuación.

En primer lugar, **evidenció el vínculo existente entre aparatos criminales y la Administración Pública**, al fijar en el artículo 3 (delitos comprendidos), que la Ley N° 30077 era también aplicable a los hechos punibles previstos en el numeral 19, estos es, delitos regulados en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, como son: concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387), cohecho pasivo propio (artículo 393), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°). De esta manera, se suple un vacío en la legislación penal nacional, en tanto y en cuanto, pese a ser ya una realidad evidente, nunca se estableció en ningún dispositivo legal del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, regulación expresa referida a la presencia de estructuras criminales organizadas en delitos funcionariales.

En segundo lugar, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria reformó el artículo 317 (asociación ilícita) preceptuando como una **circunstancia agravante** de este delito, en el literal a, cuando la organización esté destinada a cometer los delitos regulados, entre otros, en los artículos del Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” previstos por la Ley N° 30077. Así las cosas, nuestro legislador entendía que el artículo 317° abordaba la presencia de una organización criminal destinada a la comisión de los delitos contra la Administración Pública, más allá de su cuestionado término “asociación ilícita” que posteriormente fuese modificado por el de

66 DÍAZ CASTILLO, Ingrid. “Criminalidad Organizada y Corrupción en la Contratación Pública: Análisis del Injusto Típico de los Delitos de Colusión y Negociación Incompatible como base para la aplicación de la Ley N° 30077”. En: *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.325.

“organización criminal” a través del Decreto Legislativo N° 1244 del 29 de octubre de 2016.

En tercer lugar, la citada Ley N° 30077 regulaba en el **Capítulo VI “Consecuencias Jurídicas Aplicables y Ejecución Penal”** del Título II, específicamente en el artículo 22°, un catálogo de agravantes especiales que, en puridad, abordaba circunstancias cualificadas agravadas, al establecer en su numeral 1, que el Juez aumenta la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, cuando el agente, en calidad de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado del cargo o se ha prevalido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito (literal c). Quedaba claro en el numeral 2, que ésta no era aplicable cuando se encontraba ya prevista en la propia ley penal.

Tal como se puede apreciar, la Ley N° 30077 marcó un hito importante en la lucha contra la corrupción de funcionarios, al menos desde la perspectiva del **sistema de penas y su determinación**, al reconocer de manera expresa que constituye también un componente de las organizaciones criminales en su actuar criminal y que, por tanto, merecía mayor reproche al regularse dentro del conjunto de circunstancias agravantes cualificadas.

LEY N° 30077 (20/AGO/2013)

Principales Regulaciones Penales

Artículo 3. Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

(...)

19. Delitos contra la *Administración Pública*, en las modalidades delictivas de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), cohecho pasivo propio (artículo 393°), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°) del Código Penal.

(...).

Los alcances de la Ley son de aplicación a delitos en los que se contemple como *circunstancia agravante* su comisión mediante una *organización criminal* y a cualquier otro delito cometido en *concurso* con los previstos en el presente artículo.

Artículo 317.- Asociación ilícita

El que *forma* parte de una *organización* de dos o más personas destinada a cometer delitos...

Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298...

Artículo 317. - Asociación ilícita

El que *constituya, promueva o integre organización* de dos o más personas destinada a cometer delitos...

La pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años, de 180 a 365 días-multas e inhabilitación....:

a) Cuando la *organización* esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos... 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401...

7. LEY N° 30111: LEY QUE INCORPORA LA PENA MULTA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS (26/NOV/2013)

Las actividades delictivas que son cometidas por funcionarios públicos involucra la presencia de grandes capitales, lo cual ha originado, inclusive, investigaciones por lavado de activos en el marco de aparatos criminales, situación que justificaría la presencia de la pena de multa para esta clase de delitos.

La incorporación de dicha pena pecuniaria tuvo lugar con la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, con la cual el legislador nacional la adicionó junto a las penas privativas de libertad e inhabilitación, pero sólo para aquellos delitos del Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Estos son: concusión (artículo 382°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389), cohecho pasivo propio (artículo 393), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

En lo que concierne a la **Sección II “Concusión”**, incorporó al delito de concusión (artículo 382°) un *quantum* de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Igual suerte siguió el delito de colusión simple (artículo 384°) del primer párrafo. En tanto que en la colusión agravada del segundo

párrafo la pena se impone entre trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Conforme se advierte de estos dispositivos legales, se siguió un criterio diferenciador basado en la gravedad del hecho y el perjuicio potencial o real al patrimonio del Estado.

En cuanto a la **Sección III “Peculado”**, el legislador reguló para el peculado doloso (artículo 387) del primer párrafo, el término de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En tanto que para las modalidades agravadas del segundo y tercer párrafo un *quantum* de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. No obstante, para el peculado culposo (artículo 387°) del cuarto párrafo, fijó la pena de multa sólo para el supuesto agravado, esto es, de ciento cincuenta a doscientos treinta días multa. De manera similar, estableció para el peculado de uso (artículo 388°) pena pecuniaria de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En cambio, para el delito de malversación (artículo 389°) reguló dos supuestos diferenciados. Para el tipo base del primer párrafo, lo sancionó con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Empero, para el supuesto agravado fijó una **pena única** de trescientos sesenta y cinco días multa. Sobre el particular, no quedaba claro cuál o cuáles fueron aquellas razones para establecer ese *quantum*, aspecto que más parecía obedecer a una problemática en el momento de la redacción. Lo expuesto quedó evidenciado cuando el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, corrigió dicha falencia legislativa.

Ahora bien, un tema que parece pasar desapercibido es la modificación sustancial que el legislador realizó al **sistema de penas del peculado culposo** previsto en el cuarto párrafo del artículo 387. El tratamiento histórico legislativo reguló siempre penas alternativas como consecuencia jurídica del delito. En efecto, al no ser una figura dolosa se estableció la posibilidad de evaluar al Juzgador, conforme a los criterios de prevención especial, si resultaba pertinente la imposición de una pena privativa de la libertad de corta duración (dos años) o una prestación de servicios comunitarios (veinte a cuarenta jornadas). Las dos son de carácter excluyentes, puesto que la razón de ser de la segunda es justamente su imposición en vez de la prisión de libertad de corta o mediante duración. Así se advierte del texto original del citado artículo 387° y sus sucesivas reformas hasta antes de la dación de la Ley N° 30111. En efecto, cambios introducidos como por la Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993; la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011; y la Ley N° 29758 del 21 de

julio de 2011, mantuvieron su carácter alternativo. Sin embargo, a partir de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, su aplicación es, pues, de carácter conjunta. Un evidente contrasentido a la propia naturaleza de estas consecuencias jurídicas del delito, y que ha sido ratificada por reformas posteriores como es el caso del Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

En lo que atañe a la **Sección IV “Corrupción de Funcionarios”**, la Ley N° 30111 de 26 de noviembre de 2013, reguló para el cohecho pasivo propio (artículo 393°) del primer párrafo, cuando es el funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En cambio, para el segundo párrafo, cuando solicita, directa o indirectamente; o en caso del tercer párrafo, que condiciona su conducta funcional derivada de cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, fijó la pena pecuniaria de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Ahora bien, para el soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), el legislador incorporó una sanción de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Para el supuesto del cohecho pasivo impropio (artículo 394°), estableció en los casos de que sea el funcionario o servidor público el que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa; y en el caso de que solicite, directa o indirectamente, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Por su parte, en la corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), incorporó una pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En el caso del cohecho activo genérico (artículo 397°), el legislador incorporó un *quantum* de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa para los dos párrafos, esto es, cuando el funcionario o servidor público, en el ámbito del *pacto injusto*, realice u omita actos *en violación de sus obligaciones*, o *sin faltar a ellas*. Igual rango punitivo se incluyó para el cohecho activo transnacional (artículo 397°-A).

Sobre el cohecho activo específico (artículo 398°), se reguló una consecuencia jurídica de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa para todos los párrafos, se trate de Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (*primer párrafo*) o de un secretario,

relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (*segundo párrafo*), o el que ofrece, da o corrompe es abogado o integra un estudio de abogados.

Por otro lado, a la negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°) se le fijó la pena pecuniaria de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Respecto al tráfico de influencias (artículo 400°), el legislador reguló para el tipo base de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, en tanto que para el supuesto agravado, en caso que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Finalmente, sobre el enriquecimiento ilícito (artículo 401°), se incorporó un rango de pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa para los dos supuestos típicos.

LEY N° 30111 (26/NOV/2013)	
Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas	
Capítulo II "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos"	
Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 384°.- Colusión simple y agravada 1er. Párrafo: "defraudar" P. p. libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años. 2do. Párrafo: "defraudare patrimonialmente" P. p. libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años.	Artículo 384°.- Colusión simple y agravada 1er. Párrafo: "defraudar" P. p. libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años <u>y con 180 a 365 días - multa.</u> 2do. Párrafo: "defraudare patrimonialmente" P. p. libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años <u>y con 365 a 730 días - multa.</u>
Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo P. p. libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años. Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años. Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años. (...).	Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo P. p. libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años <u>y con 180 a 365 días - multa.</u> Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años <u>y con 365 a 730 días - multa.</u> Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años <u>y con 365 a 730 días - multa.</u> (...).

Artículo 389°.- Malversación P. p. libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años. Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años.	Artículo 389°.- Malversación P. p. libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años <u>y con 180 a 365 días - multa.</u> Circ. Agravante: P. p. libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años <u>y con 365 días - multa.</u>
Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio 1er. Párrafo: P. p. libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. 2do. Párrafo: P. p. libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.	Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio 1er. Párrafo: P. p. libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 C.P. <u>y con 180 a 365 días - multa.</u> 2do. Párrafo: P. p. libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 C.P. <u>y con 365 a 730 días - multa.</u>

8. LEY N° 30124: LEY QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL, SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO [13/DIC/2013]

La Ley N° 30124 de fecha 13 de diciembre del 2013, modificó el artículo 425 del Código Penal. Sobre el particular, consignó como un numeral 6 que también son funcionarios públicos aquellos designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. Lo expuesto cumple así con la adecuación de la legislación penal a las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Conforme manifiesta Rojas Vargas, la citada Convención se caracteriza por haber ofrecido a los países firmantes una definición que hace extensiva, para estrictos intereses de persecución penal por delitos de corrupción funcional, la calidad de funcionario público a quienes hayan sido seleccionados, designados o incluso elegidos. En tal sentido, refiere que el concepto penal interamericano prescinde de los requisitos administrativos de la investidura y de la asunción del cargo, con la finalidad de lograr más efectividad de la tutela penal en delitos de corrupción. Un pronunciamiento al respecto, se aprecia en la Sentencia del 07 de enero de 2010, recaída en el Expediente N°

032-2006, emitida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima⁶⁷.

LEY N° 30124 (13/DIC/2013)

Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Funcionario o servidor público Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.	Artículo 425. Funcionario o servidor público Son funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

67 ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos., 2da. Edición, Nomos & Thesis, Lima, 2017, pp. 90-91.

9. **LEY N° 30304: LEY QUE PROHÍBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS” (28/FEB/2015)**

El Código Penal de 1991 estableció una serie de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración fundado en los efectos nocivos que trae consigo la privación del condenado en un centro penitenciario. Así, en la Exposición de Motivos el legislador advertía la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. En este sentido, reguló las denominadas “**medidas de régimen de prueba**”, entre las cuales, la de aplicación usual del Juez resultó ser la **suspensión de la ejecución de la pena**.

Sobre el particular, la versión primigenia del artículo 57° preceptuó que el Juez podría suspender la ejecución de la pena siempre que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años; y que la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente hicieran prever que dicha medida le impediría cometer un nuevo delito. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 982 publicado el 22 de julio del 2007, estableció adicionalmente, como excepción, que la suspensión de la pena no procedería si el agente era reincidente o habitual. Sin embargo, la Ley N° 29407 del 18 de setiembre del 2009, lo incorporó como un requisito. No obstante, la crítica constante a este instituto es que para su aplicación el Juez sólo verificaba la presencia de un solo elemento objetivo, a tener presente, que la pena concreta no superara los cuatro años de pena privativa de libertad. Es por eso, que era una práctica muy común, más allá de las penas ínfimas que tenían los **delitos cometidos por funcionarios públicos**, que la sanción siempre deviniera en una suspensión de la ejecución de la pena.

Frente a ello, la Ley N° 30076 del día 19 de agosto de 2013, fijó como un requisito impostergable que el pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. No obstante ello, y pese a que esta misma Ley N° 30076 incorporó con el artículo 45°-A un nuevo criterio para poder determinar judicialmente la pena, basado en un sistema de tercios, lo cual garantizaba en base a las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en el caso penal, la imposición

de una pena justa, el legislador formuló la Ley N° 30304 el 28 de febrero de 2015, con la cual señalaba que la suspensión de la ejecución de la pena era inaplicable a aquellos funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos de colusión simple y agravada (artículo 384°) y peculado (artículo 387°).

Desde mi punto de vista, esta última modificatoria resulta por demás inaceptable en tanto le quita al Juez la posibilidad discrecional de poder decidir si aplica o no una medida alternativa a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración. Pero tal vez, el efecto más perverso, es que ello constituya la llave de entrada para que el legislador vacíe de contenido a este instituto, y que finalmente se concretó con la dación del Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de enero de 2017, que comentamos más adelante.

LEY N° 30304 (28/FEB/2015)

Cuadro Comparativo de la Reformas Legislativa

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 57. Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. Que la naturaleza, modalidad de hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; y, 3. Que agente no tenga condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.	Artículo 57. Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad de hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que agente no tenga condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. <i>La suspensión ejecución de pena es inaplicable a funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387.</i>

10. DECRETO LEGISLATIVO N° 1243: DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL A FIN DE ESTABLECER Y AMPLIAR EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PRINCIPAL, E INCORPORAR LA INHABILITACIÓN PERPETUA PARA LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y CREA EL REGISTRO ÚNICO DE CONDENADOS INHABILITADOS (22/OCT/2016)

El Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, trajo consigo cambios trascendentales en los delitos funcionariales contra la Administración Pública, de modo concreto, en lo que corresponde a la **pena de inhabilitación**. En efecto, los tres temas que abordó son los siguientes: *Primero*, modificó el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el **plazo de duración de la “inhabilitación principal”**. *Segundo*, incorporó una suerte de **“inhabilitación perpetua”** para delitos cometidos contra la Administración Pública. Y *tercero*, creo el Registro Único de Condenados Inhabilitados.

Respecto al primer punto, incorporó un segundo párrafo al artículo 38° (duración de la inhabilitación principal). El citado artículo sólo regulaba una inhabilitación principal de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva previstas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36°. No obstante, con este nuevo párrafo la **“pena de inhabilitación principal”** se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de delitos de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389), cohecho pasivo propio (artículo 393°), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y el enriquecimiento ilícito (artículo 401°). Tal como se puede advertir, el endurecimiento de la pena de inhabilitación se centró exclusivamente en los tipos penales previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”.

No obstante ello, y bajo una **política sobrecriminalizadora en exceso**, se reguló que en aquellos delitos del párrafo precedente la “**inhabilitación sería perpetua**” siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o que actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre los programas con fines asistenciales, de apoyo o de inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias. En atención a su carácter perpetuo, algunos autores como Reátegui Sánchez, hacen referencia a la llamada “**Ley de muerte civil**”⁶⁸.

Aunado a ello, los delitos a los cuales se hizo referencia fueron modificados en la Parte Especial a fin de imponer de manera directa y literal a la inhabilitación como pena. No obstante, esta incorporación resultaba innecesaria, ya que conforme se ha señalado, el artículo 426° ya establecía está “pena principal y conjunta” para los delitos funcionariales. El tenor de la incorporación de tal consecuencia jurídica en cada uno de los tipos penales señalados es: “*inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°*”, salvo en los delitos de cohecho activo específico (artículo 398° segundo y tercer párrafo) y tráfico de influencias (artículo 400° primer párrafo) en las que también se incluye a la inhabilitación prevista en el artículo 36° numeral 4.

Por lo demás, el **artículo 426°** fue también materia de modificación, al regular que los delitos previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” y Capítulo III “Delitos contra la Administración de Justicia” del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” que no consignan a la inhabilitación como pena, serán sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8, según corresponda, y el artículo 38°.

De otro lado, el Decreto Legislativo N° 1243, también estableció en el artículo 59°-B del Código de Ejecución Penal un procedimiento de revisión de la “pena de inhabilitación perpetua” por parte del órgano jurisdiccional, cuando el condenado cumpla veinte años. Asimismo, también estableció la creación del Registro Único de Condenados que son inhabilitados por delitos contra la Administración Pública.

68 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima, 2017, pp. 1182-1185.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1243 (22/OCT/2016)**Cuadro Comparativo de las Principales Reformas Legislativas**

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
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 artículo 36 del Código Penal.	Artículo 38°.- Duración de la Inhabilitación Principal (...) 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".
Artículo 382°.- Concusión No tenía pena de inhabilitación	Artículo 382°.- Concusión (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...)"
Artículo 383°.- Cobro indebido No tenía pena de inhabilitación	Artículo 383°.- Cobro indebido (...) e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36."
Artículo 384°.- Colusión No tenía pena de inhabilitación	Artículo 384°.- Colusión simple y agravada 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...) 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...)
Artículo 387°.- Peculado No tenía pena de inhabilitación	Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...) 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...) 3er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...)
Artículo 388°.- Peculado de uso No tenía pena de inhabilitación	Artículo 388°.- Peculado de uso 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36(...)

Artículo 389°.- Malversación No tenía pena de inhabilitación.	Artículo 389°.- Malversación 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...). 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...).
Artículo 393-A.- Soborno Internacional Pasivo No tenía pena de inhabilitación	Artículo 393-A.- Soborno Internacional Pasivo (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...).
Artículo 397.- Cohecho Activo Genérico No tenía pena de inhabilitación	Artículo 397.- Cohecho Activo Genérico 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...). 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...).
Artículo 397-A.- Cohecho Activo Transnacional No tenía pena de inhabilitación	Artículo 397-A.- Cohecho Activo Transnacional (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...).
Artículo 398.- Cohecho Activo Específico No tenía pena de inhabilitación	Artículo 398.- Cohecho Activo Específico 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...) 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36 (...) 3er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 (...)
Artículo 400.- Tráfico de Influencias No tenía pena de inhabilitación	Artículo 400.- Tráfico de Influencias 1er Párrafo.- (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 (...) 2do Párrafo.- (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...)
Artículo 401.- Enriquecimiento Ilícito No tenía pena de inhabilitación	Artículo 401.- Enriquecimiento Ilícito 1er. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...). 2do. Párrafo: (...) inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 (...).

Artículo 426.- Inhabilitación accesoria y especial "Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2. <i>Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2."</i>	Artículo 426.- Inhabilitación "Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38."
---	---

11. DECRETO LEGISLATIVO N° 1351: DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL A FIN DE FORTALECER LA SEGURIDAD CIUDADANA [07/ENE/2017]

El Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, distorsionó aún más el sistema de "medidas alternativas a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración". A las prohibiciones de aplicación de la "suspensión de la ejecución de la pena", como medida de régimen de prueba para las figuras dolosas de peculado y colusión, incorporó a los delitos de malversación (artículo 389), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

Con esta modificatoria, queda claramente evidenciado que la política criminal del Estado para hacer frente a delitos funcionariales contra la Administración Pública, era reprimir con pena privativa de libertad efectiva, incrementando cada vez más los delitos en los cuales no resultaban aplicables medidas de régimen de prueba, lo cual es preocupante, en tanto las cárceles deben ser destinadas a delincuentes de extrema peligrosidad y que afectan gravemente a los bienes jurídicos. Muy por el contrario, una política sobrecriminalizadora genera resultados contradictorios, como la sobrepoblación carcelaria, y rompe con los principios básicos que estipula el Título Preliminar del Código Penal como son la resocialización, rehabilitación y reinserción del delincuente a la sociedad.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1351 (07/ENE/2017)

Cuadro Comparativo de la Reformas Legislativa

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 57.- Requisitos (...) La suspensión ejecución de pena es inaplicable a funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387.	Artículo 57.- Requisitos (...) La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código

12. LEY N° 30650: LEY QUE REFORMA EL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ [20/AGO/2017]

La Ley N° 30650 de fecha 20 de agosto de 2017, modificó el artículo 41° de la Constitución Política del Estado, estipulando en la parte *in fine* que el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para particulares. Aunado a ello, que **la acción penal es imprescriptible en supuestos más graves**, conforme al principio de legalidad.

Tal como se advierte, y respecto a la prescripción, la citada modificación trajo consigo tres cambios fundamentales:

Primero, que la duplicidad del plazo de prescripción se aplica a cualquier delito cometido contra la Administración Pública y ya no sólo de aquellos realizados en contra del patrimonio del Estado. En su oportunidad, el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, señalaba a los delitos de peculado, colusión, etc., como aquellos en los que debería recaer esta dúplica. Sin embargo, hoy también resultan aplicables a las distintas modalidades de cohecho, tráfico de influencias, entre otros.

Segundo, que la dúplica del plazo de prescripción se aplica ahora tanto como para funcionarios y servidores públicos como particulares que intervienen en un delito de corrupción, dejando de lado el desarrollo jurisprudencial que estableciera la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011.

Tercero, estableció que la acción penal es imprescriptible para los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad. Ello implicaba una reforma del artículo 80° del Código Penal, el cual regulaba que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica. Ahora bien, más allá de la modificación de dicho articulado, el Congreso debía también de señalar de manera taxativa cuáles eran aquellas figuras penales que serían imprescriptibles para la persecución penal.

En efecto, hasta el día de realizada la presente investigación, el Congreso de la República todavía ha realizado ni la modificación del artículo 80° para adecuarlo en los términos del artículo 41° de la Carta Magna, ni señalado los delitos contra la Administración Pública cuya persecución penal es imprescriptible.

LEY N° 30650 (20/AGO/2017)

Cuadro Comparativo de la Reformas Legislativa Constitución Política del Estado

Texto Anterior	Nuevo Texto Legal
Artículo 41.- Declaración Jurada de bienes y rentas Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.	Artículo 41°.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

CAPÍTULO II:

REFORMAS LEGISLATIVAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU IMPLICANCIA EN LA PENA DE INHABILITACIÓN

El Código Penal reprime conductas humanas que vulneran normas jurídicas y, por consiguiente, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. Para ello, recurre a un sistema de sanciones que son de tres clases: **penas**⁶⁹ aplicables a los imputables; medidas de seguridad⁷⁰ para inimputables o imputables relativos; y consecuencias accesorias⁷¹ destinadas a personas jurídicas.

Respecto a las primeras, el artículo 28° regula cuatro clases de **penas**⁷²: privativas de libertad (temporal o cadena perpetua), la restrictiva de la liber-

69 Confróntese el Título III *De las Penas*, Capítulo I *Clases de Pena*, artículos 28° al 44°.

70 Véase el Título IV *De las Medidas de Seguridad*, artículos 71° al 77°.

71 Léase Título VI *De la Reparación Civil y Consecuencias Accesorias*, Capítulo II *Consecuencias Accesorias*, artículos 102° al 105°-A.

72 La Exposición de Motivos en el numeral 2, del acápite *Clases de Penas*, refiere que las sanciones son de tres clases. No obstante, su redacción contempla cuatro clases de penas: *privativa de libertad*, *restrictiva de libertad*, *limitativas de derecho* y *multa*. Lo expuesto no es casualidad, ya que los Proyectos de Reforma no contemplaron a las *penas restrictivas de derechos* dentro del catálogo de sanciones, sino más bien, se trató de una incorporación de último momento que hizo el legislador. Al respecto: NAVARRO ALTAUS, Martín, “El Sistema de Penas en el CP Peruano de 1991”, en *Anuario de Derecho Penal* ‘97/’98, Grijley, Lima 1999, pp. 84 y ss.

tad (expulsión), limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e **inhabilitación**)⁷³ y multa⁷⁴. No obstante, el artículo 4° de la Ley N° 29499, publicada el día 19 de enero de 2010, incorporó la pena de vigilancia electrónica personal como el artículo 29-A del Código sustantivo⁷⁵.

Conforme se puede advertir, el legislador nacional ha mantenido en su catálogo de sanciones a las **penas privativas y restrictivas de la libertad**, las cuales según la Exposición de Motivos del Código Penal, estarían destinadas exclusivamente a delitos graves. Ello ha quedado evidenciado con las modificaciones que ha sufrido el artículo 29° del Código Penal cada vez más gravoso, por cierto, y que forman parte del **populismo punitivo** imperante en las reformas legislativas actuales. Por su parte, la segunda ha sufrido un cambio sustancial en cuanto resulta posible también aplicarla como un beneficio penitenciario.

Según el artículo 29° del Código Penal, la **pena privativa de libertad** puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años. No obstante, el texto original del aludido artículo sólo contemplaba una pena privativa de libertad temporal de 2 días a 25 años. Las reformas posteriores que se dieron con el Decreto Ley N° 25475, Ley N° 26360, Decreto Legislativo N° 895 y el Decreto Legislativo N° 982, fueron incorporando penalidades más severas a la pena privativa de libertad hasta llegar al texto vigente del artículo 29°, sin dejar de mencionar que la Ley N° 27569 derogó el dispositivo legal, razón por la cual no existió desde el 03 de diciembre de 2001 hasta el 22 de julio de 2007, artículo que estableciera los extremos mínimo y máximo de la pena privativa de libertad⁷⁶.

73 Los artículos 31° al 40° del Código Penal regulan las penas limitativas de derechos.

74 La multa es una pena pecuniaria prevista entre los artículos 41° al 44° del Código Penal.

75 Sobre el Sistema de Penas en el Código Penal Peruano: HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 4ta. Edición, Idemsa, Lima 2011, pp. 251 y ss. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Idemsa, Lima 2010, pp. 19 y ss.; Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Gaceta Jurídica, Lima 2000, pp. 43 y ss. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima 2008, pp. 690 y ss.

76 Mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 17/NOV/2001, recaída en el Exp. N° 005-2001-AI-TC, se declaró inconstitucional, por la forma, el Decreto Legislativo N° 895, además

Respecto a las segundas, La Ley N° 29460 del 27 de noviembre de 2009, modificó el artículo 30° del Código Penal. Inicialmente sólo se regularon dos modalidades de penas restrictivas de libertad: la expatriación de nacionales, y la expulsión de extranjeros. Luego, con la modificación de la Ley N° 29460, el aludido dispositivo legal prescribió que la **pena restrictiva de la libertad** era la **expulsión** del país, tratándose de extranjeros, y que se aplicaba después de cumplida la pena privativa de la libertad. Los antecedentes de la reforma legislativa están en los Proyectos de Ley N° 2102/2007-CR del 05 de febrero de 2008, y N° 2449/2007-CR del 27 de mayo de 2008. La Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30219, publicada el 08 de julio de 2014, volvió a reformar nuevamente dicho artículo 30°, quedando redactado de la siguiente manera: *“La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta”*.

No obstante ello, el sistema de sanciones del Código Penal de 1991 también regula consecuencias jurídicas del delito que no necesariamente implican la privación de la libertad. En efecto, con las **penas** de multa, vigilancia electrónica personal y las **limitativas de derechos** se busca evitar los efectos contrarios de la prisión a una rehabilitación o reinserción efectiva del penado, precisamente por la presencia de la excesiva población carcelaria que desborda el sistema penitenciario, además de las condiciones infrahumanas a las cuales se ve sometido.

y complementariamente, la inconstitucionalidad por el fondo, de los Artículos 1, 2 literal a), numeral 6), 6, incisos b), c) y d), 7, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del Artículo 8 del Decreto Legislativo N° 895. Posteriormente, el numeral 204 **de los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 010-2002-AI-TC LIMA**, publicada el 04/ENE/2003, señala que “sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N° 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29 del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo. Finalmente, mediante el Artículo 4 de la Ley N° 27569, publicada el 02/DIC/2001, se derogó el Decreto Legislativo N° 895.

Frente a ello, establece otras medidas sancionadoras para delincuentes primarios o de poca peligrosidad, y cuya conducta no implica una afectación grave hacia los bienes jurídicos. La imposición de las *penas limitativas de derechos*, como son la *prestación de servicios a la comunidad* y la *limitación de días libres*, tuvieron sus antecedentes en las críticas que se formularon a la propia finalidad de la pena y al cuestionamiento del mismo derecho penal, en cuanto la pena privativa de libertad traía efectos nocivos para el condenado. En puridad, no se cumplía con la función preventiva, protectora y resocializadora que reclamaba el artículo IX del Título Preliminar. Es más, el mismo legislador mostraba las propias falencias del sistema penitenciario al establecer como circunstancia agravante (artículo 46° k) y como circunstancia cualificada agravada (artículo 46-A 4to. Párrafo) cuando la conducta punible es dirigida o cometida parcialmente desde el interior del lugar de reclusión por quien está privado de su libertad (caso del primer supuesto); y con una mayor severidad cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o participe los delitos de tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (caso del segundo supuesto).

Resulta interesante el desarrollo que formula Luis Miguel Bramont-Arias Torres acerca de la justificación del derecho penal, cuando siguiendo a Martínez Sánchez recuerda que el **abolicionismo** proponía no sólo la abolición de la cárcel, sino de todo el sistema de justicia penal, y que inclusive Hulsman abogó por la devolución del conflicto a sus protagonistas (víctima del delito y ofensor) para que el conflicto no sea apropiado para las instituciones del control social del Estado, debiéndose dar mecanismos de compensación entre la víctima y el ofensor, en un intento de volver al ámbito civil del derecho penal. Pero más interesante resulta aún, cuando citando a Gimbernat Ordeig, éste último señala que hay derecho penal para rato o, dicho en términos menos coloquiales, que la pena es una amarga necesidad, que una sociedad que prescinda de ella tendría pues los días contados⁷⁷. Por su parte, Martínez Huamán

77 Resulta interesante el desarrollo que realiza Luis Miguel Bramont-Arias Torres acerca de la Justificación del Derecho Penal, cuando siguiendo a Martínez Sánchez recuerda que el “*abolicionismo*” proponía no sólo la abolición de la cárcel, sino de todo el sistema de justicia penal, y que inclusive Hulsman abogó por la devolución del conflicto a sus protagonistas (víctima de delito y ofensor)

refiere que no comparte la concepción del abolicionismo de la pena privativa de la libertad, debido a que la sociedad actual no puede prescindir de la prisión como pena, puesto que no se cuentan con las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas que permitan la aplicación eficiente y eficaz de otro tipo de sanciones (penas alternativas)⁷⁸.

Nuestro Código Penal de 1991, tomó como referencia las directrices del Proyecto Alternativo Alemán de 1966⁷⁹. En la Asamblea Anual de Profesores de Derecho Penal de 1963 en Saabrücken, Roxin fui invitado a participar al departamento de Werner Maihofer donde se reunía un grupo de penalistas alemanes jóvenes. Aquí surgió la crítica al Proyecto de Reforma de derecho penal que había sido propuesto por el gobierno de 1962, pues se le concebía como demasiado conservador y atado al pasado. Ya en esta ocasión se hablaba de crear un derecho penal nuevo, liberal, con las características propias del **Estado de Derecho**, fundado en las tendencias modernas de la reforma. La iniciativa fue retomada en el año 1964 por el penalista suizo Noll y junto con Roxin formularon el citado Proyecto Alternativo de 1966⁸⁰. Es en ese contexto, que surge la llamada **diversificación** que formula Roxin⁸¹, que en lo práctico significa introducir alternativas a la privación de la libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización o que no perjudiquen

para que el conflicto no sea “*apropiado*” para las instituciones del control formal del Estado, debiéndose dar mecanismos de compensación entre la víctima y el ofensor, en un intento de volver al ámbito civil del derecho penal. Pero más interesante resulta aun cuando citando a Gimbernat Ordeig éste último dice que hay derecho penal para rato o, dicho en términos menos coloquiales, que la pena es una “*amarga necesidad*”, que una sociedad que prescinda de ella tendría los días contados. BRAMONT-ARIAS TORES, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, Eddili, Lima 2008, pp. 55-60. Un desarrollo también importante sobre la política criminal y pensamiento penal en: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2006, pp. 27-38.

78 MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “Sistema de sanciones en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el Siglo XXI*, Ideas Solución Editorial, Lima 2015, pp. 619-620.

79 La Exposición de Motivos del Código Penal vigente lo señala en su rubro “*Clases de Penas*”, numeral 3.

80 ROXIN Claus, Fundamentos político-criminales del Derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires 2008, pp. 15-46.

81 ROXIN Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena”, en *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Grijley, Lima 2007, pp. 69-88.

a ésta. Es decir, la distribución de planteamientos preventivos especiales en varias formas de manifestación⁸².

Sin perjuicio de lo expuesto, el legislador también reguló una **pena limitativa de derecho** para *todo aquél que infraccionara un deber especial propio del cargo o que abusara de su posición privilegiada de poder o dominio* para cometer el hecho delictivo. Tal como señala Villavicencio Terreros, se suele distinguir entre delitos de dominio y los de infracción de deber. Los delitos de dominio (delitos comunes) son aquellos que son cometidos por cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos. En este tipo de delitos al agente no se le exige ninguna especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva. Sin embargo, a diferencia de aquéllos, existen otros tipos en los que se exige que la conducta prohibida sólo pueda ser ejecutada por determinadas personas que poseen deberes especiales, estos hechos punibles se denominan **delitos de infracción de deber** y los requisitos de la autoría son consecuencia de la existencia de un deber especial. Se demanda, pues, en estos sujetos una determinada cualidad que consiste en la posición de un deber especial extra-penal⁸³. En un desarrollo más amplio, Hurtado Pozo refiere que en la doctrina reciente, el binomio delitos de dominio y de infracción de deber es considerado desde una perspectiva diferente. Citando a Jakobs afirma que la responsabilidad penal deriva de un lado, del ámbito de dominio propio que cada quien se configura (competencia por organización), por ejemplo, conducir un vehículo a motor o cualquier actividad empresarial y, de otro lado, los ámbitos de dominio que son configurados (instituciones) previamente (competencia institucional). Tal sería el caso, por ejemplo, del deber que tiene toda

82 ROXIN Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena”, en *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Grijley, Tomo I, Lima 2016, pp. 79-97.

83 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2006, p. 306. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, 3era. Edición, Grijley, Lima 2005. p. 420, apartados 1101 y 1102. Sobre este mismo tema, y en algunos casos con criterios propios: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Jurista Editores, Lima 2004, pp. 22-34. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”” en *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima 2014, pp. 377-410. PARIONA ARANA, Raúl, “La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber: Fundamentos y Consecuencias”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima 2013, pp. 95-114.

madre de cuidar y alimentar a su hijo menor, o el deber del juez de Administrar Justicia. De ahí se concluye vinculando la responsabilidad derivada de la **competencia por organización** a los *delitos de dominio*, y la responsabilidad basada en la **competencia institucional** a los *delitos de infracción de deber*⁸⁴. Para estos últimos supuestos, se incorporó a la **pena de inhabilitación**. No obstante, el legislador de 1991 siguió una línea distinta de su antecesor de 1924, el llamado Código de Maúrtua⁸⁵ (artículos 27° al 37°), en tanto formuló un sistema distinto y menos gravoso que permitiese la reinserción del condenado a la sociedad luego de cumplida la condena. Además, sus antecedentes legislativos, tal como enseña el profesor Prado Saldarriaga, se remontan al Código Penal de 1863 (Código de Vidaurre) de los artículos 79° al 82°⁸⁶.

Ahora bien, los delitos cometidos por funcionarios públicos han merecido especial atención por parte del Estado peruano en estos últimos años, concretamente, los vinculados a la Administración Pública y al crimen organizado. En ese sentido, se ha planteado una **política represiva** a fin de contrarrestar los efectos nocivos que traen dichas infracciones penales. Un claro ejemplo de ellos lo constituye el “Caso Odebrecht”, “Los Cuellos Blancos del Puerto” o “Los Intocables de La Victoria”. Para combatir estas conductas de **infracción de deber o de abuso de posición de dominio o poder** modificó en varias ocasiones el Código Penal, distorsionando el tratamiento de la pena de inhabilitación, su imposición como sanción principal o accesoria, las inhabilitaciones aplicables y el tiempo máximo de su duración. Estas reformas legislativas vienen representadas por la modificación hecha por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, y luego por el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de

84 HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, 3era. Edición, Grijley, Lima 2005. p. 420, apartados 1101 y 1102. Sobre este mismo tema, y en algunos casos con criterios propios: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Jurista Editores, Lima 2004, pp. 22-34. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”” en *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima 2014, pp. 377-410. PARRIONA ARANA, Raúl, “La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber: Fundamentos y Consecuencias”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima 2013, pp. 95-114.

85 Confróntese la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, el acápite “*Clases de Penas*”, numeral 5.

86 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos, Ideas Solución Editorial, Lima 2018, p.72.

octubre de 2016; el Decreto Legislativo N° 1367 del 29 de julio de 2018; así como la incorporación del artículo 45°-A por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013; y la Ley N° 30077 del 20 de agosto de 2013. Estos últimos cambios formulados por el legislador en la Parte General y Parte Especial del Código Penal fueron distorsionando su propio tratamiento y creando problemas operativos para su aplicación, en especial, en delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos.

Uno de ellos fue la modificación realizada por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, de manera concreta al artículo 426°, que regula la “pena de inhabilitación” para los “delitos cometidos por funcionarios públicos”. El citado artículo mantuvo por espacio de veinte años una misma redacción respecto a la “inhabilitación” para delitos funcionariales contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia. El texto legal señalaba: *“Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al Artículo 36°, incisos 1 y 2”*. Sin embargo, la modificación efectuada decía *“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2”*⁸⁷. Además, el segundo párrafo establecía que: *“Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2”*.

Tal como se aprecia, el artículo 426° trajo tres cambios fundamentales en la pena de inhabilitación para delitos contra la Administración Pública. *Primero*, incorporó dos clases de inhabilitaciones: accesoria y especial. *Segundo*, el 1er. párrafo abordó la inhabilitación accesoria⁸⁸, y *tercero*, sancionó los delitos previstos en el Capítulo II con dicha pena limitativa de derechos con igual tiempo de duración que la pena principal. No obstante, el artículo 37° señala que la inhabilitación sólo se impone como pena principal o accesoria (no regula a la especial). En tanto que el artículo 38° reguló que la pena de inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los

87 El subrayado es nuestro.

88 Anteriormente sólo hacía referencia a una *pena de inhabilitación*.

supuestos a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36° en la cuales son definitivas.

Por su parte, el **Decreto Legislativo N° 1243**, del día 22 de octubre de 2016, trajo consigo dos cambios fundamentales en lo que compete a la pena de inhabilitación. Primero, modificó el artículo 38° del Código Penal para ampliar la duración de la **inhabilitación principal**. Y, segundo, incorporó la **inhabilitación perpetua** para delitos cometidos contra la Administración Pública. Tal como manifiestan Quispe Meza y Torres Pachas, esta última reforma constituía una acción estratégica del gobierno de turno en la lucha contra la corrupción⁸⁹. En tal sentido, se buscaba la “**muerte civil**” para las personas que habían sido condenadas judicialmente por el delito de corrupción de funcionarios, de manera que no puedan acceder a cargos públicos. No obstante, como señala Prado Saldarriaga desde una visión crítica que compartimos, se trata de una herramienta de momento incoherente, limitada y que es poco útil para enfrentar las actuales expresiones de corrupción en nuestro país⁹⁰.

En efecto, respecto al **artículo 38** incorporó un segundo párrafo. El citado artículo sólo regulaba una inhabilitación principal de seis meses a diez años, salvo aquellos supuestos de incapacidad definitiva previstas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36°. No obstante, con este nuevo párrafo **la inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años** cuando se trate de determinados delitos funcionariales como el de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389), cohecho pasivo propio (artículo 393°), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo

89 QUISPE MEZA y otro, Algunos comentarios sobre la muerte civil por delitos de corrupción, Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. Disponible: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-enero-12-19.pdf>. Consultado el 12/ENE/2019.

90 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “El Decreto Legislativo N° 1243 y la Pena de Inhabilitación”. En: Ius Puniendi. Sistema Penal Integral, Marzo-Abril 2017, N°1, Ideas Solución Editorial, Lima 2017, p.205.

398°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y el enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

Sobre el **artículo 426**, realizó un cambio radical al regular que los delitos previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” y el Capítulo III “Delitos contra la Administración de Justicia” del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” que no contemplan a la inhabilitación como pena, serán sancionados, **además**, conforme a los numerales 1, 2, 4 y 8 del artículo 36°, según corresponda, y el artículo 38°. Ello, como consecuencia de que el citado Decreto, variando de técnica legislativa, decidió consignar de manera directa a la pena de inhabilitación principal en la propia descripción de los tipos penales de los delitos funcionariales, al establecer: *“inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36”*, salvo en los delitos de cohecho activo específico (artículo 398° segundo y tercer párrafo) y de tráfico de influencias (artículo 400° primer párrafo) que también se incluye a la inhabilitación prevista en el inciso 4. Conforme se puede advertir, el legislador corrigió el texto anterior y eliminó toda referencia a una inhabilitación especial y accesoria en el artículo 426°.

Por su lado, el **Decreto Legislativo N° 1367** de fecha 29 de julio de 2018, volvió a modificar una vez más el artículo 38° del Código Penal para ampliar la duración de la **inhabilitación principal** e incorporar la **inhabilitación perpetua** para casos de financiamiento del terrorismo, lavado de activos y tráfico ilícito de drogas. El artículo en mención establece que la inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1°, 2° y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B y 297 del Código Penal. Asimismo, establece que en estos supuestos, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de la organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 500 unidades impositivas tributarias. Además que en el caso de los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provengan de la minería ilegal, tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

La vinculación de esta modificación a los delitos contra la Administración Pública quedó evidenciada no en la reforma misma del artículo 38°, sino en los delitos que fueron reformados en la Parte Especial o en leyes penales especiales. Por ejemplo, en los artículos 296° (promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros) y 296°-A (comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva), el legislador incorporó las inhabilitaciones previstas en el numeral 1. *“Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”* y el numeral 2 *“Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”*. Asimismo, en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475 (lavado de activos y financiamiento del terrorismo, respectivamente), aparte de los incisos 1 y 2, incorporó al numeral 8 referido a *“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”*. Sin embargo, resulta cuestionable que, en los casos de lavado de activos, si el legislador quiso inhabilitar al funcionario o servidor público involucrado en actos de conversión y transferencia (artículo 1°), ocultamiento y tenencia (artículo 2°) o transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (artículo 3°), debió haber impuesto la inhabilitación en el propio artículo 4° y no en los tipos básicos de lavado. En efecto, es este articulado el que reprime (como circunstancia agravante) al agente que se sirve de su calidad de funcionario público para cometer el delito de lavado de activos. Sin embargo, este dispositivo legal solo consigna pena privativa de la libertad y pena de multa, actualmente.

La Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, más allá de incorporar en el artículo 45, el abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión u otra función que ocupe en la sociedad el agente del delito, como presupuesto para fundamentar y determinar la pena; así como extender el tiempo de duración de la pena de inhabilitación principal previsto en el artículo 38° de 06 meses a 10 años, instauró un nuevo sistema de tercios para la determinación judicial de la pena en el artículo 45°-A. Sin embargo, olvidó modificar la Parte Especial en el entendido que este nuevo procedimiento de imposición de penas no sólo resulta aplicable a la pena privativa de libertad, sino a cualquier clase de delitos que esté sancionado con penas temporales, y

por ende, debió reevaluar el *quantum* del espacio punitivo para que, sin dejar de valorar el grado justo de la retribución penal en abstracto, le permita al operador de justicia contar con tercios exactos y no hacer tan tedioso el procedimiento de determinación judicial. Este último problema, fue superado, en parte, cuando el Decreto Legislativo N° 1243 reguló en el artículo 38° la pena de inhabilitación de 05 a 20 años para determinados delitos contra la Administración Pública, y estableció un espacio punitivo de cinco años para cada tercio, haciendo viable imponer la consecuencia jurídica del delito atendiendo a la presencia de circunstancias agravantes (tercio superior), atenuantes (tercio inferior) o de ambas circunstancias (tercio intermedio).

En efecto, tal como lo ha dicho la Ejecutoria Suprema que recayera en el Recurso de Nulidad N° 1637-2017-Cañete de fecha 17 de enero de 2018, en el fundamento jurídico quinto, la copenalidad de la inhabilitación debe ser fijada de una manera proporcional a la pena privativa de libertad; puesto que en ella también se realiza el mismo procedimiento de individualización, esto es sobre la base del marco legal conminado por el delito se evalúa la presencia o concurrencia de las circunstancias atenuantes y agravantes.

Igual tratamiento se tiene en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso Nulidad N° 753-2018-Lima del día 07 de agosto de 2018, cuando en el fundamento jurídico décimo cuarto se dice que la pena de inhabilitación, al momento de su imposición, debe guardar proporcionalidad, así como razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta.

A mayor abundamiento, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 24-2017-Cusco, de fecha 30 de abril de 2018, sobre delito de cohecho pasivo específico (artículo 395°, segundo párrafo), establece en su fundamento jurídico duodécimo que la pena impuesta por la Sala Mixta de La Convención corresponde al mínimo legal previsto en el tipo penal materia de condena (pena privativa de la libertad y multa), pero que respecto a la pena de inhabilitación no se respetó dicha equivalencia. Al respecto, manifiesta que la concordancia según la Ley N° 28355, del 06 de octubre de 2004, con el artículo 38 del Código Penal, atento a la Ley N° 29106, del 18 de octubre de 2007, el mínimo legal era de 06 meses, por lo que, por razones de favorabilidad y dado que el apelante (el imputado) introdujo una pretensión absoluta, es posible disminuir la pena de inhabilitación para poder concordarla con las demás penas principales.

Además, habría también que decir que la **Ley N° 30077** del 20 de agosto de 2013, más allá de establecer las reglas y los procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de delitos cometidos por las organizaciones criminales, y señalar la definición y criterios para determinar la existencia de una estructura delictiva, estableció determinadas reglas respecto a la **pena de inhabilitación**. El Capítulo VI “Consecuencias Jurídicas Aplicables y Ejecución Penal” señalaba en el artículo 21° Inhabilitación, que en el supuesto previsto en el literal c) del inciso 1 del artículo 22°, esto es, si el agente, en calidad de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es un **funcionario o servidor público** y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito, se impone inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

1. INHABILITACIÓN: DEFINICIÓN

La inhabilitación es una **pena limitativa de derechos** que implica privar al penado de uno o más derechos políticos, civiles y profesionales. El fundamento para su imposición como pena consiste en que el agente infraccionó un **deber especial** propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevaleció de su posición de poder o dominio para cometer el delito. En este sentido, se han pronunciado en la doctrina peruana Yshií Meza⁹¹, Hurtado Pozo⁹², Prado Saldarriaga⁹³, García Caveró⁹⁴, Bra-

91 YSHIÍ MEZA, Luis Alejandro. “El principio de legalidad (*lex certa*) y la pena de inhabilitación en los Códigos Penales peruano y español. A propósito de su regulación, cambios normativos y tratamiento jurisprudencial”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces*, Gaceta Jurídica, Lima 2013, Tomo 49, pp. 82-112. YSHIÍ MEZA, Luis Alejandro, “La Pena de Inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública”, en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*, Grijley, Idemsa 2013, pp. 401-424. El mismo autor también citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal*, Idemsa, Lima 2016, p. 100.

92 HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Manual de Derecho Penal, Parte General Tomo II*, 4ta. Edición, Idemsa, Lima 2011, pp. 303 y ss.

93 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, Idemsa, Lima 2010, pp. 80 y ss.

94 GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008, pp. 693-694.

mont-Arias Torres⁹⁵, Hugo Vizcardo⁹⁶, Villa Stein⁹⁷, Peña Cabrera Freyre⁹⁸, Reyna Alfaro⁹⁹, entre otros. En la jurisprudencia nacional, también existe un pronunciamiento similar en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 “Alcances de la pena de inhabilitación”. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Incidente N° 00111-2011-9-1826-JR-PE-01, Resolución N° 3, de fecha 23 de mayo de 2013, señaló en su fundamento jurídico octavo, que el artículo 31° del Código Penal regula el instituto de la inhabilitación dentro del catálogo de penas limitativas de derechos, y consiste en las limitaciones o restricciones (privaciones o suspensiones) de ciertos derechos políticos, civiles y profesionales del penado, sea de manera temporal o definitiva (perpetua), esto es, de unos derechos distintos de la libertad personal o ambulatoria.

En la doctrina extranjera, la pena de inhabilitación también se ha definido en este mismo sentido. En *Argentina*, autores como Fontán Balestra¹⁰⁰, Zaffaroni, Alagia, Slokar¹⁰¹, Creus¹⁰² y Terragni¹⁰³ han señalado que dicha consecuencia jurídica del delito consiste en incapacidades, suspensiones o pérdidas referidas a determinadas esferas del derecho del condenado. En

-
- 95 BRAMONT-ARIAS TORES, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, Eddili, Lima 2008, p. 462.
- 96 HUGO VIZCARDO, Silfredo, “La extensión de la pena de inhabilitación principal”. En la revista: *Actualidad Jurídica. Información Especializada para Abogados y Jueces*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, Tomo 164, p. 128.
- 97 VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2008. p. 495.
- 98 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal. Parte General, Teoría del Delito y la Pena y las Consecuencias Jurídicas, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 963.
- 99 REYNA ALFARO, Luis Miguel, Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencias Jurídicas, Instituto Pacífico, Lima 2016, p. 358.
- 100 Citado por Marco Antonio Terragni, en La Pena de Inhabilitación. Esta lectura se encuentra disponible en el siguiente link: <https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>. Consultado el 20/ENE/2019.
- 101 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires 2002, pp. 978 y ss.
- 102 CREUS, Carlos, Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 1999, pp. 450 y ss.
- 103 TERRAGNI, Marco Antonio, La Pena de Inhabilitación. Esta lectura se encuentra disponible en el siguiente link: <https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>. Consultado el 20/ENE/2019.

Chile, el jurista Bustos Ramírez¹⁰⁴ hacía referencia que tal sanción traía consigo un impedimento para que el penado pueda ejercer profesión u oficio. En Colombia, Velásquez Velásquez¹⁰⁵ decía que hablar de inhabilitación significa que la persona, al adquirir la condición de condenada, se torna inhábil, impedida para ejercer sus derechos políticos y cualquier función que sea pública. Por su parte, en España autores como Boldova¹⁰⁶, Landrove¹⁰⁷, López Barja de Quiroga¹⁰⁸, Mir Puig¹⁰⁹, Manzanares Samaniego¹¹⁰ y López González¹¹¹ coinciden en manifestar que la inhabilitación implica determinadas restricciones políticas, civiles o profesionales limitando así la libre capacidad de participación del penado en la vida política y social. En tanto que en Alemania, Jescheck y Weigend¹¹² refieren que la inhabilitación profesional está destinada a combatir la peligrosidad del autor en un ámbito determinado; que se trata de la prevención de delitos que guardan estrecha relación con la actividad co-

-
- 104 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era. Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1989, p. 392, apartado 85.
- 105 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín 2009, p. 1061.
- 106 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. "Lección 4: Penas Privativas de Derechos". En: Luis Gracia Martín y otros, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 60.
- 107 Citado por GRACIA MARTÍN, Luis, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 75-76; GRACIA MARTÍN, Luis y otros, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 23-24.
- 108 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2004, p. 197.
- 109 MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 5ta. Edición, Tecfoto, Barcelona 1998, pp. 730 y ss.
- 110 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 176-228. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788182>. Consultado el 12/ENE/2019.
- 111 LÓPEZ GONZÁLES, José Ignacio, *La inhabilitación especial del funcionario público y los efectos jurídico - administrativos "ex lege"*, Revista de Administración Pública Núm. 120. Septiembre-diciembre 1989. Disponible: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaInhabilitacionEspecial-DelFuncionarioPublicoYLosE-17029.pdf>. Consultado el 12/ENE/2019.
- 112 JESCHECK, Hans-Heinrich y otro, *Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen II*, 5ta. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2014, p. 1239.

mercial o profesional del condenado. Por su parte, Maurach, Gossel y Zipf¹¹³ manifiestan directamente a la inhabilitación para ocupar cargos públicos y pérdida del sufragio pasivo.

De manera más concreta y ligada ya a la Administración Pública, Salinas Siccha ha señalado, siguiendo a los profesores españoles Muñoz Conde y García Arán, que la pena de inhabilitación puede proporcionar una respuesta adecuada a un grupo de delitos cometidos en el ejercicio de ciertos derechos o cargos, y que lo que se busca es apartar al condenado peligroso de todo tipo de actividad, profesión o cargo que pueda instrumentalizar para seguir afectando bienes jurídicos que son protegidos por el derecho¹¹⁴. De manera más concreta, Reátegui Sánchez afirma que la pena de inhabilitación de derechos es, especialmente, importante por dos motivos: *Primero*, evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la Administración Pública; y, *segundo*, que en algunos casos, este tipo de pena se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, en tanto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten la suspensión de la ejecución de la pena¹¹⁵, claro está, teniendo las excepciones que se formularon en las modificaciones hechas por la Ley N° 30304 del 28 de febrero de 2015 y por el Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017, en cuanto a Administración Pública se refieren.

Según Righi, la privación de derechos que genera la pena de inhabilitación tiene sentido en la teoría retributiva, ya que es un mal que se impone como consecuencia de la ilicitud y la culpabilidad que expresa una condena por la comisión del hecho punible. Afirma que desde la óptica de las teorías relativas no parece cuestionable que cumple una función preventivo general, negativa como positiva. Sin embargo, señala que no sucede lo mismo si se la

113 MAURACH, Reinhart y otros, Derecho Penal. Parte General, Volumen II, 7ma. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, pp. 674-676.

114 SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, 3ra. Edición, Grijley, Lima 2014, p. 634; Delitos contra la Administración Pública, 2da. Edición, Grijley, Lima 2011, pp. 628-629.

115 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima, 2017, p. 1180.

observa desde una perspectiva preventiva especial, aunque pueda admitirse que con ella se procura evitar que el condenado utilice su cargo o profesión para la comisión de nuevos delitos¹¹⁶.

2. INHABILITACIONES EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El catálogo de inhabilitaciones se encuentra previsto en el artículo 36° y producirá, según se disponga la sentencia:

- “1. *Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;*
2. *Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público*¹¹⁷;
3. *Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;*
4. *Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;*
5. *Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;*
6. *Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas*¹¹⁸;
7. *Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo*¹¹⁹;
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;*
9. *Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pú-*

116 RIGHI, Esteban, *Teoría de la Pena*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 2001, pp. 178-179.

117 Inciso modificado por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

118 Este numeral fue modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29106 del 18 de octubre de 2007, y luego por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

119 Inciso modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29439, publicado el 19 de noviembre de 2009, y también por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

blica o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los siguientes:

- a. Terrorismo, previsto en el Decreto Ley 25475.*
- b. Apología del delito de terrorismo, establecido en el artículo 316-A.*
- c. Trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación, previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C.*
- d. Homicidio simple (artículo 106), Parricidio (artículo 107), Homicidio calificado (artículo 108) y Feminicidio (artículo 108-B).*
- e. Lesiones graves (artículo 121) y Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B).*
- f. Libro Segundo: Título IV: Capítulo IX: Violación sexual (artículo 170), Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172), Violación sexual de menor de edad (artículo 173), Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), Violación sexual mediante engaño (artículo 175), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A), Capítulo X (Proxenetismo) y Capítulo XI (Ofensas al pudor público).*
- g. Tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal¹²⁰;*

120 Inciso incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29988, publicada el 18 de enero de 2013. Luego, fue modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30901, publicada el 29 de diciembre de 2018.

10. *Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*¹²¹;
11. *Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez*¹²²; o,
12. *Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios*¹²³.
13. *Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.*¹²⁴”.

El legislador nacional mantuvo inalterable durante muchos años el catálogo de las inhabilitaciones con las cuales se sancionaba a quien había infraccionado un deber especial propio del cargo, o se había prevalido de su posición privilegiada de poder o dominio para delinquir. No obstante ello, la frecuencia reiterada en la comisión de esta clase de delitos hizo que endureciera dicha pena limitativa de derechos imponiéndole en algunos casos el carácter de definitiva, como el obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, o para ingresar o re-ingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en organismos públicos descentralizados o, en general, en organismos dedicados a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Aunado a ello, con la dación del Decreto Legislativo N° 1243, del 22 de octubre de 2016, extendió la pena de inhabilitación de cinco a veinte años en caso de determinados delitos funcionariales contra la Administración Pública, y la hizo perpetua para otros casos.

Ahora bien, estas inhabilitaciones previstas en el artículo 36, pueden agruparse en atención a **cuatro criterios de clasificación**: las primeras, aquellas relacionadas a la **Administración Pública y actividades políticas** (incisos 1, 2, 3, 8 y 9); las segundas, las vinculadas al ámbito profesional o de oficio (numerales 4, 8 y 9); las terceras, ligadas a la **privación de ciertos derechos y derechos vinculados a la víctima** (numerales 5, 10, 11 y 12); y finalmente las

121 Inciso incorporado por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

122 Inciso incorporado por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

123 Inciso incorporado por el Decreto Legislativo N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

124 Inciso incorporado por la Ley N° 30407 del 08 de enero de 2016.

cuartas, las vinculadas a la **suspensión o cancelación de autorizaciones**, y a la **tenencia** (incisos 6, 7 y 13). A continuación realizamos un análisis de las inhabilitaciones que guardan relación con la **Administración Pública** y las actividades políticas.

3. INHABILITACIONES QUE RESTRINGEN PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN ACTIVIDADES POLÍTICAS

Las inhabilitaciones establecidas en los numerales 1, 2, 3, 8 y 9 del artículo 36° del Código Penal están referidas mayoritariamente a la participación del penado en actividades vinculadas a la Administración Pública y en actividades políticas. Ello se advierte de modo concreto, cuando por ejemplo en el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” el artículo 426° sanciona a delitos cometidos por funcionarios públicos con los numerales 1 y 2; o el cohecho activo específico (artículo 398°) contiene las inhabilitaciones de los numerales 1, 2, 3 y 8, según corresponda. En este contexto, se exige que los empleos o cargos sean públicos, puesto que el ámbito privado está referido únicamente a la profesión o derecho¹²⁵. Además, deben guardar una relación directa con el delito cometido. Es por ello, que el legislador hace referencia a la **privación, incapacidad, impedimento o la suspensión**.

Según el Diccionario de la Real Academia Española la “**privación**” implica, entre una de sus acepciones, la pena con la cual se desposee a alguien de su empleo, derecho o dignidad que tenía por el delito que cometió. En tanto la “**incapacidad**” está referida a la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente ciertos actos o para ejercer determinados cargos públicos. En igual sentido, el “**impedimento**” involucra un obstáculo, una razón por la cual no se puede hacer algo. Mientras que la “**suspensión**” es entendida como la acción y efecto de suspender, significa detener, diferir o privar temporalmente a alguien de una acción o de un empleo que tiene¹²⁶.

125 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires 2002, p. 983.

126 Para definir estos conceptos se ha recurrido al Diccionario de la Real Academia Española.

3.1. Privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular

La inhabilitación que establece el numeral 1 del artículo 36° refiere de manera necesaria a una relación de derecho público¹²⁷, pues está dirigido al funcionario o servidor público que infraccionó un deber especial propio de la función, cargo o comisión que desempeñó. Así, la norma comprende no sólo a aquéllos que tienen un poder de decisión o desempeñan cargos de confianza, sino también a quienes se encuentran sujetos al régimen de la carrera administrativa o tienen la condición de eventuales¹²⁸. Para mejor precisión, el Proyecto N° 1627/2012-CR presentado por el Poder Judicial¹²⁹, proponía como fórmula la *“Privación de la función, cargo o comisión de carácter público que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”*.

Por consiguiente, el término **“privación”** supone que el agente cometió el hecho delictivo en el desempeño de una determinada actividad pública, lo cual implica como una consecuencia inmediata la pérdida de la función, cargo o comisión que ejercía el penado. Por tanto, la **“pérdida”** es uno de sus elementos configurantes, lo cual significa que el agente deja de manera definitiva el ejercicio en el sector público y, al ser un delito de infracción de deber, también genera un **“obstáculo”** para estar ligado a este ámbito mientras dure la pena. Esa es la razón que justifica la presencia del numeral 2 del artículo 36°, en cuanto prevé una incapacidad o impedimento para la obtención de mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, y que se regula junto con aquélla. En este sentido, resulta lógico que el artículo 426° sancione a los delitos cometidos por funcionarios públicos con los numerales 1 y 2.

127 Confróntese el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la Pena de Inhabilitación”, acápite & 3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación, fundamento 10, literal c, del 18 de julio de 2008.

128 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal. Parte General, Teoría del Delito y la Pena y las Consecuencias Jurídicas, Editorial Rodhas, Lima 2007, pp. 965-966.

129 El 23 de octubre de 2012, el Poder Judicial presentó un Proyecto Legislativo que proponía la modificación del Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 2004, Código de Ejecución Penal y Reglamento. Las propuestas estaban referidas a cuatro temas puntuales: sistema de penas (entre ellas, la *inhabilitación*), delincuencia colectiva, presupuestos para la prisión preventiva y regulación de la confesión sincera, y beneficios penitenciarios.

Un ejemplo claro de ello, lo constituye la Sentencia de Terminación Anticipada, del 07 de setiembre de 2008, recaída en el Cuaderno de Terminación Anticipada N° 05-2018 “02”. Según el fundamento jurídico séptimo, conforme la Disposición N° 01, del 22 de agosto de 2018, se le imputó a Juan Emilio Gonzáles Chávez en su condición de Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima y Presidente de la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libre de dicha Corte, haber solicitado a un abogado, la entrega de beneficio económico (suma de dinero ascendente a S/. 30,000.00 soles, en dos partes) para influir en la decisión que como magistrado ponente poseía en un proceso penal por delito de estafa. En este contexto, el día 20 de agosto de 2018, el abogado entregó, en un sobre, la suma de S/. 4,000.00 soles a dicho magistrado, en su despacho ubicado en el edificio de Anselmo Barreto (avenida Abancay s/n, cercado de Lima), precediéndose a su intervención. Frente a tal hecho, y al haberse aprobado el acuerdo de terminación anticipada, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria - Corte Suprema de Justicia de la República, condenó a Juan Emilio Gonzáles Chávez, entre otras sanciones, a la pena de inhabilitación de cinco años, conforme a los incisos 1 y 2, del artículo 36° del Código Penal (privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; e incapacidad o impedimento para poder obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público).

3.2. Incapacidad o impedimento para la obtención de mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público

Tal como se ha señalado, la inhabilitación prevista en el numeral 2 del artículo 36° guarda una estrecha simetría con la del numeral 1. No obstante, la diferencia estriba en que se trata de una “proyección inmediata al futuro”, ya que el penado no podrá acceder a un cargo, empleo, mandato o comisión de carácter público mientras dure la condena (salvo que sea definitiva). Por consiguiente, debe ser considerada como una “inhabilitación complementaria” a la anterior, ya que su fin es evitar que el agente que defraudó la confianza que depositó en él el Estado o, inclusive, la propia ciudadanía, pueda acceder, al menos en un lapso de tiempo (de ser condena periódica y no perpetua), a un cargo público distinto. Se trata de un **obstáculo temporal** para vincularse a este ámbito, pues transcurrido el plazo, podrá optar por algún empleo pú-

blico o participar en cualquier elección popular en igual condición que otros aspirantes (de no ser perpetua), pero no que recobrará su antiguo empleo o cargo¹³⁰.

Un claro ejemplo se advierte en los delitos previstos en el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” cuando el artículo 426° del Código Penal señala que los delitos previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” se sancionan con inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1 y 2. Igual técnica legislativa se aprecia también en el Título XIX “Delitos contra la Fe Pública” en el cual el artículo 432° manifiesta que cuando alguno de los delitos previstos en el Capítulo I “Falsificación de Documentos en General” es cometido por un funcionario o servidor público o Notario, con abuso de sus funciones se impondrá, además, pena de inhabilitación, conforme al artículo 36° incisos 1 y 2.

Al respecto, resulta interesante el desarrollo que realiza la Ejecutoria Suprema en el Recurso de Nulidad N° 379-2015-Lima del 24 de agosto de 2015, cuando en el fundamento jurídico séptimo refiere que la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional, que está regulada en el artículo 426° del Código Penal y comprende tanto la **privación de la función** cuanto la **incapacidad para obtener cargo público**. En tal sentido, establece que sanciona el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a las personas que en razón a su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deben ser alejados de él. Afirma que su constitucionalidad no está en discusión en tanto en cuanto existe un vínculo objetivo de conexión entre cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público.

3.3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia

La inhabilitación que establece el numeral 3 del artículo 36° limita al condenado en el ejercicio de determinados derechos políticos por el periodo que establezca la sentencia. Lo expuesto guarda coherencia con el numeral 3 del artículo 33° de la Constitución Política del Estado, que señala que el

130 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2004, p. 200.

ejercicio de la ciudadanía se suspende, también, por sentencia con inhabilitación de derechos políticos. En tal sentido, el artículo 31° de la Constitución señala los “derechos de participación en la vida política del ciudadano”, entre ellos, “asuntos públicos por referéndum”; “iniciativa legislativa”; “remoción o revocación de autoridades” y “demanda de rendición de cuentas”, así como también el “derecho de ser elegido y de elegir a sus representantes”, lo cual está ligado al artículo 2° numeral 17 de dicho cuerpo de leyes, que faculta como derecho de la persona el participar en la vida política de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los “derechos de elección”, “remoción o revocación de autoridades”, “iniciativa legislativa” y “referéndum”.

Por tanto, la “**suspensión**” impuesta por el Juez inhabilita al penado del ejercicio de alguno o varios de estos derechos por el periodo que debe especificarse en la sentencia. Tal como se tiene del propio numeral 3 del artículo 36°, el legislador no da un mayor alcance de los “**derechos políticos**” que se restringen así como tampoco de su regulación, dejando un arbitrio excesivo al órgano jurisdiccional, cuya obligación, en todo caso, será la de motivar debidamente su decisión con una aplicación restrictiva de esta pena. Es más, resulta curioso que sólo algunos delitos de la Parte Especial sancionen de manera expresa con dicha inhabilitación la comisión de alguna infracción y que, en la mayoría de veces, no guarden relación con el contenido de aquella. Por ejemplo, cuando en el Título III “Delitos contra la Familia” del Capítulo I “Matrimonios Ilegales” se reprime con esta pena a los delitos de autorización ilegal de matrimonio por funcionario público (artículo 141) e inobservancia de las formalidades por funcionario público (artículo 142°); o en el Título IV “Delitos contra la Libertad” del Capítulo VI “Violación de la Libertad de Reunión” está la prohibición de la reunión pública por el abuso de funcionario (artículo 167°) o en el propio Capítulo IX “Violación de la Libertad Sexual” que sanciona la violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174°); o el Título VIII Delitos contra el Patrimonio Cultural, Capítulo Único “Delitos contra los Bienes Culturales”, que sanciona la intervención o facilitación de funcionarios públicos (artículo 229°), etc.

En la legislación comparada también se restringe, como consecuencia del delito, el ejercicio de determinados derechos de participación política. Ello ocurre, por ejemplo, en el Código Penal español cuando el artículo 44 prevé la “inhabilitación especial” para el derecho de sufragio pasivo que priva al con-

denado, durante el tiempo de condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos. A diferencia de la legislación penal peruana, la restricción del derecho es más expresa, y en el caso del sufragio, sólo se admite la privación del derecho al sufragio pasivo¹³¹. De otro lado, el Código Penal argentino regula en el 2do. Párrafo de su artículo 20° las inhabilitaciones que están vinculadas a los derechos políticos, las mismas que no pueden extenderse más allá de los alcances que esta privación tiene en el artículo 19°, como son, privación de los derechos electorales y de elegibilidad, así como de postulación¹³².

3.4. Privación de los grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio que se sirvió el agente para cometer el delito

La inhabilitación del inciso 8 del artículo 36° importa también privación definitiva de los grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones de las que se valió el agente para cometer el delito¹³³, sean permanentes o eventuales¹³⁴. Además, puede estar referida tanto al ámbito del derecho público como privado. A diferencia de que tratándose de grados militares y policiales el penado deja de manera definitiva el cargo, en los títulos honoríficos se genera adicionalmente un obstáculo temporal de obtener los mismos u otros distintos mientras dure la pena, puesto que en un momento posterior podrá ser acreedor de nuevos títulos, pero diferenciados de los anteriores, que fueron perdidos de manera definitiva por la comisión del delito.

Un claro ejemplo de ello, se advierte en el Título XVI “Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional” cuando en el Capítulo II “Disposiciones Comunes”, el artículo 353° reprime a aquellos funcionarios,

131 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Lección 4: Penas Privativas de Derechos”. En: Luis Gracia Martín y otros, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 62-64

132 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires 2002, p. 983.

133 Confróntese el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la Pena de Inhabilitación”, acápite & 3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación, fundamento 10, literal b, del 18 de julio de 2008.

134 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General, Teoría del Delito y la Pena y las Consecuencias Jurídicas*, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 966.

servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, que sean culpables con inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 8, tanto más si los delitos de rebelión, sedición, motín, conspiración, seducción, retención y usurpación ilegal de mando de tropas son delitos netamente dolosos. En estos casos, la privación es definitiva, resultando imposible que el agente pueda acceder nuevamente a su ingreso a los institutos castrenses y policiales.

3.5. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior pública en el Ministerio de Educación o en organismos públicos descentralizados o en todo órgano que se dedica a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación

La inhabilitación prevista en el numeral 9 del artículo 36° fue una de las últimas que reguló el legislador nacional en el Código Penal. Dicho inciso fue incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29988 de 18 de enero de 2013. Con esta inhabilitación el Estado establecía una **incapacidad definitiva** para poder ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo de educación básica o superior pública, tanto en el Ministerio de Educación como en organismos públicos descentralizados o, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación o resocialización.

La inclusión de esta inhabilitación respondió a un pedido expreso de la ciudadanía, que exigía que aquellas personas que habían cumplido condena por el delito de terrorismo no pudieran ingresar o reingresar nuevamente a la actividad docente o al ámbito administrativo de educación. Los recuerdos de los años ochenta y de la década de los noventa, todavía presente en la gran mayoría de la población, hizo que el Estado fijará esta clase de inhabilitación, atendiendo a los últimos sucesos acaecidos y que acreditaban el intento de resurgir de aquellos grupos subversivos terroristas, cuyos centros de reclusión o adoctrinamiento eran, pues, precisamente, las aulas de formación educativa¹³⁵.

135 De manera concreta, la crítica se ahondó con el surgimiento del Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales (MOVADEF), según algunos, grupo que reivindica a Sendero Luminoso.

Sin embargo, el legislador amplió el ámbito de aplicación de la inhabilitación para comprender no sólo a personas condenadas por delitos de terrorismo previstos en el Decreto Ley N° 25475, o el delito de apología del terrorismo, previsto en el inciso 2 del artículo 316° del Código Penal, sino también para cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual regulados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del citado Código sustantivo, o por los delitos de tráfico ilícito de drogas. Si bien la inclusión de dicha inhabilitación respondía a ciertos criterios de necesidad y merecimiento de pena, la política criminal adoptada por el Estado reflejó el endurecimiento extremo al formular prácticamente la muerte del penado para el ejercicio de esta actividad, desnaturalizando los efectos resocializadores que, en buena cuenta, orientaron al legislador nacional al momento de formular el Código Penal. Por lo demás, la técnica legislativa empleada no resultó ser la más apropiada, ya que estableció junto al catálogo de inhabilitaciones previstas en el artículo 36°, delitos en los cuales debía aplicarse obligatoriamente esta clase de sanción como “principal”, lo cual conlleva a que el órgano jurisdiccional, aparte de tener en cuenta la pena conminada para el delito en concreto, tenga ahora que remitirse forzosamente hacia la Parte General, en los supuestos que se presenten estas clases de infracciones.

Pese a lo expuesto, la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30901, del 29 de diciembre de 2018, modificó el numeral 9 del artículo 36 para precisar la incapacidad definitiva para supuestos que implique enseñanza, cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria, ampliando a los delitos de trata de personas, homicidios, lesiones, violación sexual, ofensas al pudor público, proxenetismo, entre otros.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la Sentencia del 07 de diciembre de 2018, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Tarapoto, que recayera en el Expediente N° 0029-2017-32-2208-JR-PE-03. La fijación del hecho, objeto de imputación, es que se atribuía al acusado Pedro Domingo Salvador García, en su calidad de docente de la Universidad Nacional de San Martín, en el ejercicio de sus funciones, haber realizado por intermedio de terceros (un exalumno) el cobro de S/. 250.00 soles, a sus alumnos que previamente él ya había desaprobado en el curso de Estadística General que estaba a su cargo. En tal sentido, se señala que esta desaprobación era hecha con

la finalidad que después de cobrarles el monto, aprobarlos aunque su rendimiento sea bajo y que para tal motivo, falseaba las calificaciones que colocaba en su respectivo registro. Asimismo, se señala que estas conductas habrían ocurrido en el mes de enero de 2017, con ocasión del ciclo regular correspondiente al año 2016. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de Tarapoto condenó al imputado como el autor de un concurso real de delitos, por cohecho pasivo propio (artículo 393° 2do. Párrafo) y falsificación de documentos en general (artículo 438°) ambos en agravio del Estado - Universidad Nacional de San Martín, y le impuso, entre otras sanciones, inhabilitación por doce años, de conformidad a los numerales 1 y 2 del artículo 36°. Tal como se puede apreciar, el órgano jurisdiccional no impuso la inhabilitación prevista en el numeral 9 ni tampoco la del numeral 4, pese a la condición de docente del encausado y que abusó de dicha profesión para cometer el delito. En el primer supuesto, del inciso 9, porque el catálogo de delitos para la inhabilitación definitiva no alcanza para los delitos de corrupción de funcionarios, en este caso, cohecho pasivo propio.

4. FORMAS DE APLICAR LA PENA DE INHABILITACIÓN

Una de las principales reformas que hizo el Código Penal de 1991, a diferencia de su antecesor de 1924¹³⁶, fue con relación a las formas de aplicar la inhabilitación. En efecto, frente a la inhabilitación principal o accesoria¹³⁷, absoluta o relativa¹³⁸, y perpetua o temporal¹³⁹, nuestra legislación penal estableció un sistema sencillo que restringió las inhabilitaciones en **principales** y **accesorias**, conforme a lo regulado en el artículo 37°. El carácter perpetuo de la inhabilitación había sido suprimido y se fijó en cinco años el plazo máximo de duración, conforme lo reguló el texto original del artículo 38°. Sin

136 Por ejemplo, Frisancho Aparicio y Peña Cabrera Freyre comentando el Código de Maúrtua manifiestan que las penas a aplicar son más drásticas debido a que desde esa época se empezaba a concebir que el funcionario público ostentaba un cargo de gran relevancia, ya que desempeñan un rol fundamental para el desarrollo nacional y el bienestar general del país. FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública, Editora "Fecat" E.I.R.L., Lima, 1999, p. 159.

137 Artículo 29° del Código Penal peruano de 1924.

138 Artículo 28° del Código Penal peruano de 1924.

139 Artículo 30° del Código Penal peruano de 1924.

embargo, reformas posteriores hicieron que los plazos se vayan modificando y extendiendo, y que aparezcan inhabilitaciones definitivas como en delitos funcionariales contra la Administración Pública (como lo ocurrido con los Decretos Legislativos N° 1243 y N° 1367), creando una nueva clasificación de inhabilitaciones **perpetuas y temporales**. Además, por su modo de aplicación, las reformas establecieron criterios de imposición particular al crear una suerte de inhabilitaciones **genéricas y específicas**.

El entendimiento y configuración del artículo 37° como forma de aplicar la pena de inhabilitación en **principal o accesoria** conllevó a una serie de problemas para los operadores de justicia, ya que el legislador nacional no definió en qué consistía cada una de ellas. En atención a ello, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitieron “**doctrina vinculante**” para todos los órganos jurisdiccionales, la misma que se estableció en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 de 18 de julio de 2008¹⁴⁰, en el cual precisaron algunos “Alcances acerca de la pena de inhabilitación”. La deficiencia advertida originó, en su oportunidad, que el Pre dictamen de Nuevo Proyecto de Código Penal¹⁴¹ que elaboró el Congreso de la República defina en su artículo 43° que la inhabilitación se impone como una pena **principal** cuando esté expresamente prevista en la Parte Especial del Código o en leyes penales especiales; y como **accesoria** en los casos no previstos en la Parte Especial o en leyes penales especiales, y que esta última podría ser aplicada siempre que el agente haya infraccionado un **deber especial** propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevaleió de su posición de poder o dominio para cometer el delito.

También en ese sentido, la judicatura nacional ha venido aplicando esta distinción. Así, la Resolución N° 3, de 23 de mayo de 2013, recaída en el Incidente N° 00111-2011-9-1826-JR-PE-01, señaló en sus fundamentos jurídicos

140 IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial.

141 La primera Comisión Revisora del Código Penal del Congreso de la República fue creada por la Ley N° 27837, del 3 de octubre de 2002. Luego, por Ley N° 28891, del 13 de octubre de 2006, se creó una segunda Comisión Especial Revisora. Posteriormente, por Ley N° 29153, del 16 de diciembre de 2007, se creó una tercera Comisión Especial para este mismo propósito, cuyo plazo de vigencia se amplió en dos oportunidades por la Ley N° 29295, del 13 de diciembre de 2008, y por la Ley N° 29435, del 18 de noviembre de 2009, respectivamente. Las labores de esta última Comisión culminaron en diciembre de 2010.

noveno y décimo, que, conforme al artículo 37°, la inhabilitación puede ser principal o accesoria. En el *primer supuesto*, se impone independientemente, sin depender de ninguna otra pena, o sea que es autónoma, pudiendo aplicarse en forma conjunta con una pena privativa de la libertad e inclusive la multa, y que está conminada expresamente en la norma que sanciona el correspondiente injusto penal o en las leyes penales complementarias. En el *segundo supuesto*, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañada a una pena principal que, generalmente es pena privativa de la libertad a la cual complementa, en tal sentido no está asociada a un tipo legal determinado.

Sin embargo, todavía se advierten distorsiones en su tratamiento, cuando a veces se le asigna el carácter de accesoria, siendo principal. En este sentido, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1637-2017-Cañete de 17 de enero de 2018, precisaba en el fundamento jurídico quinto, literal a, que la imposición de los supuestos de inhabilitación que regula el inciso 1 del artículo 36° (sanción legal contemplada en el tipo penal de peculado de uso agravado) no fue solicitada por el representante del Ministerio Público; y que por ello, no podía imponerse dicha **pena accesoria**, porque significaría contravenir el principio de congruencia procesal.

4.1. Inhabilitación Principal

La “inhabilitación principal” se encuentra regulada de manera expresa como una pena limitativa de derechos en el artículo 31° del Código Penal. Se impone como una sanción independiente sin sujeción a otra pena, en tanto ha sido valorada por el legislador como una consecuencia jurídica de la infracción penal. En tal sentido, aparece regulada acompañando a un delito en particular de la Parte Especial o en ley penal complementaria. De manera más precisa, Prado Saldarriaga señala que la inhabilitación tiene la condición de pena principal siempre que esté regulada de modo específico o general como pena conminada¹⁴². Ello ocurre, por ejemplo, con una de las modalidades de extorsión prevista en el artículo 200 párrafo 4, cuando se reprime al funcionario público con poder decisión o al que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42° de la Carta

142 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*, Ideas Solución Editorial, Lima 2018, p.81.

Magna, participa en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, con pena de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

Sin embargo, también puede aplicarse de manera **conjunta** con penas privativa de la libertad o de multa¹⁴³, tal como se tiene en la *parte in fine* del artículo 400°, que sanciona el delito de tráfico de influencias cuando el agente es un funcionario o servidor público, con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36° y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. O el artículo 383°, que reprime en el delito de cobro indebido al funcionario o servidor público con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36. Sobre el particular, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1637-2017-Cañete de 17 de enero de 2018, señala en el fundamento jurídico quinto, que una particularidad del delito de peculado de uso es que se reprime con una penalidad conjunta, compuesta por penas privativas de libertad, multa e inhabilitación.

Sin embargo, en algunas ocasiones, y pese a que el Juzgador reconoce su presencia como pena principal y conjunta, al citar textualmente el marco penal aplicable, no la acaba imponiendo, es más, ni siquiera esgrime un fundamento al respecto. Una muestra de ello, se advierte en la Sentencia de Conformidad N° 030-2017, del 04 de julio de 2017, recaída en el Expediente N°418-2014-68-2801-JR-PE-01, en el que el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Mariscal Nieto, de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, manifiesta en el fundamento jurídico segundo “*Control jurídico y subsunción de los hechos*” que al encausado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca se le imputa el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 393° 1er. Párrafo, con la modificatoria de la Ley N° 30111, vigente al tiempo de los hechos. En este sentido, señalaba que la sanción prevista era pena privativa de libertad no menor de 05 no mayor de 08 años; **inhabilitación**, según corresponda,

143 Véase los fundamentos jurídicos 7° y 12° literales a y b del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116.

conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; y, con 385 a 365 días-multa (**esta último *quantum* no corresponde al delito**). No obstante, en el fundamento jurídico tercero, cuando realiza la “*Verificación de la legalidad de los acuerdos de la pena y de la reparación civil*” no advierte la ausencia de la inhabilitación, pese a haber señalado la condición de funcionario público del acusado. Luego, al momento de emitir el fallo de condena omite pronunciarse al respecto.

En algunos casos, por técnica legislativa, la inhabilitación principal y su duración se encuentran previstas al final del Capítulo o Título. Por ejemplo, el artículo 353° “Inhabilitación” del Capítulo II Disposiciones Comunes del Título XVI “Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional” estipula que aquellos funcionarios, servidores públicos o integrantes de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, que sean culpables de los delitos previstos en el acotado Título, serán reprimidos, además, con inhabilitación de uno o cuatro años, conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 8. Igual técnica legislativa se aprecia en el artículo 360° “Inhabilitación” del Capítulo Único Delitos contra el Derecho de Sufragio, Título XVII “Delitos contra la Voluntad Popular”, o en el artículo 432° “Inhabilitación” del Capítulo I “Falsificación de Documentos en General”, Título XIX “Delitos contra la Fe Pública”. En todos estos supuestos, también dicha pena limitativa de derecho tiene el carácter de principal y conjunta.

Igual situación ocurría con el artículo 426, respecto a la inhabilitación para delitos funcionariales contra la Administración Pública y la Administración de Justicia. El texto legal señalaba que: “*Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al Artículo 36°, incisos 1 y 2*”. Sin embargo, la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, modificó este dispositivo legal estableciendo: “*Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesorio, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2*”¹⁴⁴. Además, el segundo párrafo señalaba: “*Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de*

144 El subrayado es nuestro.

conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2". Tal como se puede apreciar, la modificación introducida por la citada Ley, le asignó una categoría que por su propia ubicación sistemática y legal siempre tuvo el carácter de pena principal. En este sentido, fue entendida en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Al respecto, Abanto Vásquez señalaba que las inhabilitaciones del artículo 426° tienen el carácter de principales, en tanto el legislador ha considerado de antemano la gravedad del abuso de la función específica en esta clase de delitos, motivo por el cual ha preferido fijar con carácter vinculante las inhabilitaciones y la duración de ellas¹⁴⁵. De igual manera se pronunciaba Rojas Vargas, destacando el carácter principal de las inhabilitaciones reguladas en ese articulado, referido a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de una elección popular e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público¹⁴⁶.

Por su parte, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3632-2004/Arequipa, de 20 de setiembre de 2005, había establecido en el fundamento jurídico 9°, sobre peculado, que la inhabilitación regulada por el artículo 426° del Código Penal no tiene la condición de accesoria sino de principal, en tanto está taxativamente contemplada en el tipo penal, y corrigiendo el fallo de primera instancia reguló la inhabilitación conjunta a la pena privativa de libertad conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36°.

En el mismo sentido, se pronunció la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2471-2017/Apurímac, de fecha 03 de octubre de 2018, cuando en el fundamento jurídico noveno, sobre delitos de peculado doloso y falsificación de documentos, señaló que el artículo 426° regula la inhabilitación como pena principal y conjunta con la pena privativa de libertad (en su versión original), y que el máximo aplicable sólo era tres años, en tanto los hechos se materializaron entre el año 2009 hasta el 04 de noviembre de 2010.

145 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, 2da. Ed., Palestra Editores, Lima, 2003.

146 ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, Reimpresión de la Tercera Edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 93.

No obstante, esta errónea regulación del artículo 426° también generó distorsiones por parte de los operadores de justicia. Así, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1315-2014 del 14 de marzo de 2016, acerca de peculado doloso, el Tribunal Supremo señaló en el apartado 2.14., que con la modificación posterior la pena de inhabilitación era de carácter accesoria, además que la fiscalía en la acusación escrita, así como en la requisitoria oral, únicamente solicitó que se impusiera la inhabilitación contenida en el numeral 2 del artículo 36; y que por favorabilidad, resultaba aplicable la modificación; en consecuencia, manifestaba que no correspondía inhabilitar al encausado por el numeral 1; que, por lo tanto, el exceso devenía en nulo.

El **Decreto Legislativo N° 1243** del 22 de octubre de 2016 modificó nuevamente la inhabilitación respecto a los delitos contra la Administración Pública. Los delitos de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión (artículo 384°), peculado doloso y culposo (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389°), cohecho pasivo propio (artículo 393°), soborno internacional pasivo (artículo 393°-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394°), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398°), aprovechamiento indebido del cargo o negociación incompatible (artículo 399°), tráfico de influencias (artículo 400°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°) fueron modificados en la Parte Especial **a fin de imponer de manera directa la pena de inhabilitación**. No obstante, esta incorporación resultaba innecesaria, ya que conforme se ha señalado, el **artículo 426°** ya establecía esta pena principal y conjunta para todos los delitos funcionariales. El tenor de la incorporación de esa consecuencia jurídica en cada uno de los tipos penales es: *“inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°*, salvo en los delitos de cohecho activo específico (artículo 398° segundo y tercer párrafo) y tráfico de influencias (artículo 400° primer párrafo) en los cuales también se incluye a la inhabilitación prevista en el artículo 36° numeral 4. La única justificación viable para dicha imposición de manera directa es que el legislador quiso establecer de manera clara y precisa su reproche en particular contra esta clase de delitos; y por el otro, evitar que el juzgador omita su imposición al no realizar la remisión penal al artículo 426° y evitar su imposición como

sanción principal y conjunta. Sobre el particular, resulta atinada la observación que formula Yarlequé Montero al decir que resulta importante uniformizar el catálogo de penas de nuestro ordenamiento jurídico penal en cada tipo legal. Sostiene que no es posible, pues, que exista tanta distorsión en esta pena limitativa de derechos¹⁴⁷.

Por lo demás, el **artículo 426°** también fue materia de modificación, al regularse que los delitos previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” y Capítulo III “Delitos contra la Administración de Justicia” del Título XVIII Delitos contra la Administración Pública que no contengan la inhabilitación como pena, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8, según corresponda, y el artículo 38°. Tal como se puede advertir, el legislador corrigió el texto anterior de la Ley N° 29758 y eliminó toda referencia a una inhabilitación accesoria.

4.2. Inhabilitación Accesoria

La inhabilitación de carácter accesoria no tiene existencia propia y sólo se aplica acompañando a una pena principal, que generalmente es privativa de la libertad. Se trata de una **pena complementaria** que se impone cuando el hecho cometido por el agente constituyó un abuso de autoridad, cargo, profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley¹⁴⁸. Por consiguiente, tal como señala López Barja de Quiroga el carácter **accesorio** de la pena implica que su imposición es facultativa, esto es, no es de imposición obligatoria¹⁴⁹.

Un caso ilustrativo de esta de inhabilitación lo constituye la sentencia recaída en el Exp. N° AV. 19-2001¹⁵⁰ del 7 de abril de 2009¹⁵¹. En aquella oportu-

147 YARLEQUÉ MONTERO, Jearsineo Ray. “Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243, que incorpora la inhabilitación perpetua”. En: Actualidad Penal, Número 31, Instituto Pacífico, Lima 2017, pp. 23-24.

148 En estos términos está regulado en el artículo 39° del Código Penal, y en el fundamento 7° del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116.

149 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 115.

150 También conocida como la sentencia “Barrios Altos - La Cantuta”.

151 La sentencia fue confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 30 de diciembre de 2009.

nidad, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció en el fundamento 767° que los delitos cometidos efectivizaron en su realización un abuso del poder funcional que ejercía el acusado, por lo que, conforme a lo regulado en el artículo 39° del Código Penal sería del caso imponer una inhabilitación accesoria. No obstante, advirtió que el Ministerio Público no solicitó la aplicación de la pena limitativa de derecho en la acusación ni en la requisitoria oral, por lo que, en consecuencia estricta de la garantía de defensa procesal, se limitó las facultades del Tribunal para que se imponga de oficio esta sanción.

Esta forma de regulación se encuentra en el propio grado de reproche y fines de la pena. En efecto, y tal como afirma en parte, Manzanarés Samaniego, esta pena limitativa de derechos es admisible como principal en ciertos delitos, bien desde el ángulo de la teoría absoluta del castigo, o sea como expiación, retribución o venganza, o bien desde la perspectiva de las teorías relativas y finalistas de la prevención general y especial, como el caso del funcionario público que delinque en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando actúan como **penas accesorias**, en tanto no guardan relación alguna con una especie delictiva determinada¹⁵² y por tanto, su aplicación es facultativa.

En este sentido, resultaba criticable que la **Ley N° 29758** del 21 de julio de 2011, haya modificado el artículo 426° del Código Penal, para darle a la inhabilitación el carácter de accesoria en delitos funcionariales contra la Administración Pública, defecto que fue corregido luego por el **Decreto Legislativo N° 1243** de fecha 22 de octubre de 2016, que también corrigió el mismo error que regulaba el artículo 398° sobre las modalidades de cohecho activo específico, y que antes de ésta le asignaba también el carácter de accesorio, siendo la naturaleza de la inhabilitación principal.

Con relación a la pena de inhabilitación accesoria, resulta importante la crítica que formula Mapelli Caffarena, quien llama la atención en el escaso interés que la ciencia penal moderna y la jurisprudencia prestan a estas **penas accesorias**. Al respecto, dice que sólo se encuentran trabajos monográficos y

152 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Las inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 176-228. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788182>. Consultado el 12/ENE/2019.

que los tratados se limitan, por lo general, al análisis positivo de las mismas. Agrega, que falta una reflexión crítica sobre la conveniencia de que sigan existiendo¹⁵³.

5. DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

[Control de Constitucionalidad en la Consulta del Expediente N° 17112-2017-LIMA de fecha 25 de setiembre de 2017, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente]

Un aspecto central y determinante acerca de la pena de inhabilitación lo constituye el tiempo de su duración. Conforme se ha establecido, el **texto original** del Código Penal de 1991 suprimió el carácter perpetuo de dicha pena limitativa de derechos, fijando como lo señala el artículo 38°, en **cinco** años el máximo de duración. La intención de suprimir el carácter perpetuo de la pena de inhabilitación respondió a diversos factores, entre ellos, que el sistema de sanciones se enmarca dentro de la lógica de un derecho penal respetuoso de principios y garantías constitucionales al cual se adscribe la Constitución Política del Estado¹⁵⁴. Por consiguiente, la pena no sólo tiene función preventiva y protectora sino también resocializadora. Es por ello, inclusive, que el texto primigenio *más allá de las reformas posteriores*, reguló como única pena privativa de libertad, la de carácter temporal, que se extendía de los dos días hasta veinticinco años. En igual lógica, la pena de inhabilitación dejó de ser perpetua o definitiva, caso contrario hubiera sido negar el fin resocializador que perseguía el artículo IX del Título Preliminar del Código

153 MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las Penas Accesorias o la Accesoriedad Punitiva” en *Revista de Estudios Penitenciarios. Homenaje a Profesor Francisco Bueno Arús*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Extra, 2006. p.61.

154 Conforme enseña el profesor Villavicencio Terreros, la Constitución de 1993 se inspira en un Estado Social y Democrática de Derecho. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 71. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Librería Jurídica Comlibros, 4ta. Edición, Bogotá, 2009, pp. 45 y ss. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Reforma Penal y Principios Reguladores del Control Penal”, en: *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 2009, pp. 247 y ss. VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, pp. 86 y ss. CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho Penal General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004. SERRANO-PIEDER-CASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, Presentación y anotaciones de Derecho Penal Peruano por el Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Editorial Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999, pp. 85 y ss.

Sustantivo¹⁵⁵. Rojas Vargas señala con acierto que la inhabilitación absoluta y perpetua comportaba o constituían lo que en la doctrina y la legislación histórica se denominó la muerte civil del penado¹⁵⁶, resultando absurdo, como afirma Prado Saldarriaga, pretender la reinserción social de una persona en tales condiciones¹⁵⁷.

Sin embargo, el artículo 38° fue modificado por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, que la incrementó hasta en **diez** años, salvo en los supuestos en que se había establecido que era **definitiva**. En efecto, la Ley N° 29106 del 18 de octubre de 2007 había fijado en el numeral 6 del artículo 36° una incapacidad **definitiva** para obtener licencia o certificación de la autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de la sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro años, que luego fuese modificado por la citada Ley N° 30076. Es más, el carácter definitivo de esta inhabilitación se fue ampliando cuando la Ley N° 29988 del 18 de enero de 2013, incorporó como un numeral 9, la incapacidad **definitiva** para las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley N° 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el numeral 2 del artículo 316° del Código Penal, por cualquier delito de violación de la libertad sexual del Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o delitos de tráfico de drogas, para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano que esté dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Inclusive este numeral 9 fue ampliado luego por la Ley N° 30901 del 29 de diciembre de 2018 para establecer la incapacidad **definitiva** para delitos de trata de personas, explotación sexual,

155 Por su parte, Rojas Vargas citando a Ferrando Mantovani señala que el fin preventivo especial de la inhabilitación no reside tanto en la reeducación, sino en la efectiva eliminación de aquellas condiciones que podrían permitir la reiteración en el delito. Citado a su vez por: SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Segunda Edición, Lima, 2011, p. 626.

156 Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Lima, 2011, p. 627.

157 Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Lima, 2011, p. 627.

esclavitud, homicidio simple, homicidio calificado, feminicidio, lesiones graves por violencia contra mujeres e integrantes del grupo familiar, entre otros. Aunado a ello, la aludida Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, también había regulado en el inciso 7 una suspensión, cancelación o incapacidad **definitiva** para obtener la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

Una modalidad de esta última inhabilitación fue introducida en el **artículo 398-B** del Código Penal, al ser incorporado por el Decreto Legislativo N° 1351, del 07 de enero de 2017. El citado dispositivo establece que en los supuestos del artículo 398-A (*cohecho activo en el ámbito de la función policial*), cuando el sujeto activo corrompa a un integrante de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que éstas 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°. Empero, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Consulta que recayera en el Expediente N° 17112-2017-LIMA, del 25 de setiembre de 2017, manifestó que la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, establecida en el artículo 398°-B priva y vulnera gravemente el derecho a trabajar libremente, y a su resocialización ante la sociedad, que tiene impacto en la propia dignidad de la persona humana. Por lo que de aplicar tal restricción de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir se puede considerar como una medida excesiva desproporcionada que afectaría también a su entorno más cercano y con grave afectación a derechos constitucionales. Por lo demás, el fundamento jurídico décimo tercero advierte que el artículo 398°-B del Código Penal, al establecer la cancelación o incapacidad definitiva, para obtener la autorización para conducir, afecta el derecho a trabajar libremente, así como el derecho al libre desarrollo, el bienestar y la protección de la familia, y otros vinculados, además colisiona con los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de resocialización del penado. Por lo que resulta, adecuado, proporcional y esencialmente igualitario, dice, la inaplicación de dicha norma en el caso que analiza.

Para poder arribar a dicha conclusión, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente recurre a los métodos de interpretación constitucional, como el **test de proporcionalidad**, referido a una antinomia entre los princi-

prios y los derechos constitucionales que subyacen tras la inhabilitación definitiva para poder obtener autorización para conducir prevista en el artículo 398°-B, aplicable al imputado, y los derechos bienes e intereses en torno al Estado como agraviado. Un desarrollo similar también había sido establecido ya en el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116 del 01 de junio de 2016, cuando refirió que el ordenamiento jurídico no sólo se fundamenta en la ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. En este sentido, señalaba que la labor 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 en el interior del sistema jurídico; esto es, de que sea conforme con la Constitución.

Pese a lo antes expuesto, el Decreto Legislativo N° 1243 de 22 de octubre de 2016, modificó una vez más el artículo 38° del Código Penal, y estableció el tiempo de duración de la inhabilitación de **cinco a veinte años** para determinados delitos funcionariales contra la Administración Pública, tal como se ha señalado, y la hizo **perpetua** para otros supuestos. Posteriormente, con el Decreto Legislativo N° 1367 del 29 de julio de 2018, el marco temporal de **cinco a veinte años** y de **carácter definitivo** se extendió para los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

5.1. Inhabilitación Perpetua

La característica principal de la política criminal del Estado peruano en los últimos años para **prevenir** los delitos funcionariales de infracción de deber o de abuso de posición privilegiada de dominio o poder ha sido incrementar el *quantum* punitivo de la pena de inhabilitación hasta límites máximos, incorporando inhabilitaciones definitivas. En efecto, lo que en principio constituyó la excepción justificada, ante la necesidad de dar un mejor ámbito de protección a determinados bienes jurídicos se convirtió de pronto en la regla general. Resulta interesante cuando Rodríguez Vásquez sostiene que la pena de “inhabilitación permanente” (siempre que no esté acompañada de pena privativa de la libertad efectiva) es el mecanismo más idóneo para prevenir la comisión futura de delitos graves de corrupción, a la vez de ser el mecanismo que evita el efecto negativo de una posible pena privativa de liber-

tad. Agrega que, por un lado, reduce drásticamente aquellas probabilidades de que el corrupto afecte nuevamente a la Administración Pública, a la vez que le ofrece un camino más estigmatizante y desocializador que la cárcel¹⁵⁸.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de la prevención general negativa, las penas indeterminadas no han cumplido con su finalidad disuasoria de evitar la comisión de delitos. Tal como señala Roxin, esta última ha sido desplazada por la prevención general positiva. Según la cual, la pena tiene la misión de demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa manera, reforzar la fidelidad jurídica de la ciudadanía. Incluso, expresa que para la teoría de los fines de la pena, la prevención general puede alcanzarse con métodos que son extrapenales (no solamente el control, sino también la pedagogía social o aseguramiento técnico de los objetos en peligro), de modo que la política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá que el propio Derecho¹⁵⁹.

Un claro ejemplo de ello, y haciendo un símil o comparación, es que el legislador nacional, en modificaciones sucesivas, introdujo a la pena privativa de libertad de cadena perpetua para varios delitos. Empero, esta decisión sobrecriminalizadora no ha disminuido los índices de criminalidad. Es más, los hechos punibles se han incrementado y son cada vez más violentos. En consecuencia, no puede atenderse un problema sistémico recurriendo al derecho penal, el cual perdería una vez más su carácter subsidiario¹⁶⁰. Asimismo, desde el punto de vista político, no resulta recomendable la incorporación de la pena de inhabilitación definitiva o perpetua, sobre todo en gobiernos democráticos como el nuestro, que vienen consolidándose luego de experiencias nefastas, las mismas que se caracterizaron por afectar los derechos y garantías fundamentales del ciudadano, más aún en casos relacionados a la participación política y a la Administración Pública del funcionario.

158 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, Principio de Resocialización y la Inhabilitación Permanente, Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. Disponible: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-6-11.pdf>. Consultado el 15/ENE/2019.

159 ROXIN, Claus, "Cambios en la teoría de los fines de la pena", en *La Teoría de Delito en la Discusión Actual*. Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, pp. 78-81.

160 Sobre el derecho penal como fuente de expectativas, ver: HASSEMER, Winfried, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?", en *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal* N° 1, Grijley, Lima, 2000, pp. 109-126.

Pese a lo expuesto, con el **Decreto Legislativo N° 1243** del 22 de octubre de 2016, el legislador incrementó la inhabilitación principal de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión simple y agravada (artículo 384), peculado doloso y culposo (artículo 387), peculado de uso (artículo 388), malversación (artículo 389), cohecho pasivo propio (artículo 393), soborno internacional pasivo (artículo 393-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394), cohecho pasivo específico (artículo 395), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo genérico (artículo 397°), cohecho activo transnacional (artículo 397°-A), cohecho activo específico (artículo 398), negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (artículo 399), tráfico de influencias (artículo 400) y enriquecimiento ilícito (artículo 401). Además, estableció la **inhabilitación perpetua**, siempre que el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, 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 que estén involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

Según Peña Cabrera Freyre, la llamada “**inhabilitación indeterminada**” supone privilegiar los intereses de la comunidad por los del penado, en tanto la defensa social frente a la corrupción ha implicado en casos extremos variar de contenido el fin preventivo especial de la pena¹⁶¹. Por su parte, Prado Saldarriaga manifiesta que las reformas introducidas por el citado Decreto Legislativo N° 1243, tenían una finalidad exclusivamente pragmática, cuál era la de servir para evitar que los condenados por delitos contra la Administración Pública pudieran retornar o ser nuevamente reclutados para el servicio del Estado, al cual habían defraudado y lesionado con anterioridad cuando ejercieron como funcionarios públicos¹⁶².

161 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La inhabilitación perpetua en los delitos funcionariales”, en *Actualidad Penal*. Número 36, Instituto Pacífico, Lima 2017, p. 45.

162 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “El Decreto Legislativo N° 1243 y la Pena de Inhabilitación”. En: *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, Marzo-Abril 2017, N°1, Ideas Solución Editorial, Lima 2017, p.199.

Posteriormente, el **Decreto Legislativo N° 1367** del 29 de julio de 2018, extendía también el *quantum* de la inhabilitación principal de cinco a veinte años, cuando se trataba de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal. Para estos casos también fijó una **inhabilitación perpetua** cuando el agente actúa como integrante de una organización criminal, persona vinculada o que actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. Además, estableció que en el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, relativo al lavado de activos, la inhabilitación también será **perpetua** cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

5.2. Inhabilitación Temporal

La Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, reformuló el artículo 38° del Código Penal regulando que la **inhabilitación principal** se extiende de seis meses a diez años, salvo en los casos que se estableció que es definitiva. Por otro lado, mediante la publicación de los **Decreto Legislativos N° 1243 y 1367**, se reguló un plazo de inhabilitación de cinco a veinte años para ciertos delitos contra la Administración Pública, lavado de activos, financiamiento de terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

Por su parte, el **artículo 39** establece que la pena de **inhabilitación accesoria** se extiende por igual tiempo que la pena principal, evidenciándose una problemática respecto al mandato de determinación (taxatividad) que exige la Constitución, ya que la alusión a pena principal podría implicar que se imponga el *quantum* de pena que generalmente se aplica a la pena privativa de libertad prevista también en el tipo penal o, que esta expresión haga referencia al marco de temporalidad previsto para la inhabilitación principal del artículo 38°, en este supuesto, de los seis meses a diez años, o de los cinco a veinte años, según corresponda.

Una problemática jurisprudencial derivada del párrafo precedente se advierte en la sentencia del 22 de enero de 2010, recaída en el Expediente N° 29-07 de La Libertad, en la cual se condenó al encausado como autor del

delito contra la Salud Pública - tráfico de drogas en perjuicio del Estado, a seis años de la pena privativa de libertad, ciento ochenta días - multa, e inhabilitación por el mismo término de la condena, esto es, seis años, lo cual era contradictorio a lo regulado en el artículo 38° del Código Penal, que en aquél entonces sólo preveía un máximo de pena de cinco años para la inhabilitación principal. Las mismas deficiencias también se presentaban cuando el artículo 314°, Capítulo III “Responsabilidad Funcional e Información Falsa”, Título XIII “Delitos Ambientales” sancionaba al funcionario público con una pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de uno a seis años conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4, cuando el máximo permitido por el artículo 38°, antes de modificarse por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, era sólo de cinco años.

Un problema similar se advirtió con el reubicado artículo 394-A (condicionamiento con finalidades de ventaja política y/o electoral). Tal dispositivo legal fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 27722 del 14 de mayo de 2002, y reprimía a aquél que valiéndose de su condición de funcionario o servidor público condicionaba la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con el fin de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. En este supuesto, la pena era privativa de libertad no menor de tres ni mayor seis años e inhabilitación por **igual tiempo a la condena** conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. Conforme se observa, el legislador también previó la inhabilitación principal para este delito por igual tiempo que la condena, sin tener en cuenta que esa pena limitativa de derecho forma parte de ésta. La única explicación lógica que podría darse al respecto, es que quiso sancionar al agente infractor, además, con inhabilitación por igual tiempo que la pena privativa de libertad. Sin embargo, reguló un límite máximo de seis años, que desnaturalizaba el tiempo máximo de lo estipulado en el artículo 38°. Ante ello, y luego de más de dos años, por Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, el legislador modificó y reubicó este delito en el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo II Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, Sección I “Abuso de Autoridad” como el artículo 376°-A (abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de los bienes y servicios), que sanciona al agente que valiéndose de su condición de funcionario o servidor público condiciona la distribución de

bienes y la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con el fin de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Tal como se observa, el legislador mantuvo el mismo supuesto de hecho delictivo, no obstante, le dio un giro distinto a la consecuencia jurídica, al establecer ahora una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36°. Es decir, suprimió el cuestionado término “**por igual tiempo a la condena**”. Sin embargo, esta última regulación resultaba innecesaria en tanto que el artículo 426° de aquél entonces reprimía a los delitos previstos en los Capítulos II y III del aludido Título, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2.

Ante la problemática detectada, los Jueces de la Corte Suprema de Justicia trataron de dar solución a esta disyuntiva cuando el fundamento jurídico 9° del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, estableció que el artículo 39° tenía que interpretarse sistemáticamente en función a la duración que se le asignaba a la inhabilitación principal en el artículo 38°. Por consiguiente, la inhabilitación accesoria con los cambios producidos no puede superar los diez o veinte años, según corresponda¹⁶³. Según nuestro entender, lo expuesto en dicho Acuerdo Plenario guarda coherencia con la Exposición de Motivos cuando señala que a diferencia de su antecesor¹⁶⁴, se suprime el carácter perpetuo de la inhabilitación y fija en cinco años el máximo de su duración (hoy de diez o veinte años, según corresponda).

6. MODOS DE IMPONER LA PENA DE INHABILITACIÓN

El Código Penal de 1991, junto a las inhabilitaciones descritas, incorporó también implícitamente una clasificación vinculada al modo de imposición,

163 De un criterio distinto, Rojas Vargas al señalar que es consecuencia de este régimen accesorio de inhabilitación el que dicha pena sea igual en tiempo que la pena principal, es decir, la pena privativa de libertad. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Reimpresión de la Tercera Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 93. Por su parte, Peña Cabrera Freyre dice que la pena accesoria, tal como lo establece el artículo 39° del Código Penal, se extiende por igual tiempo que la pena principal, es decir, la inhabilitación como pena accesoria puede extenderse por mayor tiempo a diferencia de la inhabilitación como pena principal, que tiene un máximo de cinco años. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal. Parte General, Teoría del Delito y de la Pena y las Consecuencias Jurídicas*, Editorial Rodhas, Lima, 2007, p. 973.

164 Entiéndase el Código Penal de 1924.

referida sobre todo a su conminación o no en el tipo penal, y respecto al contenido del derecho restringido. En efecto, en el supuesto de la inhabilitación principal del artículo 38° prevista como consecuencia jurídica en el mismo delito, su regulación comprende al derecho afectado por dicha pena limitativa de derechos, el cual está relacionado al hecho punible que cometió el condenado. Ello ocurre por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública, en los cuales al funcionario o servidor público se le inhabilita por los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°, según corresponda. Así se aprecia en los delitos de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), colusión simple y agravada (artículo 384°), peculado doloso tipo básico y formas agravadas (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), entre otros. O el mismo artículo 426° cuando establece que los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36°, según corresponda, y el artículo 38°.

Se trata, pues, de **inhabilitaciones específicas**, puesto que atendiendo a la propia naturaleza de esta pena limitativa de derecho y su imposición como sanción penal, debe existir una conexión entre el delito cometido y el ejercicio del derecho que se afecta. Así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento jurídico octavo del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la Pena de Inhabilitación”. Su regulación expresa constituye, pues, una garantía de seguridad jurídica para el justiciable y una claridad al juzgador al momento de su imposición. Por ello, resultaba redundante la modificación realizada por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, al artículo 426°, cuando el *nomen iuris* señalaba expresamente que se trataba de una **inhabilitación especial**, en tanto este mismo dispositivo regulaba de manera expresa los derechos restringidos al funcionario o servidor público. Por ello, atendiendo a la crítica formulada desde la doctrina¹⁶⁵, el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, suprimió dicho término.

165 YSHII MEZA, Luis Alejandro. La Pena de Inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública (A propósito de la modificación del artículo 426° del Código Penal por la Ley N° 29758 y los Proyectos de Ley en el Congreso de la República). En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima, 2013, pp. 416-420.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Código Penal vigente también reguló una suerte de **inhabilitación genérica** bajo tres supuestos: *primero*, en lo que corresponde a la pena de inhabilitación accesoria del artículo 39°, en tanto deja como potestad del órgano jurisdiccional la facultad de poder definir los derechos que son materia de restricción, pero atento, claro está, al catálogo de inhabilitaciones previstas en el artículo 36° y la conexión que debe existir entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado, caso contrario, sería afectar la propia naturaleza jurídica de esta pena. *Segundo*, con las reformas legislativas efectuadas en la Parte Especial. Un ejemplo de ello, lo constituye la Ley N° 30838 del 04 de agosto de 2018, que incorporó el artículo 184-A “Inhilitación” a los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público, al establecer que *“El juez impone como pena principal la inhilitación prevista en el artículo 36 del presente Código, según corresponda. (...)”*. O, en el delito feminicidio, en la modificatoria realizada con el Decreto Legislativo N° 1323 de 06 de enero de 2017, en la parte *in fine* de las circunstancias especiales agravadas, cuando establece que *“En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhilitación conforme al artículo 36.”* Sin embargo, la Ley N° 30819 del 13 de julio de 2018, volvió a modificarlo señalando que: *“En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhilitación conforme a los **numerales 5 y 11** del artículo 36 del presente Código”*. Tal como se aprecia, el legislador retornó a la fórmula de una inhilitación específica, que corresponde a la naturaleza del tratamiento de la inhilitación principal de la Parte Especial del Código Penal. Y, *tercero*, cuando la propia naturaleza de la inhilitación que regula el artículo 36° requiere una precisión judicial. Ello ocurre, por ejemplo en los numerales 3, 4 y 8. Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la Pena de Inhilitación” señala que el juez motivadamente debe identificar los derechos comprendidos por la inhilitación. Ello es así, puesto que el propio numeral 4, por ejemplo, prevé una incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de profesión, comercio, arte o industria, que se deben de **especificar** en la sentencia; o el numeral 3 establece la suspensión de los derechos políticos que **señale** la sentencia.

6.1. Inhabilitación Genérica

La presencia de inhabilitaciones genéricas en el Código Penal de 1991, constituye una técnica legislativa asociada a la pena de inhabilitación accesoria. Su presencia se justifica en tanto que dicha pena limitativa de derechos no corresponde al grado habitual en la comisión del delito y por tanto, corresponderá al fiscal solicitarla en los delitos de acción pública y al agraviado en los de acción privada. En atención a lo dispuesto en el artículo 39°, el legislador no quiso dejar de reprimir aquellos delitos que implicarán abuso de autoridad, cargo, profesión, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley, y que no estaban expresamente previstas en la Parte Especial o leyes penales especiales como sanción conminada.

La sentencia recaída en el Caso Barrios Altos - La Cantuta, Exp. N° AV. 19-2001 del día 07 de abril de 2009, con la cual se condenó al ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, es un claro ejemplo de ello. En aquella ocasión, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema había establecido en el fundamento 767° que los delitos cometidos efectivizaron en su realización un abuso del poder funcional que ejercía el encausado. Por lo que, conforme a lo regulado en el artículo 39° del Código Penal sería del caso imponer una inhabilitación accesoria. Sin embargo, advirtió que el Ministerio Público no solicitó la aplicación de esta pena limitativa de derechos en la acusación ni en la requisitoria oral, por lo que, en consecuencia estricta de la garantía de defensa procesal, precisó que se limitó las facultades del Tribunal para que se imponga de oficio esta sanción. En este caso en mención, de haberse aplicado la inhabilitación como accesoria, hubiera correspondido al Juez, previo requerimiento del Fiscal, imponer la restricción del derecho prevista en el artículo 36°, conforme al vínculo existente entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado.

Ahora bien, la técnica legislativa empleada en las últimas reformas vinculadas con el derecho penal, ha permitido advertir el empleo de inhabilitaciones genéricas en la conminación penal. Ello se verifica con la incorporación del artículo 184°-A “Inhabilitación” a los delitos de violación de la libertad sexual, el proxenetismo y las ofensas al pudor público, cuando refiere que el Juez Penal impone como pena principal la inhabilitación prevista en el

artículo 36°, según corresponda. Tal como se aprecia, corresponde al órgano jurisdiccional señalar el vínculo existente entre la infracción cometida y el derecho a restringirse. Sin embargo, esta última se trata de una excepción a la regulación de las inhabilitaciones específicas y que tampoco ha sido empleada en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Más bien, lo que ha sido materia de regulación en delitos contra la Administración Pública es el empleo de las inhabilitaciones genéricas previstas en los numerales 4 y 8 del artículo 36°. El Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, incorporó casi en todos los delitos cometidos por funcionarios públicos, como los de concusión (artículo 382°), cobro indebido (artículo 383°), la colusión simple y agravada (artículo 384), peculado doloso (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°), malversación (artículo 389°), soborno internacional pasivo (artículo 393°), entre otros, la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que corresponda al cargo, profesión u oficio de que se hubiere servido el agente para cometer el delito. Es decir, corresponde al juez establecer el vínculo existente entre el delito cometido y la restricción del derecho correspondiente. Igual situación se presenta en el artículo 426°, cuando se reprime al funcionario o servidor público con las inhabilitaciones de los numerales 4 y 8. Ahora bien, con relación al inciso 4, ésta también es empleada en los delitos de cohecho activo específico (2do. y 3er. Párrafo), que comprende como inhabilitación genérica, incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia.

Sin embargo, generalmente el juzgador aplica esta inhabilitación del numeral 4, privando de todos los derechos al condenado, sin especificar ni motivar el porqué de esta decisión, ni establecer el vínculo correspondiente entre el delito cometido y el derecho restringido. La sentencia recaída en la Causa N° MI-417-2006, del 7 de marzo de 2017, de la Sala Mixta Itinerante del Cusco, es un claro ejemplo de ello, cuando condena al acusado Felipe Luque Condori por delito de tráfico ilícito de drogas, entre otras penas, con las inhabilitaciones 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36°, haciendo una mera aplicación gramatical o literal de la ley penal.

6.2. Inhabilitación Específica

La presencia de la inhabilitación específica en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales especiales constituye la forma de regulación por excelencia de la inhabilitación principal del artículo 38°, en tanto consigna de manera expresa el derecho restringido del catálogo de inhabilitaciones del artículo 36°. Bajo este contexto, no existen las inhabilitaciones absolutas que en su momento reguló el Código Penal de 1924 (Código de Maúrtua), que implicaba la privación de todos los derechos, capacidades, cargos, empleos, profesiones, oficios, goces u honores enumerados en los incisos del artículo 27°.

En este sentido, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1637-2017-Cañete del 17 de enero de 2018, establece que las modalidades de la pena de inhabilitación requieren ser individualizadas en cada caso en concreto, pues a través de ella se suspende al sentenciado en el ejercicio de determinados derechos de los cuales abusó para cometer el delito acusado y juzgado.

Así, el artículo 426° establece en el 1er. párrafo que para los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, las inhabilitaciones aplicables son los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36°. Igual tratamiento se advierte en los artículos 111°, 117°, 121°-B, 122°-B, 124°, 141°, 142°, 144°, 153°-A, 155°, 157°, 160°, 162°, 167°, 169°, 183°-A, 200°, 209°, 211°, 213°-A, 222°, 223°, 225°, 229°, 237°, 243°, 243°-C, 247°, 258°, 259°, 260°, 274°, 274°-A, 279°-F, 294°-C, 296°, 296°-A, 297°, 300°, 303°-B, 307°-F, 312°, 314°, 316°, 317°, 318°, 318°-A, 320°, 323°, 324°, 353°, 360°, 361°, 364°, 368°-A, 368°-B, 368°-C, 368°-E, 369°, 371°, 376°-A, 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389°, 393°, 393°-A, 394°, 395°, 396°, 397°, 397°-A, 398°, 398°-B, 399°, 400°, 401°, 409°-B, 410°, 431°, 432° o 436°, donde la inhabilitación imponible se desprende del propio dispositivo legal.

En el caso de los delitos contra la Administración Pública, el tratamiento siempre ha sido uniforme, al regular que las inhabilitaciones aplicables son las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 36°. Esto es, la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; y una incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión que sea de carácter público, respectivamente. Tal

como se advierte, estamos ante casos de inhabilitaciones específicas que forman parte de la penalidad conminada que la infracción normativa contiene. Por consiguiente su imposición es obligatoria al tratarse de un supuesto de pena principal y conjunta, con las penas privativas de la libertad y multa.

7. CÓMPUTO Y EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

El cómputo de la inhabilitación en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre de manera paralela a las otras sanciones. Por tanto, no cabe aceptar que el cómputo recién se inicie una vez cumplida la pena privativa de la libertad¹⁶⁶ o se establezcan supuestos diferentes. En tal sentido, se ha pronunciado el fundamento jurídico 9° del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116. El tratamiento resulta lógico en cuanto el cumplimiento de una sanción no puede ser posterior, caso contrario, implicaría un castigo muy excesivo y desproporcionado para el condenado, pues, aunque de naturaleza distinta, sería hacer efectiva una pena luego de cumplida otra sanción.

Un entendimiento distinto podría originar, inclusive, en caso de los funcionarios públicos, que el agente sea acreedor de una pena privativa de libertad suspendida (en los delitos que no están prohibidos por el artículo 57°) o convertida, y que al no ser inhabilitado de modo inmediato pueda seguir ejerciendo el cargo público o postulando a uno nuevo. Al respecto, resulta ilustrativa la Ejecutoria Suprema que recayó en el Recurso de Nulidad N° 1446-2007 de fecha 26 de junio del 2007, que reformando la sentencia expedida en la Causa N° MI 417-2006-Cusco, del 7 de marzo de 2007, impuso el cumplimiento de la pena de inhabilitación durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no después de la condena como se había señalado primigeniamente.

Ahora bien, la única excepción a esta regla lo constituye el Decreto Ley N° 25475 “Ley de Terrorismo”, que en su artículo 5° refiere que los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella, son reprimidos con pena privativa de libertad no menor de veinte años e **inhabilitación posterior** por el término que establezca la sentencia. Si bien los

166 Del mismo criterio: SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Segunda Edición, Grijley, Lima, 2011, p. 631.

delitos de terrorismo constituyen conductas aberrantes que deben ser reprimidas con mayor severidad, el legislador deformó el tratamiento que existe respecto a la pena de inhabilitación.

A mayor abundamiento, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema se pronunció en el Recurso de Apelación del 04 de mayo de 2010, que recayó en el Expediente N°07-2007, y corrigiendo la sentencia del 7 de octubre de 2009, emitida por la Vocalía de Instrucción, expresó que la inhabilitación sólo empieza a correr **desde la fecha de emisión de la sentencia condenatoria**, esto es, desde el 7 de octubre del 2009, y no desde el 7 de junio del 2007, como erróneamente se consignó. Esta decisión recurrida tomó como inicio de cómputo la Resolución Legislativa emitida por el Congreso de la República que estableció que había lugar de formación de causa contra la congresista investigada, lo cual no es correcto.

Otro tema a dilucidar lo constituye también el inicio de la **ejecución** de esta pena. Es decir, si tiene aplicación de manera inmediata con el primer fallo emitido por el órgano de justicia, o si es de esperar que la sentencia que se recurre (de ser el caso) adquiera firmeza. Esto, como consecuencia de la vigencia dos Códigos que se aplican de manera paralela y que regulan el proceso penal peruano: el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 2004¹⁶⁷. Frente a ello, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitieron el Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, referido a la *“Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio”*.

El aludido Acuerdo Plenario precisó que el Código de Procedimientos admite de modo expreso en el artículo 330, el **sistema de ejecución inmediata o provisional** de la sentencia condenatoria, razón por la cual no es necesario esperar la firmeza del fallo que imponga la pena de inhabilitación para que comience a ejecutarse. En tanto, que en el Código Procesal Penal predomina el **sistema suspensivo**, artículo 402.1, para las penas de multa o limitativas de derechos (entre las que se encuentra la inhabilitación). Por tanto, en estos supuestos, dicha pena no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Su importancia ha sido desatada, inclusive, al hacerse referencia

167 También, en temas puntuales, el Código Procesal Penal de 1991.

en algunas compilaciones jurisprudenciales, como la realizada por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP¹⁶⁸.

Al respecto, un problema operativo se presentó en el Exp. N° 04-2001-Reservado, cuando la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima condenó el 16 de octubre de 2012, a una congresista como cómplice secundaria del delito contra Administración Pública - enriquecimiento ilícito (texto original del artículo 401° del Código Penal), a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Asimismo, le impuso una pena de inhabilitación por el término de tres años, conforme al artículo 36°, inciso 2 del Código Penal¹⁶⁹. Este caso resultó por demás interesante, ya que el juzgamiento se realizó bajo los alcances del Código de Procedimientos Penales de 1940. Sin embargo, la Ley N° 29648 del 1 de enero del 2011, había establecido ya la vigencia del Código Procesal Penal de 2004 para todos los Distritos Judiciales del país, a partir del 01 de junio de 2011, en lo que atañe a delitos cometidos por funcionarios públicos.

168 RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y otros, Compendio Jurisprudencial Sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP, Lima, 2014, p. 97.

169 La inhabilitación incapacita a la condenada para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

CAPÍTULO III:

REFORMAS LEGISLATIVAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN LA PENA DE MULTA

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos del Capítulo II del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública” tuvieron una reforma legislativa significativa cuando la Ley N° 30111, publicada en el diario oficial El Peruano, el 26 de noviembre de 2013, incorporó la **pena de multa** en los artículos 382° (concusión), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 388° (peculado de uso), 389° (malversación), 393° (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° (cohecho pasivo impropio), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 397° (cohecho activo genérico), 397-A (cohecho activo transnacional), 398 (cohecho activo específico), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400° (tráfico de influencias) y 401° (enriquecimiento ilícito).

El antecedente inmediato de la Ley N° 30111, lo encontramos en el **Proyecto de Ley N° 2470/2012-PE**, presentado por el Poder Ejecutivo el 16 de julio de 2013. La Exposición de Motivos de la Ley planteaba la necesidad de incorporar la pena de multa basada en que se trataba de una respuesta punitiva adecuada para aquellas figuras delictivas que atentaban contra la Adminis-

tración Pública, teniendo como referencia los **estándares internacionales** y la tendencia de **legislaciones penales comparadas**.

En efecto, conforme a los **instrumentos internacionales** tomó como fundamento la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 30° numeral 1), la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo 2° numeral 1) y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros y el Desarrollo Económico (OCDE) (artículo 3° incisos 1 y 3), así como el acápite 23 de sus Comentarios. En tal sentido, el Proyecto señalaba que la corrupción es uno de los más peligrosos y lesivos fenómenos que enfrenta la sociedad actual, que sus efectos perniciosos socavan las instituciones y los valores de la democracia, ética y justicia, lo cual amerita la máxima atención de las agencias de persecución penal, tanto en un plano preventivo, como también represivo.

En cuanto a la **legislación comparada** señaló que diversas legislaciones penales, con la finalidad de cumplir con los tratados y convenios internacionales, habían incorporado la pena de multa en los principales delitos de corrupción. Así, hacía referencia a los Códigos Penales de **Bolivia** que la regula en delitos de peculado, el peculado culposo, la malversación, el cohecho pasivo propio, el uso indebido de influencias, negociación incompatible y cohecho activo (artículos 142° al 146°, 150° y 158°) y la Ley 004 del 31 de marzo de 2010; **Brasil** que la tiene prevista en los delitos de peculado, concusión, corrupción pasiva, tráfico de influencias, corrupción activa, corrupción activa en transacción comercial internacional, así como el tráfico de influencias en transacción comercial internacional (artículos 312°, 316°, 317°, 332°, 333°, 337°-B y 337°-C); **Chile** que la reprime en delitos de peculado, cohecho, tráfico de influencias, así como negociación incompatible (artículos 233°, 240°, 248° y 248° bis); **Colombia** que la contiene en los delitos de peculado por apropiación, peculado culposo, concusión, cohecho propio, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito (artículos 397°, 400°, 404°, 405°, 411° y 412°); **España** que la reprime en delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, negociaciones incompatibles y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículos 419°, 428°, 432°, 439° y 445°); **Uruguay** que la contiene en los delitos de concusión, cohecho simple, cohecho calificado y negociación incompatible (artículos 156°, 157°, 158° y 161°); y **México** que la regula en los delitos de concusión, tráfico de influencias, cohe-

cho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y el enriquecimiento ilícito (artículos 218°, 221°, 222°, 223° y 224°).

Ahora bien, la incorporación de la **pena de multa** en estos delitos funcionariales planteaba dos escalas diferenciadas en atención a la gravedad la conducta. Para los **tipos básicos** el marco punitivo se extendía desde los **180 a 365 días - multa**, caso de los artículos 382° (concusión), 384° (colusión simple), 387° (peculado doloso), 388 (peculado de uso), 389 (malversación), 393 (cohecho pasivo propio), 394 (cohecho pasivo impropio), 396 (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) y 400° (tráfico de influencias), respetando así el rango previsto en el artículo 42° del Código Penal que regulaba que la pena de multa se extenderá de un **mínimo de 10 días-multa a un máximo de 365 días-multa**. En cambio, para **circunstancias especiales agravantes y otros delitos** que estimaba de mayor gravedad, previó un *quantum* que se extendía generalmente de los **365 a 730 días-multa**, tal como se aprecia de los artículos 384° (colusión agravada), 387° 2do. y 3er. Párrafo (peculado doloso agravado), 389° 2do. Párrafo (malversación agravada), 393° 2do. y 3er. Párrafo (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° 2do. Párrafo (cohecho pasivo impropio), 397° (cohecho activo genérico), 397-A (cohecho activo transnacional), 398 (cohecho activo específico), 400° 2do. Párrafo (tráfico de influencias) y 401° (enriquecimiento ilícito). Para esta última escala de pena utilizó la cláusula abierta de la parte *in fine* del artículo 42° “**salvo disposición distinta de la ley**” cuya regulación no compartimos y las razones las explicamos más adelante.

El **Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos** de fecha 03 de setiembre de 2013, que recayera en el citado Proyecto de Ley N° 2470/2012-PE, mediante el cual se proponía la incorporación de la pena de multa en los delitos de corrupción de funcionarios, reprodujo casi en su totalidad la citada propuesta legislativa tanto en sus fundamentos como en la redacción de los tipos penales. No obstante, realizó dos modificaciones importantes que terminó deformando los artículos 387 4to. Párrafo (**peculado culposo**) y 389 2do. Párrafo (**malversación agravada**).

Con relación al **artículo 387° 4to. Párrafo**, el dictamen planteó la necesidad de extender la pena de multa al **peculado culposo**. El sustento se basó

principalmente en que esta figura era igualmente reprochable por el actuar imprudente así como negligente del funcionario o servidor público con los bienes jurídicos a su cargo; y bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción penal fijó como consecuencia jurídica del delito **150 a 230 días-multa**, que finalmente fue el texto que se aprobó por la Ley N° 30111.

No obstante ello, la crítica más severa que se puede plantear a la modificatoria del **peculado culposo** no está referida a la multa, sino más bien a la sanción penal del tipo base cuando establece que 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 no mayor de 02 años “y” con prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas. Conforme se puede advertir, el legislador reguló un contrasentido al establecer como **penas principales y conjuntas** una pena privativa de libertad de corta duración y a la vez una medida alternativa a ésta como es la prestación de servicios comunitarios, pudiendo presentarse un absurdo que el condenado esté cumpliendo pena efectiva por el delito de peculado culposo y que a la vez por el mismo delito tenga que cumplir (estando en cárcel) una prestación de servicios comunitarios que, conforme a los artículos 34.1 y 34.2 del Código Penal, se trata de trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, que sean públicos; o en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. Ahora bien, la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016 al artículo 387° mantuvo esta deficiencia advertida, que más bien parece ser un error en la transcripción de la fórmula legislativa, en tanto no fue advertida por el Proyecto de Ley, además que el Dictamen tampoco sustenta tal modificación. Aunado a ello, el tratamiento de estas sanciones penales siempre obedeció a **penas alternativas**, conforme se tiene del texto original del Código Penal y los cambios que sufrió el artículo 387° 4to. Párrafo (peculado culposo) con la Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993; la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011; y la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Igual tratamiento tiene otro delito funcional, como el artículo 385° (patrocinio ilegal)

En lo que corresponde al artículo 389° 2do. Párrafo (**malversación agravada**), el legislador reguló sólo una **pena tasada de 365 días-multa**, que no fue la fórmula que propusiera el Proyecto. En efecto, en este último se decía que si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público

corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando así el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de 03 ni mayor de 08 años y con **365 a 730 días-multa**. Tal como se advierte, el marco punitivo tenía un inicio y un fin. Esta deficiencia advertida, fue corregida por el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, cuando estableció el rango previsto en el Proyecto y en los tipos penales que presentaban este *quantum* de sanción.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, habría que señalar que la regulación de la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos no era reciente a partir de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Los delitos previstos en los artículos 377° (omisión, rehusamiento o demora de los actos funcionales), 381° (nombramiento o aceptación ilegal) y 395° (cohecho pasivo específico), por ejemplo, ya contenían a esta sanción pecuniaria. Al respecto, el **delito de omisión**, rehusamiento o demora de **actos funcionales** sancionaba en su versión original al funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, con pena privativa de libertad no mayor de 02 años y con **30 a 60 días-multa** y cuya sanción pecuniaria se ha mantenido, inclusive con la modificatoria realizada por la Ley N° 30364 del 23 de noviembre de 2015. Por su parte, el **delito de nombramiento o aceptación ilegal** siempre mantuvo una única redacción reprimiendo al funcionario público que hace un nombramiento para el cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, con **60 a 120 días-multa**, y con igual sanción pecuniaria al que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales. En tanto que el **delito de cohecho pasivo específico** reguló a partir del Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, que el Juez, Arbitro, Fiscal, miembro del Tribunal Administrativo, Perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que lo hacen con el fin de influir en una decisión de un asunto sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 15 años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36° del Código Penal y con **180 a 365 días-multa**. Posteriormente, este dispositivo legal tuvo una serie de cambios pero que no afectaron la regulación de la pena de multa, conforme se advierte de la Ley N° 26572 del 05 de enero de 1996; la Ley N° 26643 del 26 de junio de 1996; y la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004.

Ahora bien, la incorporación de la multa en delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos debe guardar correlación con la aplicación de los operadores del Sistema de Justicia. Su tratamiento a nivel jurisprudencial no ha sido el más acorde en atención a lo dispuesto por su propia naturaleza como pena pecuniaria ni tampoco a su regulación de los artículos 41° al 44° y 56° del Código Penal. En efecto, tal como enseña el profesor Prado Saldarriaga, la aplicación judicial de la pena de multa ha evidenciado históricamente frecuentes distorsiones u omisiones que no han sido superadas hasta la actualidad. Al respecto, señala que la judicatura nacional no ha logrado aún internalizar, de modo técnico y suficiente, la estructura y operatividad del sistema escandinavo de días-multa que fue elegido por parte del legislador peruano para la determinación judicial de esta sanción pecuniaria. Así, resalta que las manifestaciones más frecuentes son la imperfecta y parcial determinación del monto dinerario de multa; el uso generalizado del excepcional criterio porcentual previsto en el artículo 43° del Código Penal; el tratamiento erróneo de las multa como si fuera una pena accesoria; la omisión frecuente de la pena de multa en delitos que son sancionados con penas conjuntas; la imposición de penas de multa en un régimen de reserva del fallo condenatorio; aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a la multa; y un marcado desinterés por aplicar las diferentes opciones de conversión y sustitución que el Código Penal regula en torno a esta sanción pecuniaria¹⁷⁰.

1. LA MULTA EN EL SISTEMA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

El Código Penal de 1991 y las leyes penales especiales regulan la multa como una **pena** dentro del sistema de sanciones pero también como **consecuencia accesoria** aplicable a las personas jurídicas. Su relevancia en el ámbito represivo actual ha quedado evidenciado cuando la Ley N° 30424 de fecha 21 de octubre de 2018, la incorporó en el artículo 6° como **medida administrativa** aplicable a las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, y que posteriormente se fuera ampliando a otros tipos penales.

170 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*, Ideas Solución Editorial, Lima 2018, p. 132-133.

Su incorporación como **pena** data desde los Códigos Penales que antecedieron al de 1991, y conforme lo señalaba ya Hurtado Pozo en un trabajo publicado en 1993, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, la multa se ha convertido, junto a la pena privativa de libertad, en uno de los pilares del sistema punitivo. Si uno mira el panorama actual de la represión penal, razón no le falta, puesto que las últimas reformas legislativas han incluido a esta sanción pecuniaria como pena principal y conjunta en delitos contra el medio ambiente, minería ilegal, lavado de activos y claro está, contra la Administración Pública, como el ocurrido por Ley N° 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013. Según el destacado profesor sanmarquino, esta situación era el resultado de una larga evolución tendiente a humanizar, hacer más eficaz y menos dañina la represión penal. En tal sentido, refería que dos factores favorecieron el cambio fundamental de la política criminal: *primero*, el desarrollo económico y, *segundo*, el rechazo de las penas privativas de corta duración. No obstante, refiere que estos cambios estaban destinados a la realidad socio-cultural de Europa y que en países subdesarrollados han permanecido como letra muerta. Al respecto, señalaba que la recepción no ha superado la etapa del acto legislativo y esto debido a que su aplicación ha sido impedida por la realidad social¹⁷¹.

Por otro lado, su tratamiento como **consecuencia accesorio** aplicable a personas jurídicas en el Código Penal, se dio recién a partir del Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero de 2017. El objeto de la norma fue modificar el aludido Código sustantivo con el fin de mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales para contribuir a la mejora de la tutela penal de la integridad personal, así como el patrimonio y la correcta Administración Pública, entre otros. Es más, la breve Exposición de Motivos señalaba que era necesario realizar ajustes normativos que fortalezcan la censura penal de algunas circunstancias conflictivas que atentaban gravemente al bienestar de las personas y la convivencia social, para lo cual, era necesario generar nuevos espacios de sanción penal, pero siempre respetando su carácter excepcional. No obstante, su presencia en el ordenamiento jurídico penal, como tal, ya se advertían del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106, De-

171 HURTADO POZO, José, El Sistema de Control Penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales, Instituto Pacífico, Lima 2016, pp. 931-956.

creto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y al Crimen Organizado, de 19 de abril de 2012; y del artículo 23° de la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado del 20 de agosto de 2013. La razón de su inclusión era evidente, la multa constituía un mecanismo necesario para reprimir a las personas jurídicas involucradas en la comisión de un hecho delictivo, pero sobre todo de aquellas relacionadas al crimen organizado y al lavado de activos.

Posteriormente, la Ley N° 30424 de fecha 21 de octubre de 2018, la incorporó en el artículo 6° como una **medida administrativa** aplicable a las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional; y que luego se fuera ampliando a otros tipos penales con el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2007, tales como los artículos 397°-A (cohecho activo transnacional) y 398° (cohecho activo específico) del Código Penal, los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; y el artículo 4°-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los Delitos de Terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio. Así como la Ley N° 30835 del 02 de agosto de 2018, que volvió a ampliarla para los delitos regulados en los artículos 384° (colusión simple y agravada) y 400° (tráfico de influencias).

2. LA MULTA COMO PENA

La multa es una **sanción pecuniaria** que atenta directamente contra la capacidad económica del condenado. Según Manzanares Samaniego, el origen de la multa se halla en el derecho romano y responde a la idea de multiplicación, en el sentido del aumento de los pagos a cumplir en función de las nuevas desobediencias. Por entonces era aplicada como pena básica pero con el tiempo fue sustituida por las penas corporales, para finalmente acabar ocupando su puesto de privilegio la pena privativa de libertad¹⁷². Sanz Mulas refiere que comenzada la crisis de la prisión, el Movimiento Internacional de Reforma de la Legislación Penal se plantea como necesidad revitalizar la

172 Citado por SANZ MULAS, Nieves, Alternativas a la Pena Privativa de Libertad, Colex, Madrid 2000, p. 318.

pena de multa como auténtica alternativa de la prisión, y no solo para los delitos de escasa importancia sino también para los de mediana gravedad¹⁷³. Al respecto, Roxin señalaba que la política criminal contemporánea adjudica a la multa cada vez mayor importancia, especialmente como sustitutivo de las penas cortas privativas de la libertad, proceso que se ha intensificado como consecuencia de la crisis que padece la pena de prisión¹⁷⁴. En este sentido, López Pérez, siguiendo a Gracia Martín, Boldovar Pasamar y Alastuey Dobon, señala que el patrimonio también puede ser objeto de una pena, que aquellas que tienen incidencia sobre el patrimonio, se denominan “penas patrimoniales”, pero cuando se imponen y deben satisfacerse en “dinero”, se trata de una subespecie que se denominan “penas pecuniarias”¹⁷⁵.

Su presencia en la legislación penal peruana, ha sido regulada en el catálogo de sanciones que prevé el artículo 28°. Sin embargo, conforme manifiesta el profesor Hurtado Pozo, sus antecedentes se remontan al Código Penal de 1863, en el que era considerada tanto pena grave como leve (artículo 23°). Aquí, la regulación de la multa y su dominio de aplicación era bastante incompleta, pues el nivel teórico no fue debidamente estudiado o discutido. Además, refiere que los autores del Proyecto de Código Penal de 1924, señalaron que la principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que traía cuando se imponía el pago de cantidades determinadas a personas de diferente condición económica. Asevera que para combatir dichos defectos de la multa tradicional se recurrió al modelo de los días-multa y que el Juez pueda conceder un plazo para el pago o disponer su cancelación por partes. No obstante ello, señala que este sistema nunca ha sido realmente comprendido por los encargados de administrar justicia. Finalmente, dice que el Código Penal de 1991 ha perfeccionado la regulación legal de la pena de multa, pero que no se ha tomado, en la práctica, las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación; que siguiendo las normas del Código Penal

173 SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*, Colex, Madrid 2000, p. 318.

174 Citado por RIGHI, Esteban, *Teoría de la Pena*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 2001, p. 175.

175 LÓPEZ PÉREZ, Luis, *Acerca de la Pena de Multa*. El presente artículo se encuentra disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca_de_la_Pena_de_Multa.pdf. Consultado el 28/ENE/2019.

Tipo para Latinoamérica (artículos 45°, 48° y 80°), el legislador ha precisado el sistema de días-multa, ampliado su aplicación y, en cierta medida, flexibilizando tanto su ejecución como conversión en caso de no cancelación¹⁷⁶.

Ahora bien, desde el **efecto preventivo general y especial** de la pena de multa puedan advertirse varias posiciones. Para algunos autores como López Barja de Quiroga es resocializadora cuando no se impone junto a una pena privativa de la libertad, en el sentido que no separa al condenado de su entorno social. Esto es, el condenado permanece junto a su familia, pudiendo realizar su trabajo, ejercer su profesión, etc.¹⁷⁷. Por otra parte, Jescheck y Weigend, haciendo referencia a una visión en conjunto, señalan que el autor que es sancionado con una pena de multa es claramente menos reincidente que aquél otro al que se le impone una pena de prisión o que, incluso, debe cumplir con ésta¹⁷⁸. No obstante ello, García Caveró refiere que si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En tal sentido, y haciendo mención a la criminalidad de empresa, señala que diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que se trasladan a los consumidores, perdiendo de esta manera todo efecto preventivo frente a la empresa. Es más, afirma que las empresas recurren con mayor frecuencia a los directivos de banquillo, es decir, personas que son incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de que asuman plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa¹⁷⁹.

Actualmente, *la multa ha experimentado un cambio radical importante*, en tanto aparece asociada como una **pena principal y conjunta** a la pena privativa de la libertad y de inhabilitación, tal como se evidencia en los delitos

176 HURTADO POZO, José, El Sistema de Control Penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales, Instituto Pacífico, Lima 2016, pp. 931-956.

177 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2004, p. 227.

178 JESCHECK, Hans-Heinrich y otro, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen II, 5ta. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2014, pp. 1149-1150.

179 GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2008, p. 695.

cometidos por funcionarios y servidores públicos del Capítulo II del Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, artículos 382° (conculsión), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 388° (peculado de uso), 389° (malversación), 393° (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397° (cohecho activo genérico), 397°-A (cohecho activo transnacional), 398° (cohecho activo específico), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400° (tráfico de influencias) y 401° (enriquecimiento ilícito); pero también para los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, corrupción en el ámbito privado, etc. **Tal como se observa, el legislador penal nacional ha considerado necesaria su inclusión como pena principal basada sobre todo, en delitos que se encuentran asociados a la afectación del orden económico o del erario del Estado, o en figuras penales que implican la presencia de sumas de dineros.**

No obstante, su aplicación como sanción penal ha generado disfuncionalidad en el Sistema de Justicia, haciendo casi inviable que el Estado pueda cobrar dicha acreencia como destinatario de esta **suma de dinero** que regula el artículo 41° del Código Penal. En efecto, el citado dispositivo legal señala que la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. Además, que el importe del día-multa resulta equivalente al ingreso promedio del condenado y que se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneración y nivel de gasto, así como otros signos exteriores de riqueza, que evidencian la capacidad económica del condenado.

El tratamiento judicial de la pena de multa evidencia problemas de entendimiento en el proceso de su determinación, más aún con un nuevo sistema de imposición de penas instaurado en el artículo 45°-A del Código Penal, a través de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013. Así, existe una percepción equivocada al creer que la pena de multa debe establecerse en “días-multa”. Además, se cuestiona que las últimas reformas legislativas, como la ocurrida con la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, consignent un marco punitivo superior al que se establece en el artículo 42°, al utilizar una cláusula abierta que hace mención a un *“salvo disposición distinta de la ley”*. Ello se advierte, de manera notoria, en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, en el que el *quantum* punitivo se extiende generalmente

de 180 a 365 días-multa, y las circunstancias especiales van desde los 365 a 730 días-multa. Aunado a ello, existe una dificultad en el entendimiento de la fijación del importe del día-multa que regula el artículo 42°, que expresa que es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos de riqueza; hasta el uso del criterio porcentual excesivo al que hace alusión el artículo 43°.

Así por ejemplo, la Ejecutoria Suprema del 30 de abril de 2018, que re-cayera en el Recurso de Apelación N° 24-2017-Cusco, confirma la sentencia de la primera instancia, del 10 de octubre de 2017, emitida por la Sala Mixta Descentralizada de La Convención, en cuanto condenó a Raúl Luque Machaca como el autor del delito de cohecho pasivo específico (artículo 395°, 2do. Párrafo del Código Penal) en agravio del Estado, entre otros, a 365 días-multa. Al respecto, resulta imposible hacer efectiva la acreencia de la pena de multa a favor del Estado, en tanto no se fijó el importe dinerario diario a pagar, ni mucho menos se determinó la suma de dinero total.

Otro caso, se tiene cuando el Juzgado Supremo de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución del día 26 de febrero de 2015, recaída en los Asuntos Varios N° 05-02, resolvió el petitorio del condenado Waldo Enrique Ríos Salcedo, quien solicitó la rehabilitación de la condena que le impuso la Sala Penal Especial. Sobre el particular, dijo en el fundamento primero, que el órgano jurisdiccional lo sentenció con fecha 03 de junio de 2008, por los delitos contra la Administración Pública - cohecho pasivo impropio; así como por el delito contra el Patrimonio - receptación, en agravio del Estado, imponiéndole entre otros, 90 días-multa que debía pagar a favor del Estado. No obstante, manifiesta en el fundamento jurídico segundo, que la Primera Sala Penal Transitoria la integró y precisó que el pago de los 90 días-multa era a razón del 25% de su ingreso diario. Tal como se aprecia, ninguno de los dos órganos colegiados determinó la **suma de dinero** que reclama como pena de multa el artículo 41° del Código Penal. Como consecuencia de ello, el fundamento jurídico quinto precisa que de la revisión del expediente se tiene que el penado no cumplió con hacer efectivo este pago, pero que por el transcurso del tiempo la pena ya se encontraba prescrita. Por lo tanto, declaró procedente la rehabilitación del sentenciado, sin que haya cumplido el pago de la pena de multa a favor del Estado.

Otra consecuencia inmediata de los problemas detectados se avizora en el tiempo y forma de pago de la pena de multa, que generalmente debe ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia, conforme al artículo 42°. Sin embargo, ello no se cumple, e inclusive ni siquiera se solicita la posibilidad que el Juez, a pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, permita que este pago se efectúe en cuotas mensuales, originando así que no se cumpla con la sanción penal prevista en la ley y que el Estado no pueda hacer efectiva esta acreencia dineraria.

2.1. Concepto de Pena de Multa

El primer párrafo del artículo 41° señala que la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. De lo expuesto deben extraerse tres ideas fundamentales. *Primera*, que la multa en una **sanción penal** en atención a las clases de penas previstas en el artículo 28°. Lo cual implica una consecuencia jurídica del delito que se impone al encausado en una sentencia condenatoria debidamente motivada en la que su culpabilidad quedó acreditada. *Segunda*, que la multa como tal consiste en una **suma de dinero**. Por consiguiente, la determinación judicial de la pena que realiza el órgano jurisdiccional debe arribar a una cantidad monetaria expresada en soles. No cabe, pues, otro resultado distinto. *Tercera*, el **acreedor** del monto dinerario es **el Estado**. En tal sentido, la multa no tiene como destinatario al agraviado, a quien finalmente le corresponde lo que fije el órgano jurisdiccional como reparación civil. Por lo tanto, multa y reparación civil constituyen dos consecuencias jurídicas distintas, una penal y la otra civil.

Sobre esto último, Reátegui Sánchez advierte que es importante no confundir la pena de multa con la reparación civil. Si bien ambas pueden implicar el pago de una suma de dinero, se distinguen nítidamente. Así, señala que la pena de multa se impone a consecuencia de un delito (es una sanción penal); la reparación civil a consecuencia de un daño (es una sanción civil). Asimismo, refiere que la pena de multa se paga a favor del tesoro público; en tanto que la reparación civil a favor del agraviado del daños. Además, expresa que la pena de multa se fija tomando como referencia los ingresos del condenado; en cambio, la reparación civil se cuantifica con base en los daños económicos y/o personales derivados del hecho ilícito¹⁸⁰.

180 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen 3, Ediciones Legales, Lima 2016, pp. 2203-2204.

2.2. Sistemas aplicables para su Imposición Judicial

Para la imposición judicial de la pena de multa, se han venido desarrollado en la legislación penal comparada, diversos sistemas de determinación que se centran principalmente en la capacidad patrimonial del condenado y en la proporción que debe guardar con el grado de injusto y la culpabilidad del agente, al ser ésta una consecuencia jurídica del delito.

Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que existen diferentes **sistemas de regulación** de la multa, que pueden sintetizarse en tres: el de la *suma total*, el del *tiempo o plazo de multa* y el del *día multa*. El *primero*, el de la **suma total**, según el cual el Juez condena a una cantidad concreta, o sea, un monto global que resulta de la conjugación de dos factores: la gravedad del delito y la situación económica que detenta el condenado. El *segundo*, el del **tiempo o plazo de multa**, donde el Juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo penal o porción, teniendo en cuenta la capacidad económica del condenado, de manera que le queda una cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. Aquí la multa no se paga de una vez, sino a lo largo de cierto tiempo, en plazos fijos según sus ingresos. Y, el *tercero*, el de los **días-multa** o **días de multa**, en el que se determina la importancia o la gravedad de la multa no por una suma de dinero, sino por un número de días, según la gravedad del delito. En él, cada día equivale a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica que tiene el condenado¹⁸¹.

Por su parte, el profesor Prado Saldarriaga manifiesta que el importe dinerario constituye el principal indicador de la mayor o menor extensión y gravedad de la multa, y que para determinar dicho importe se han diseñado varias metodologías. En tal sentido, refiere que en unos casos el monto dinerario es definido de modo directo por el legislador, quien precisa en la ley su equivalencia en dinero, caso de la **multa tasada**. En otros casos, señala que se representa un porcentaje a través de las ganancias ilícitas generadas por el delito o de los ingresos del delincuente o del valor de la mercancía ilegal negociada, lo que se identifica como la **multa porcentual**. Y también, que en

181 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires 2000, pp. 931.

otras modalidades, el importe resulta de la adición y conversión de unidades de referencia como el sueldo mínimo vital o los *días multa*, formas que constituyen una **multa determinable**. En lo que corresponde a la legislación penal peruana, señala que la pena de multa contiene una tradición larga, que ya en la Ley de Imprenta de 1823, se regularon penas pecuniarias que eran *tasadas y porcentuales* conforme a los artículos 18° y 19°. Posteriormente, refiere que los Códigos Penales de Santa Cruz (artículos 83° al 85°) y de 1863 (artículo 53°) también incluyeron penas de multa en sus catálogos punitivos. Y que actualmente la pena de multa se encuentra estructurada en base al *modelo de determinación de los días - multa*, el cual fue incluido inicialmente en el Proyecto de Código Penal de 1916 (artículos 22° al 26°) y que lo mantuvo, después, en el Código Penal de 1924 (artículos 20° al 25°)¹⁸².

2.3. Sistema de Determinación Judicial en la Legislación Penal Nacional

Conforme señalan García Caveró¹⁸³ y Reyna Alfaro¹⁸⁴, el Código Penal peruano estructuró el sistema de determinación de la pena de multa en base al **modelo de los días-multa** ideado por Johann Thyrem al elaborar el Proyecto de Código Penal sueco y que tuvo como antecedente el Código Penal brasileño de 1830. Tal como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, este modelo que debería denominarse sistema brasileño, fue acogido favorablemente, y debe su difusión contemporánea gracias a los trabajos de Carl Torp en 1900 y justamente de Johann Thyrem en 1910. Fue adoptado en Finlandia en 1921, luego en Suecia en 1931 y Dinamarca en 1939. Además, también refieren que se encuentran en varios códigos latinoamericanos de las últimas décadas y que lo han establecido los Códigos Alemán y de Austria de 1975. Entre estos dos últimos, siguiendo a Jescheck, señalan que se presenta una considerable diferencia: el sistema alemán tiene en cuenta el ingreso real del condenado, en tanto que el austríaco toma como base la renta porcentual a partir de la totalidad del patrimonio del condenado, por lo que es más gravoso¹⁸⁵.

182 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*, Ideas Solución Editorial, Lima 2018, pp. 121-133.

183 GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008, p. 694.

184 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencias Jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima 2016, p. 370.

185 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires 2000, pp. 931.

Maurach, Gossel y Zipf manifiestan que en el **sistema de días-multa**, la sanción pecuniaria es impuesta mediante dos pasos claramente distinguibles: el **número de días-multa** expresa el contenido del ilícito y de culpabilidad satisfaciendo así eventuales necesidades de prevención especial o, en su caso, general, en tanto el **importe de cada día-multa** sirve exclusivamente para la adaptación de la pena pecuniaria a la capacidad económica de pago de cada condenado. En tal sentido, sostienen que por medio de este sistema la pena de multa se hace más transparente, social y efectiva, por cuanto en virtud de su medición variable, con adaptación a la capacidad económica de pago del condenado, se toman en cuenta las diversas situaciones financieras y se respeta mucho más el principio de igualdad de las cargas¹⁸⁶. Sobre el particular, López Barja de Quiroga manifiesta que el sistema del día-multa permite una mejor individualización de la pena de multa tomando en cuenta el delito y la culpabilidad de su autor, así como la situación económica de éste¹⁸⁷.

El Código Penal de 1991 ha adoptado el **modelo de los días-multa**, conforme se advierte de los artículos 41° al 44°. Así, el juzgador debe establecer el **número de días-multa** aplicable al caso concreto, evaluando las circunstancias presentes en cada situación en particular. El legislador nacional evaluando la entidad del bien jurídico afectado ha establecido un rango punitivo en todos los tipos penales de la Parte Especial y leyes penales especiales, que según el artículo 42°, se extiende de un **mínimo de 10 días-multa a un máximo de 365 días-multa**. No obstante, se reservó una cláusula final señalando *“salvo disposición distinta de la ley”*. Sin embargo, esto sólo constituye un primer paso en el proceso de su imposición, pues tal como se ha referido, la multa es una **suma de dinero**. Es por ello, que el 2do. Párrafo del artículo 41°, contiene la etapa inmediata que debe seguir el Juez. En efecto, en segundo término, debe de señalarse el **importe del día-multa** que es el equivalente al ingreso promedio diario del penado y debe determinarse atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Sin embargo, el artículo 43° preceptúa que el importe del día-multa

186 MAURACH, Reinhart y otros, Derecho Penal. Parte General, Volumen II, 7ma. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p. 646.

187 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2004, p. 230.

no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50% del ingreso diario del penado cuando viva exclusivamente de su trabajo. Luego, el **importe total de la pena de multa a pagar** será la resultante de multiplicar el número de los días-multa por la cuota diaria dineraria del condenado, lo cual finalmente es una suma de dinero fijada en soles.

El desarrollo operativo de este sistema por parte de la judicatura presenta una serie de deficiencias en cuanto a su aplicación. En efecto, por un lado, sólo se advierte la determinación parcial de la multa al fijar el primer criterio del número de días-multa, sin tener una motivación suficiente para su imposición. De otro lado, no se realiza el procedimiento para establecer la cuota diaria dineraria o importe diario de la multa. En otros casos, se fija el número de días-multa y el monto dinerario en soles, sin que se haya señalado previamente la cuota diaria dineraria, lo cual evidencia muchas veces que ésta se produzca de manera inversa, como resultado de dividir la suma de dinero y el número de días-multa, lo cual es un absurdo. Lo que es peor aún, en otros casos se confunden las etapas y se llegan a resultados que son totalmente contradictorios, que finalmente hacen inviable que el Estado pueda hacer efectiva esta acreencia que le corresponde. Sobre esta problemática advertida, resulta interesante cuando el profesor Prado Saldarriaga desarrolla en uno de sus trabajos sobre esta sanción pecuniaria, una Guía para la aplicación y ejecución de la pena de multa¹⁸⁸. Sin embargo, pese a este importante aporte, los problemas jurisprudenciales se siguen manteniendo.

Un caso ilustrativo lo constituye la Ejecutoria Suprema de fecha 11 de noviembre de 2015, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1441-2015-Junín, en el que tanto la Sala Penal Superior como la Corte Suprema desarrollan criterios contradictorios respecto a la pena de multa. Así, el fundamento jurídico sexto dice que, en cuanto a la pena conjunta de días-multa, conforme al artículo 41° del Código Penal, esta es una sanción pecuniaria que se traduce en la afectación del patrimonio (rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza) del penado y que se efectúa sobre el ámbito de la soberanía penal del Estado, cuyo importe se determina en dinero y este,

188 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima 2000, pp. 60-61.

a su vez, en días-multa. Conforme se apreciar para el Tribunal Supremo la pena de multa resultante son los números de días-multa, y peor aún, para llegar a él, toma en cuenta los ingresos económicos del condenado. Es decir, desarrolla todo un procedimiento inverso al que establece la legislación. En este sentido, expresa en el mismo fundamento, que la sentencia impugnada le impuso atinadamente al encausado Ricardo Hamilton de la Cruz, noventa días-multa, teniendo en cuenta sus ingresos económicos, quien señaló en el juicio oral que percibe S/. 2,200 soles mensuales. Sin embargo, en su decisión, el Tribunal Supremo declara no haber nulidad en la sentencia del 05 de diciembre de 2013, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública - peculado y contra la Fe Pública - falsificación de documentos, y que le impuso, entre otras, 90 días-multa, a razón del 25% de sus ingresos promedios diarios.

2.3.1. Determinación del Número de Días - Multa

El artículo 42° del Código Penal establece que la pena de multa se extiende de un **mínimo de 10 días-multa** a un máximo de **365 días-multa**, “*salvo disposición distinta de la ley*”. En atención a ello, la mayoría de delitos de la Parte Especial, que contienen a esta pena pecuniaria, fijan su *quantum* punitivo dentro de dicho parámetro. En el mismo sentido, las pocas figuras penales del Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos” que la contenían, se encontraban dentro de ese rango. Así por ejemplo, el artículo 377° reprimía la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales con pena privativa de libertad no mayor de 02 años y con **30 a 60 días-multa**. De igual manera, el artículo 381° sancionaba el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público con **60 a 120 días-multa**. Por su parte, el artículo 395° que reprime el cohecho pasivo específico estableció que el Juez, Arbitro, Fiscal, miembro del Tribunal Administrativo, Perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 15 años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36° del Código Penal y con **180 a 365 días-multa**.

No obstante ello, la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, introdujo para la gran mayoría de los delitos funcionariales a la pena de multa como

consecuencia jurídica. Así, para los tipos básicos, ilícitos penales de poca o mediana gravedad y figuras culposas, el marco legal se estableció dentro de la extensión punitiva del artículo 42°. Ello se advierte de los siguientes delitos: 382° (concusión), 384° 1er. párrafo (colusión simple), 387° 1er. párrafo (peculado doloso tipo básico), 388° (peculado de uso), 389 1er. párrafo (malversación tipo básico), 393° 1er. párrafo (cohecho pasivo propio), 394° 1er. párrafo (cohecho pasivo impropio), 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 399 (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) y 400° 1er. párrafo (tráfico de influencias), donde la pena de multa se fijó de **180 a 365 días-multa**; o en el caso del artículo 387° 4to. Párrafo (peculado culposo), que la reguló entre **150 a 230 días-multa**.

Sin embargo, para hechos punibles más gravesos o circunstancias agravantes, el legislador recurrió a la cláusula del “*salvo disposición distinta de la ley*” para extender el *quantum* punitivo. Así, para los artículos 384° 2do. Párrafo (colusión agravada), 387° 2do. y 3er. Párrafo (circunstancias agravantes del peculado doloso), 393° 2do. y 3er. Párrafo (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° 2do. Párrafo (cohecho pasivo impropio), 397° 1er. y 2do. Párrafo (cohecho activo genérico), 397°-A (cohecho activo transnacional), 398° 1er., 2do y 3er. Párrafo (cohecho activo específico), 400 2do. Párrafo (tráfico de influencias) y 401° 1er y 2do. Párrafo (enriquecimiento ilícito), fijó una sanción de **365 a 730 días multa**.

Ahora bien, será dentro del espacio punitivo correspondiente que fija la ley, en que el Juez deberá evaluar el caso penal, analizando la forma y circunstancias de la comisión del hecho punible, así como las condiciones personales del agente que lo llevaron a quebrantar el mensaje normativo y, por consiguiente, la afectación al bien jurídico. Luego, establecerá recién el **número de días-multa** aplicable, lo cual, como se ha mencionado, solo constituye el primer paso en este proceso de determinación judicial de la pena de multa.

Por otro lado, la recurrencia a cláusulas abiertas en la legislación penal nacional, como el caso del “*salvo disposición distinta de la ley*” del artículo 42°, genera una grave afectación al **principio de legalidad de las penas**, en su dimensión de la *lex certa*, también conocida, según Polaino Navarrete, como el principio de taxatividad, certeza o de prohibición de indeterminación en

el derecho penal¹⁸⁹. Esto implica que la sanción también esté contemplada previamente en la norma jurídica de manera clara y precisa. Al respecto dice Zaffaroni, haciendo alusión al *principio de máxima taxatividad*, que resultan claramente inconstitucionales los tipos sin límites ciertos, las escalas penales con máximos indeterminados y los presupuestos penales administrativizados que no conocen la tipicidad legal y los que incluso, estando en el ámbito judicial, se dejan librados a una tipicidad de construcción judicial¹⁹⁰. Precisa Hurtado Pozo, que este aspecto del *principio de legalidad* debe ser conservado y revalorizado, no porque estime que sea posible determinar de manera absoluta la pena, sino porque ello implica una limitación tanto a los poderes del legislador como del juzgador. Señala que no es suficiente, para proteger efectivamente las libertades de la persona, prever en la Parte General las sanciones que puede imponer el Juez, **sin que se establezcan los límites para cada conducta delictiva en particular**¹⁹¹. Caro John señala que el citado profesor sanmarquino identifica cuatro supuestos que afectarían el mandato de taxatividad, a saber: a) falta de descripción del delito; b) empleo de cláusulas generales; c) uso de términos vagos; y d) defectos de técnica legislativa¹⁹². Sin embargo, pese a todo lo regulado en los cuerpos constitucionales y legales, la normatividad peruana se ha caracterizado por la afectación constante al principio de legalidad (*lex certa*). En efecto, en el Código Penal de 1991 y sus reiteradas modificaciones, existen vulneraciones a las exigencias de *taxatividad* que se reclaman. Esto último, como consecuencia de las políticas criminales sobrecriminalizadoras, que tratando de aplacar el reclamo popular frente a la delincuencia contemporánea, como el caso de delitos de corrupción funcional contra la Administración Pública, acaba distorsionando el orden constitucional.

189 POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas, Grijley, Lima 2004, p. 326.

190 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En Busca de las Penas Perdidas: Deslegitimación y Dogmática Jurídico - Penal, AFA, Lima 1989, p. 268.

191 HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3era. Edición, Grijley, Lima 2005, pp. 172-173. Apartado 433.

192 CARO JOHN, José Antonio, El Principio de Legalidad Penal. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013, pp. 122-123.

2.3.2. Definición de la Cuota Diaria Dineraria

Una vez establecido el número de días-multa, corresponde al órgano jurisdiccional fijar la **cuota diaria dineraria**. Según el artículo 41° 2do. párrafo, el importe del día-multa es el equivalente al ingreso promedio diario del condenado, el cual se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. En este sentido, el Juez deberá de evaluar la capacidad económica del penado. Conforme se ha señalado, ello constituye un sistema más justo en el proceso de determinación judicial de la pena de multa, ya que finalmente la cuota diaria dineraria será el reflejo del patrimonio que ostenta cada condenado.

En atención a ello, las primeras diligencias del proceso penal constituye un factor relevante para hacer efectiva la pena de multa, ya que de la propia declaración del imputado así como de los oficios que curse el Juez a las distintas instituciones públicas y privadas podrá determinarse los ingresos económicos del funcionario, como los salarios, dietas, ingresos por arriendos de bienes muebles e inmuebles, acciones, cuentas de ahorros, negocios, etc. Sin embargo, el órgano jurisdiccional también deberá evaluar el nivel de gasto que posee, a fin de no afectar su propia subsistencia y la de su familia, o de aquellos que de aquél dependan.

Pese a que todo lo expuesto está regulado por la ley, la judicatura escasamente determina la cuota diaria dineraria. Es más, existe una evidente deficiencia en su aplicación cuando recurre de manera constante, a la disposición excepcional del artículo 43°, que establece que el importe del día-multa no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50% por ciento del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo. Esta última frase marca la **excepción** a la regla en el proceso de determinación de la cuota diaria dineraria, ya que la regla general viene establecida por el primer párrafo del artículo 41°. El uso injustificado de la cláusula de excepción constituye una problemática renuente, tanto más si luego de fijado el criterio porcentual ni siquiera se establece la cuota diaria dineraria en soles.

Sobre el particular, la Sentencia N° 22-2017, del 20 de enero de 2017, que recayó en la Instrucción N° 01378-2014-99-0401-JR-PE-01, del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el proceso penal que se siguió contra Miguel Ángel Valdivia Yáñez por delito

contra la Administración Pública - cohecho pasivo propio (artículo 393° 2do. Párrafo del Código Penal) en agravio del Estado, señaló en el fundamento décimo primero “*Determinación de la Pena Días Multa:*”, que en cuanto a esta **pena accesoria** de 365 a 730 días-multa, era el marco legal que debía imponerse; y que estando a que la pretensión del Ministerio Público era el importe de 365 días-multa, esta **pena accesoria** será calculada tomando como base el **25% de sus ingresos declarados en juicio** y que conforme a los dispuestos por los artículos 41° y 43° del Código Penal, la suma asciende a S/. 7,300.00 soles. De lo expuesto, se advierte una errónea calificación de **pena accesoria** a la multa cuando se trata de una **pena principal**. Asimismo, se aprecia que la Juez Penal tomó como único criterio para fijar la cuota diaria dineraria la regla excepcional porcentual del artículo 43°, sin realizar un análisis mayor acerca de todos los ingresos del condenado.

2.3.3. Importe Total de la Multa a Pagar

El **importe total de la multa a pagar** constituye la última fase en el proceso de determinación de la pena pecuniaria. Se trata de un monto dinerario expresado en soles y es el resultado de multiplicar el número de días-multa por el importe del día-multa o cuota diaria dineraria. Estamos así, ante una consecuencia jurídica del delito que se impone como pena principal acompañando a un tipo penal. Si el Juez no llega a esta operación final difícilmente el Estado podrá hacer efectiva dicha acreencia y, lo que es peor aún, se tratará de una mera sanción simbólica que no expresa el grado de represión penal por el delito cometido y, lo que es peor aún, no se cumplirá con los fines que se le tiene asignada a esta sanción.

2.4. Tiempo y Forma de Pago de la Multa

El artículo 44° del Código Penal establece que la multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. En este sentido, debe entenderse que estamos ante el supuesto que el fallo condenatorio haya adquirido firmeza. Para cumplir con dicho fin, el Juez Penal debió haber realizado un correcto proceso de determinación judicial de la multa, esto es, fijar el número de días-multa conforme a la entidad y magnitud del hecho punible, así como la cuota diaria dineraria en atención a la capacidad económica del condenado, pues, caso contrario, su cobro se haría inviable. En dicho con-

texto, el mismo dispositivo legal ha previsto que el descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del penado y su familia. Además, estableció que a pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez puede permitir que este pago se efectúe en cuotas mensuales. Sin embargo, no estableció los intereses devengados que se originan con este pago dilatorio de esta pena pecuniaria.

Un ejemplo de esto último se puede advertir en la Sentencia de Conformidad N° 030-2017, del 04 de julio de 2017, recaída en el Expediente N° 418-2014-68-2801-JR-PE-01, en el que el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Mariscal Nieto, de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, estableció que la multa de 3,120.00 soles impuesta al condenado Filomeno Serapio Mamani Ortega, en el delito de cohecho activo genérico (artículo 397° 1er. Párrafo), iban a ser pagados en seis meses (seis armadas) de 520.00 soles, en el último día hábil de los meses de agosto, setiembre, octubre, noviembre, diciembre y enero de 2018.

2.5. Conversión de la Pena de Multa

Un aspecto destacable de la legislación peruana, es que reguló a la multa como una pena sustituta o de reemplazo, cuando el delito estaba reprimido con pena privativa de la libertad de corta duración. Así, el **artículo 52°** estipuló que en los casos que no fuera procedente la condena condicional (entiéndase suspensión de la ejecución de la pena) o la reserva del fallo condenatorio, el Juez Penal podía convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa.

Según Prado Saldarriaga, esta disposición, aun cuando subsidiaria, refleja con claridad la función útil que cumple la pena de multa para el bloqueo de ejecución de penas privativas de libertad de corta duración, tendencia que introdujeron los Proyectos alemanes de 1962 (artículo 53) y el alternativo de 1966 (artículo 50)¹⁹³. Por su parte, Esperanza Vaello manifestaba como una evolución positiva de la política criminal que se tienda a considerar esta pena

193 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima 2000, p.59.

pecuniaria como una pena alternativa a la privación de libertad, puesto que de esta manera no se menoscaba bienes personalísimos, como la libertad, ni resultan desocializantes, ya que no provocan la separación del condenado de su entorno familiar, laboral o social. Además, señalaba que su ejecución, lejos de suponer un costo al Estado, como ocurre con las penas privativas de libertad, implicaba una fuente importante de ingresos para éste¹⁹⁴.

Muy por el contrario de esta decisión político criminal, el legislador ha venido dándole un tratamiento distinto a la pena de multa, en el que su nivel de imposición se asemeja como pena principal y conjunta a las penas privativas de libertad y de inhabilitación, como sanciones severas, destinadas ahora mayoritariamente para delitos calificados como extremadamente graves, como aquellos que afectan la Administración Pública, de manera concreta, los de corrupción de funcionarios, conforme se advierte de la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, en los que incluso se fijaron escalas punitivas muy por encima que para otros tipos penales.

Por otro lado, el **artículo 56° reguló alternativas ante incumplimiento del pago de la pena de multa**. Así, en el primer párrafo señaló que si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podría ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. Tal como se advierte, no es que si el condenado solvente no paga esta suma de dinero señalada como consecuencia jurídica, el Estado no puede hacer efectiva dicha acreencia. Por el contrario, el órgano jurisdiccional tiene dos opciones a seguir: *primero*, podrá ejecutarla sobre los bienes del condenado recurriendo a la información de la cual se valió para imponer dicha sanción; o, *segundo*, en caso extremo, convertir la pena de multa en otra privativa de la libertad. Ahora bien, dado que esta sanción pecuniaria aparece como una pena conjunta en la gran mayoría de delitos, sobre todo aquellos que son cometidos por funcionarios públicos, es que el último párrafo manifiesta que cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida. En ese sentido,

194 VAELO ESQUERDO, Esperanza, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, 3era. Edición. Textos Docentes. Publicaciones Universidad Alicante. Alicante 2010, pp. 93-94.

es la propia ley que tutela los mecanismos del cumplimiento de sanciones penales. Otra cosa es que no se apliquen.

Sin embargo, la ley también ha previsto el supuesto que el condenado devenga en insolvente por causas ajenas a su voluntad. Al respecto, establece que la pena de multa se convierte en una pena limitativa de derechos o de prestación de servicios comunitarios con equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos. Aquí, estamos ante un supuesto ajeno al condenado, y es por ello, según sea el caso, que permite al Juez aplicar otra sanción menos gravosa que la privación de la libertad, bien sea prestando servicios a la comunidad, o escuchando charlas orientativas relacionados al delito cometido a través de la limitación de días libres.

Finalmente, el artículo 56° también establece que el condenado puede pagar la multa en cualquier momento, descontándose el equivalente a la pena privativa de la libertad o la prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha.

3. LA MULTA COMO CONSECUENCIA ACCESORIA

Los sistemas preventivos y represivos para hacer frente a la criminalidad moderna siempre advirtieron la presencia de personas jurídicas vinculadas en su comisión. Como señala Laura Zúñiga, la disyuntiva presente consiste en prevenir de manera más eficaz aquellas conductas generadoras de riesgos para los bienes jurídicos que se producen al interior de las organizaciones complejas, a través de mecanismos de imputación de responsabilidad que no desborden los límites garantistas de un Estado social y democrático de Derecho. Como en la realidad legislativa la mayor parte de los países ya reconocen sanciones a las organizaciones, se trata también de dotar a esta imposición de criterios claros y seguros¹⁹⁵.

Según manifiesta Silva Sánchez, quienes afirman la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico penales a las personas jurídicas lo hacen, sobre la base de tres líneas argumentales. *Primero*, que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores,

195 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a Personas Jurídicas, 2da. Edición. Editorial Aranzadi, Navarra 2003, p.196.

directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. *Segundo*, que incluso en los casos en que dicha sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se producen, ella constituiría todavía una respuesta insuficiente para la criminalidad económica, en particular la criminalidad organizada. Y, *tercero*, que las alternativas orientadas a la responsabilización de la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son muy adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa (que de modo no infrecuente aparece vinculada al crimen organizado)¹⁹⁶.

Distintos instrumentos internacionales, partiendo de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Viena de 1988) y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo de 2000), así también como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida de 2003), recomendaban a los Estados Parte la inclusión de un sistema de sanciones para aquellas personas jurídicas involucradas en la comisión de hechos punibles, en especial, las relacionadas al crimen organizado y a la corrupción de funcionarios. Apuntala Mazuelo Coello, que la última de las Convenciones citadas recomendaba a sus Estados miembros, la aplicación de medidas preventivas que detengan la criminalidad económica así como la aplicación de una responsabilidad eficiente contra la persona jurídica¹⁹⁷.

El Perú, como Estado Parte, adoptó las recomendaciones y reguló desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, la responsabilidad de las personas jurídicas bajo un sistema vicarial o heteroresponsabilidad, como consecuencia del influjo del Código Penal español. El fundamento de dicho sistema (también denominado de transferencia), recaía en el hecho de que

196 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias el art. 129 del Código Penal Español*, En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*. Ara Editores E.I.R.L., Lima 2002, pp. 150-151.

197 MAZUELOS COELLO, Julio F., "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Aplicación al Caso Peruano desde una perspectiva política criminal", en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*, Grijley, Idemsa 2013, p. 293.

si la persona natural cometía un hecho punible en el que la persona jurídica estaba vinculada (típicamente en su nombre y/o en su provecho), la responsabilidad se transfiere a la sociedad. Sin embargo, la presencia cada vez mayor de entes colectivos en la comisión de delitos y sobre todo, vinculada al crimen organizado y la corrupción de funcionarios, generó una serie de reformas en las legislaciones penales de los países como España. Sobre el particular, Díez Ripollés¹⁹⁸ y Gómez Colomer¹⁹⁹ señalan que entre las varias reformas del Código Penal, contenidas en la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio (BOE del 23), que entrara en vigor seis meses más tarde, concretamente el 23 de diciembre de 2010, a través de los artículos 31bis, 33.7, 66bis y 130.2, se introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la misma que ha sido reconocida en legislaciones penales europeas como Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Suiza y Polonia, entre otras. Conforme advierte Caro Coria, estas expresiones representan una clara vis expansiva del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos, tendencia no aislada si se tiene en cuenta la larga experiencia criminalizadora en los sistemas anglosajones, de modo especial en Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Australia y Canadá, así como en aquellos ordenamientos influenciados por el modelo norteamericano, como Japón y Corea²⁰⁰.

No obstante, y pese a estos sistemas actuales de responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador nacional reguló en el artículo 105° del Código Penal una suerte de **medidas aplicables a las personas jurídicas**, conocidas también como **consecuencias accesorias**. Se trata, en puridad, de una suerte de sanciones penales que les son aplicables al estar vinculadas desde su propia actividad, administración u organización, con la ejecución, el favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. En este sentido, reguló la

198 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Regulación Española", en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*, Grijley, Idemsa 2013, p. 133.

199 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Sobre los derechos fundamentales de la persona jurídica responsable criminalmente en España", en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*, Grijley, Idemsa 2013, p. 190.

200 CARO CORIA, Dino Carlos, La Responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal Peruano e Iberoamericano. Disponible en: <https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/L-h-Rivacoba-CCCaro.pdf>. Consultado el 01/FEB/2019.

clausura de sus locales o establecimientos, la disolución de la persona jurídica, la suspensión y prohibición de sus actividades, sean de carácter temporal o definitivo. No obstante, el Código Penal, en su versión original, no señaló a la **multa** como consecuencia accesoria, pese a que el dinero constituía un insumo principal vinculado a sus actividades delictivas. Además, legislaciones complementarias como la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 813) y los Delitos Aduaneros (Ley N° 28008) también adoptaron en su sistema de represión consecuencias accesorias, pero tampoco señalaron a la multa como una de ellas.

Fue recién el Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y al Crimen Organizado, del 19 de abril de 2012, que incorporó en su artículo 8° a la multa en su catálogo de consecuencias accesorias. En tal sentido, el numeral 1 de dicho dispositivo legal establecía la posibilidad que tenía el Juez Penal de imponer “*Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias*”. Posteriormente, la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, de fecha 20 de agosto de 2013, también la incorporó en su capítulo VI como una consecuencia accesoria aplicable. En efecto, el literal a del artículo 23° regulaba una **multa** por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del respectivo delito.

Sin embargo, el **antecedente inmediato** de la multa como consecuencia accesoria en el Código Penal, la encontramos en el **Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ**, del 22 de octubre de 2012, que presentara la Corte Suprema de Justicia de la República ante el Congreso de la República. En el citado Proyecto, se mencionaba que en el actual Derecho Penal, siguiendo lo prescrito en los instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Interamericana contra la Corrupción, se reconoce la necesidad de reprimir penalmente a las personas jurídicas, rompiendo así con el clásico dogma *societas delinquere non potest*. Al respecto, precisaba que ya en nuestro medio existían un avance normativo hacia el reconocimiento de dicha responsabilidad en el Código Procesal Penal de 2004, y que en buena cuenta, el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CIJ-116, recoge entre sus fundamentos. Asimismo, señalaba que la propuesta del Proyecto tenía su sustento en la reciente reforma penal espa-

ñola (y otras) que reconocen la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos bajo la autoridad de la persona física han podido realizar los hechos delictivos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En este sentido, refiere que el artículo 105° que se propone contiene un listado de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, entre ellas, la **incorporación de la consecuencia accesoria de multa**, que fija como sanción entre 10 y 500 unidades de imposición tributaria.

Fue como consecuencia de este Proyecto, que recién el legislador, a través del Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de enero de 2017, incorporó a la multa dentro del catálogo de las consecuencias accesorias del artículo 105°, al señalar como una medida aplicable a la persona jurídica la multa no menor de 05 ni mayor de 500 unidades impositivas tributarias. En este sentido, es válidamente aplicable en la comisión de un delito en el cual se encuentren involucrados, tanto personas naturales como jurídicas, la imposición de multa como pena pecuniaria, siempre que esté regulado en el tipo penal, y una consecuencia accesoria, respectivamente, en tanto no constituya (en caso, pues, de las personas jurídicas) una suerte de responsabilidad administrativa.

4. LA MULTA COMO MEDIDA ADMINISTRATIVA APLICABLE

La Ley N° 30424 de fecha 21 de octubre de 2016, reguló en el sistema nacional la Responsabilidad Administrativa de la Personas Jurídicas para el Cohecho Activo Transnacional. El artículo 4° de la Ley señaló la autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica con relación a la persona natural.

Su justificación en el derecho penal corresponde a modelos de atribución que se refieren a la existencia de defectos de organización de la propia persona jurídica. El **sistema de responsabilidad por defecto de organización** toma en cuenta el propio comportamiento de la persona jurídica. Se analiza su estructura interna, su organización. Así, si al momento de organizarse la estructura organizacional actuó de manera negligente, facilitando el hecho delictivo, la persona jurídica está sujeta a responsabilidad. Este modelo de la **responsabilidad administrativa** es el que adoptó el legislador nacional con la

dación de la Ley N° 30424. No obstante, la crítica puntual es que evidencia netamente un *tratamiento penal* en cada una de sus artículos que la regulan, además bajo una especie de medidas preventivas de adopción resulta casi in-viable la aplicación de cualquier tipo sanción a la persona jurídica, puesto que prevé en el artículo 17° una **eximente** por implementación de modelo de prevención. En el artículo 16° una **suspensión de la ejecución de las medidas administrativas**, y en el artículo 12 literales d y e, prevé **circunstancias atenuantes**, cuando la propia persona jurídica adopta o implementa después de la comisión del delito de cohecho activo transnacional y antes del inicio del juicio oral, un modelo de prevención; o caso contrario la adopción de parcial de los elementos de dicho modelo.

Planteada así las cosas, el legislador estableció en el artículo 5° literal a, una **medida administrativa de multa** hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7°. Sobre el particular, este dispositivo legal dispone que cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el valor de la multa se establece en atención a determinados criterios. A saber, a) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta 150 unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de 10 ni mayor de 50 unidades impositivas tributarias; b) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta 1,700 unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de 50 ni mayor de 250 unidades impositivas tributarias; y c) cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende a un monto mayor a las 1,700 unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de 250 ni mayor de 500 unidades impositivas tributarias.

La entrada en vigencia de la citada Ley N° 30424, según la primera Disposición Complementaria Final, estaba prevista para el 01 de julio de 2017. No obstante, por Decreto Legislativo N° 1352 de fecha 07 de enero de 2017, el Poder Ejecutivo a través de las facultades delegadas que le confirió la Ley N° 30506, Ley que le delega la facultad de legislar, por el plazo de noventa días, entre otros, en materia de la reactivación económica y formalización y seguridad ciudadana, amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para los delitos previstos en los artículos 397° (cohecho activo gené-

rico), 398° (cohecho activo específico), los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, y el artículo 4-A que regula el delito de financiamiento del terrorismo.

Los cambios que se plantearon fueron una vez más, una especie de favorecer a la persona jurídica, regulando aquellos aspectos que se habían omitido. Por ejemplo, para los efectos jurídicos y valoración en el artículo 18°, estableció que el fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con informe técnico de la Superintendencia de Mercado de Valores - SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención que tiene valor probatorio de pericia institucional. Asimismo, bajo una especie de carácter conminatorio señala que si dicho informe técnico (antes de la comisión del delito) es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante una decisión debidamente motivada. Por lo demás y más gravoso aún, la Disposición Complementaria Derogatoria Única derogó el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 que regulaba las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, y entre las cuales estaba la multa. Con relación a la multa como medida administrativa, siguió aplicándole aquellas disposiciones legales que establece el Código Penal respecto a la pena de multa. Así, precisó que la multa debía ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada que tenga la sentencia con calidad de consentida o que esté ejecutoriada. Asimismo, señalaba que a solicitud de la persona jurídica y cuando el monto del pago de la multa pueda poner en riesgo su continuidad, así como el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el Juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.

Por lo demás, la entrada en vigencia de la citada Ley, según la modificación a la Primera Disposición Complementaria Final, fue prevista para el 01 de enero de 2018. Sin embargo, estando vigente ya la Ley, el legislador nacional emitió la Ley N° 30835 del 02 de agosto de 2018. En efecto, con la dación de esta Ley la llamada responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas le alcanza a los artículos 384° (colusión) y 400° (tráfico de influencias).

CAPÍTULO IV:

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS PRINCIPALES Y CONJUNTAS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

[A partir de la Ley N° 30076]

Uno de los problemas más críticos que se atribuye a la Administración de Justicia es la determinación judicial de la pena, el cual tiene su presupuesto en la escasa importancia que se le ha dado dentro del campo de las consecuencias jurídicas del delito. Tiene razón Mendoza Ayma, cuando siguiendo a Luzón Peña y Demetrio Crespo, señala que el sobre razonamiento de la doctrina acerca de la teoría general del delito, en un contexto de predominio ideológico positivista, y su impresionante desarrollo teórico determinaron, por un lado, el enervamiento instrumental de la teoría del delito y, por otro lado, la ajenidad al tratamiento de la dogmática de la individualización de la pena. Así, manifiesta que el tratamiento dogmático para la determinación de la pena ha sido inversamente proporcional al tratamiento de la teoría del delito²⁰¹.

Sobre el particular, Silva Sánchez señala que el desigual desarrollo de la teoría general del delito y la teoría de la determinación judicial de la pena, se

201 MENDOZA AYMA, Francisco Celis, Presupuesto Acusatorio. Determinación e Individualización de la Pena, Jurista Editores, Lima 2015, pp.83-84.

debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría general del delito sino por el contrario, con las teorías de la pena. En este sentido, la determinación de la medida de la pena que corresponde a un hecho concreto, habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial que están relacionados al hecho. Sin embargo, para el destacado profesor español, la teoría de la determinación de la pena debe de manifestarse, ante todo, como aquella dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito que, por su parte, debería dejar de ser entendido en general como sistema binario. *Primero*, porque el marco penal abstractamente previsto, se configura como una respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena-marco. *Segundo*, porque tanto injusto y culpabilidad (así como la punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables. Y, *tercero*, porque el acto de determinación judicial de la pena, se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido del injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena²⁰².

Conforme señala Besio Hernández, una propuesta estructuralmente similar a la de Silva Sánchez, es sostenida por el profesor Feijoo Sánchez, en virtud de la cual la individualización de la pena depende de dos factores: la gravedad de la infracción de la norma de conducta (injusto) y la mayor o menor disposición jurídica que se manifiesta a través del hecho (culpabilidad), mientras que los fines preventivos de la pena sólo operarían en la determinación de la pena entendida en sentido amplio, esto es, en materia de sustitución de la pena o suspensión de su ejecución²⁰³.

202 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo", en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19, Idemsa, Lima, 2007, pp. 467-480.

203 BESIO HERNÁNDEZ, Martín, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p.85.

Los aspectos cualitativos, cuantitativos y ejecutivos de la determinación judicial de la pena en una sentencia penal contra funcionarios y servidores públicos han sido siempre cuestionados basados en la inadecuada o inexistente motivación y fundamentación jurídica. Esta dificultad no solamente se presenta para la pena privativa de la libertad sino también para otras sanciones del sistema de penas, como la **multa e inhabilitación**. En efecto, a las últimas se les asigna la condición de penas accesorias cuando en realidad son principales y conjuntas. También se critica el *quantum* punitivo que se fija como inhabilitación, o incluso que ni siquiera han sido previstas en el fallo judicial como una consecuencia jurídica del delito; además, que la pena de inhabilitación impuesta no se condice con el deber infringido. Igual situación se presenta con la pena de multa cuando se realiza la determinación parcial al fijar sólo el número de días-multa y no la suma de dinero que exige el artículo 41°, o un uso excesivo del criterio porcentual excepcional regulado en el artículo 43°, conforme hemos advertido en los Capítulos II y III, respectivamente.

Sin embargo, la crítica también está dirigida al ámbito legislativo, en atención a que antes de la dación de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, no se había previsto en el Código Penal un sistema claro para la determinación judicial de la pena. Además, las universidades y las instituciones de capacitación de jueces y fiscales no estructuraron programas de formación referidos a este tema, pese a tratarse de un aspecto central para el derecho penal. El propio Silva Sánchez aduce que se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena de años de duración; y que consiguientemente, que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en ocasiones, directamente arbitrarios²⁰⁴.

Aunado a ello, aparte de los principios generales del Código Penal, solamente dos artículos eran invocados mayoritariamente por el órgano jurisdiccional, el 45° y 46°. En tal sentido, el texto original del **artículo 45°** regulaba los presupuestos para fundamentar y determinar la pena: el Juez, al momento

204 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo", en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19, Idemsa, Lima, 2007, pp. 468-469.

de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura y sus costumbres; y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o las personas que de ella dependan. Por otro lado, la versión primigenia del **artículo 46°** acerca de la individualización de la pena, señalaba que: para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el Juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente éstas constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, regulando así un catálogo de circunstancias y asignándole, según el criterio del Juez, el valor de agravante o atenuante.

No obstante, pese a la existencia de este marco general, el Juez imponía sanciones por debajo del mínimo legal con una aparente afectación al principio de legalidad. Frente a ello, como parte de una política criminal netamente represiva, basada en los últimos años en el aumento de las penas o creación de nuevas circunstancias especiales para delitos cometidos por funcionarios públicos, la Ley N° 30304, del 28 de febrero de 2015, prohibió la aplicación de la **suspensión de la ejecución de la pena** para funcionarios o servidores públicos condenados por cualquier delito doloso de los artículos 384° (colusión simple y agravada) y 387° (peculado). Luego, el Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de enero de 2017, amplió la prohibición para aplicar esta medida alternativa para el segundo párrafo de los artículos 389° (malversación), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) y 400° (tráfico de influencias).

Aunado a ello, el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, modificó el **artículo 38**, duración de la inhabilitación principal, señalando que aquella se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los artículos 382° (concusión), 383° (cobro indebido), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 388° (peculado de uso), 389° (malversación), 393° (cohecho pasivo propio), 393°-A (soborno internacional pasivo), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 397° (cohecho activo genérico), 397°-A (cohecho activo transnacional), 398° (cohecho activo específico), 399 (aprovechamiento indebido o negociación incompatible del cargo), 400° (tráfico de influencias) y el 401° (enriquecimiento ilícito). Además, pre-

cisó que para dichos casos, 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 los programas con fines asistenciales, de apoyo o de inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

1. ANTECEDENTES DE SU REGULACIÓN PENAL

Ante la problemática detectada, en el Congreso de la República se conformaron diversas Comisiones Especiales Revisoras del Código Penal que, en entre otros tantos temas, se avocaron al estudio del sistema de determinación judicial de la pena. Por ende, la incorporación del **artículo 45°-A** con la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, presenta una larga data en el ámbito legislativo nacional.

En ese sentido, destaca el **Anteproyecto de Código Penal de 2004**, así el artículo 49° reguló un sistema de cuartos como procedimiento para la dosificación de la pena. La fuente que tomó como referencia la Comisión Revisora fue el artículo 61° del Código Penal colombiano del 2000. Años más tarde, el **Anteproyecto de Código Penal 2008-2010**, estableció en el artículo 44, como marco de imposición de penas, un sistema de tercios. Luego, el Poder Judicial en el uso de la facultad constitucional de iniciativa legislativa, regulada en el artículo 107° de la Carta Magna, presentó un Proyecto de Ley que, entre otros, proponía la incorporación del artículo 45°-A al Código Penal, relacionado a un sistema de tercios para la determinación judicial de la pena. Esta propuesta legislativa se convertiría en el **Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ**, y constituye un antecedente inmediato del texto legal previsto en la citada Ley N° 30076²⁰⁵.

El aludido Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ formó parte de las 63 propuestas legislativas que analizó la Comisión de Justicia y Derechos Humanos con el fin de combatir la inseguridad ciudadana imperante en el país. El texto sustitutorio presentado por la aludida Comisión incorporó algunos

205 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *“La Determinación Judicial de la Pena en la Ley N° 30076”*. En: *Determinación Judicial de la Pena*, Instituto Pacífico, Lima 2015, pp. 32-43.

cambios al sistema de la determinación judicial de la pena propuesto por el Poder Judicial, convirtiéndose la redacción en la autógrafa de ley remitida al Poder Ejecutivo. Finalmente, la Ley N° 30076 fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de agosto de 2013, y con ella se incorporó el artículo 45°-A “Individualización de la pena” al Código Penal basado en un sistema de tercios con la valoración tanto de circunstancias agravantes y atenuantes presentes en el caso penal.

2. VIGENCIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL SISTEMA DE PENAS

La incorporación del artículo 45-A al Código Penal nos coloca frente a una norma sustantiva. Esto es, que su entrada en vigencia se da a partir del día siguiente de su publicación por la Ley N° 30076 en el diario oficial “El Peruano”, el 19 de agosto del 2013. Por consiguiente, este sistema de tercios para la determinación judicial de la pena rige para todos los procesos tramitados a partir del día 20 de agosto del 2013. No obstante, al amparo del **principio de retroactividad benigna del artículo 6°**, podría aplicarse retroactivamente de manera más favorable para los procesos en trámite que se iniciaron antes de su publicación.

Ahora bien, resulta importante destacar que el aludido artículo 45°-A es aplicable a todo el sistema de penas reguladas en el artículo 28° del Código Penal, entre ellas, las **penas de multa e inhabilitación**. En tal sentido, deviene en inconcebible asumir que dicho sistema de tercios haya sido creado específicamente para la pena privativa de libertad. Sobre el particular, resulta ejemplificador lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema Vinculante del 08 de setiembre de 2014, recaída en el Recurso de Nulidad N° 3864-2013-JUNÍN, cuando la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó en el fundamento jurídico sexto que la determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en el caso *sub judice* y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menos intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe. Por consiguiente, señala, que al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la

base de aquellas mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma, que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional. Aunado a ello (y analizando la sentencia materia de alzada), resalta que en atención a lo expuesto, no es explicable que el resultado en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal. Sin embargo, la problemática se presenta tratándose de supuestos de penas indeterminadas, como sucede con la cadena perpetua en casos de la pena privativa de libertad, o la inhabilitación perpetua en supuestos de aplicación de esta pena limitativa de derechos.

3. CONCEPTO Y SISTEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL

La determinación judicial de la pena enlaza un procedimiento técnico y valorativo que debe seguir el órgano jurisdiccional para imponer una consecuencia jurídica del delito, dentro de los parámetros establecidos por la ley. Tal como manifiesta Ziffer, la individualización de la sanción no es una cuestión propia y discrecional del Juez, sino que en su estructura misma es aplicación del derecho²⁰⁶. Es decir, se trata de un **sistema mixto**, pues será el legislador quien fije la pena abstracta, tipo, legal o conminada; pero es finalmente el Juez Penal quien evaluando el caso impone la pena concreta.

Acerca de los **sistemas de determinación judicial de la pena**, Reátegui Sánchez sostiene que en principio son tres: En *primer término*, el sistema de penas que era utilizado por el Código Penal francés de 1971, que establecía penas fijas que eran absolutamente determinadas por el legislador. En *segundo término*, y de manera opuesta al anterior, el sistema de penas indeterminadas utilizado en el derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al Juez para fijar la pena. El *tercer sistema* consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, que se asume un sistema de penas parcialmente determi-

206 ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ad-Hoc, Buenos Aires 1996, pp. 96-97.

nadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Apuntala que dentro de este tercer sistema caben dos variantes: o el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del Juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el Juez debe considerar en su labor de individualización de la pena. Sobre esto último, señala que el Código Penal peruano ha seguido, con propias particularidades este último sistema de determinación judicial de la pena²⁰⁷.

Se trata así de un **procedimiento técnico** en tanto que el Juez determina la pena aplicable desarrollando las etapas previstas en el artículo 45°-A. Además, será **valorativo** puesto que atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido. Es decir, analiza circunstancias que están presentes en el caso penal, las mismas que responden a criterios de antijuricidad (gravedad del hecho) y de culpabilidad (responsabilidad del agente).

Para ello debe realizar una fundamentación explícita y suficiente de los motivos de la determinación cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la pena. Será **cualitativa** en tanto que la presencia de penas conminadas alternativas le da al Juez la posibilidad de elegir, atendiendo a los criterios de prevención general y especial, entre una u otra sanción (pena privativa de la libertad o la prestación de servicios comunitarios, por ejemplo). Es **cuantitativa** en tanto el Juez debe de fundamentar y motivar de manera adecuada el *quantum* de la pena privativa de la libertad, la suma de dinero como producto de la determinación de la pena de multa o el tiempo que permanecerá inhabilitado el condenado. También será a veces **ejecutiva**, ya que cuando se cumplan los presupuestos establecidos por la ley, el Juez podrá aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad, como es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, conversión o sustitución de penas.

Ahora bien, el artículo 45°-A preceptúa que el Juez determina la pena aplicable al condenado desarrollando dos etapas sucesivas. Por tanto, es este

207 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen 3, Ediciones Legales, Lima 2016, pp. 2263-2264.

dispositivo legal el único que contiene el procedimiento de determinación judicial, pues el artículo 45° (tantas veces invocado en los fallos judiciales), contiene los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Es decir, se trata del marco general que orienta al juzgador y que se desarrolla en las disposiciones del Capítulo II “Aplicación de la Pena” del Código Penal. Sobre este último articulado, la **Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433**, del 18 de diciembre de 2018, ha señalado en su fundamento jurídico vigésimo primero, que el artículo 45° del Código Penal, bajo el epígrafe “Presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, reúne los tres criterios o cánones que han de permitir al Juez justificar y delimitar la pena que debe imponerse a la persona en concreto, y que van a guiar tanto el proceso de determinación o estipulación legal de la pena, así como el procedimiento de la individualización judicial de la pena. Según la Corte Suprema de Justicia, éstos permiten una intensidad de respuesta punitiva variable y, según los casos, pueden ir en direcciones diversas: agravar o atenuar la calidad y cantidad de pena.

3.1. Identificación de la Pena Básica

La primera etapa que desarrolla el Juez consiste en identificar el espacio punitivo de determinación a partir de la pena fijada en la ley para el delito y dividirla en tres partes. De ahí el nombre del **sistema de tercios**. La identificación de esta pena básica implica que el órgano jurisdiccional deberá establecer su mínimo y máximo dentro del cual impondrá una pena concreta. No obstante, en varios tipos penales del Código Sustantivo, el legislador solamente suele colocar como pena abstracta o conminada los límites máximo o mínimo, teniendo el Juez Penal que realizar una remisión penal a los parámetros legales fijados en la Parte General a fin de identificar el marco punitivo.

Ello ocurre, por ejemplo, en varios artículos que son cometidos por funcionarios o servidores públicos, como el delito de abuso de autoridad (artículo 377° primer párrafo), en el que la consecuencia jurídica prevista es pena privativa de la libertad no mayor de dos años. En este caso, la remisión al artículo 29° establece que el mínimo legal imponible es a partir de los dos días. Supuestos similares ocurre con los delitos de cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), cohecho activo específico (artículo 398°), tráfico de influencias (artículo 400°) o con la negociación incompatible o aprovechamiento indebido

del cargo (artículo 399°), donde se establece como sanción penal a la pena de inhabilitación pero no se fija el espacio punitivo. En dichos casos, la remisión penal deberá hacerse al artículo 38° del Código Penal, en el cual la inhabilitación temporal se extiende, en estos supuestos, como límite mínimo desde los cinco años hasta los veinte años como extremo máximo. Igual situación ocurre con el artículo 426°, en el que la inhabilitación se extiende con el rango de pena prevista conforme al citado artículo 38°.

Sobre el particular, resulta criticable que el legislador haya previsto tipos penales en los que el extremo máximo o mínimo deba configurarse recurriendo a la Parte General. En *primer lugar*, porque más allá que exista una correcta valoración o no hacia el delito que se regula, se establecen rangos de pena distintos al prever hasta tres niveles punitivos (de seis meses a diez años; de cinco a veinte años; y cadena perpetua), generándose así un procedimiento tedioso para el Juez al momento de determinar la pena. En *segundo lugar*, porque debería realizarse una evaluación del sistema de penas, con el fin de establecer límites punitivos en tercios que hagan más sencillo la aplicación del artículo 45°-A. Estimamos que estas dos reformas son trascendentales para la mejor graduación de la pena y aplicación del sistema de tercios que propugna una pena que sea justa en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

3.2. Individualización de la Pena Concreta

La segunda etapa que debe de realizar el Juez para imponer una consecuencia jurídica es individualizar la pena concreta. Para tal efecto, evalúa la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes presentes en el caso penal. De esta primera lectura se tiene que la aplicación del sistema de tercios solo es viable cuando están presentes ambas **circunstancias comunes o genéricas** previstas en el artículo 46° del Código Penal. En este sentido, cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. Por el contrario, cuando se presenten tanto circunstancias de agravación y atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. En cambio cuando concurren solo circunstancias agravantes la pena concreta debe determinarse dentro del tercio superior.

El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del tercio correspondiente

estará actuando respetando los parámetros del artículo 45°-A. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la Sentencia de Apelación, Resolución N° 07, del 25 de agosto de 2017, emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Colegiado A, recaída en el Expediente N° 00008-2014-19-5001-JR-PE-01, respecto a la pena privativa de libertad impuesta al encausado Burgos Horna por el delito de lavado de activos.

Sobre el particular, el Colegiado Superior dice que el Ministerio Público cuestiona que se haya impuesto al imputado Burgos Horna la pena privativa de libertad de ocho años por la comisión del delito de lavado de activos en calidad de autor. En tal sentido, señala que la Fiscalía aduce que le causa agravio, dado que en el caso del condenado concurre la única atenuante de carencia de antecedentes penales y que no concurren circunstancias de agravación, por lo que entiende que la pena debió determinarse dentro del tercio inferior, es decir, dentro del marco punitivo de 08 años a 10 años y 04 meses, debiéndose fijar la pena concreta en 10 años, en atención a lo solicitado mediante requerimiento acusatorio. Sin embargo, relata que el defensor de la legalidad aduce que la sentencia impugnada fijó una pena mínima de 08 años, sin valorar los principios de proporcionalidad, lesividad, así como la trascendencia constitucional del bien jurídico protegido.

La Sala Penal de Apelaciones absolviendo el agravio esgrimido, precisa que para individualizar las penas en este caso, la sentencia recurrida aplicó el **sistema de tercios** previsto en el artículo 45°-A del Código Penal. Siendo así, verifica que las reglas de determinación de la pena que prevé la ley penal fueron aplicadas en la sentencia impugnada, puesto que luego de identificar la pena para el tipo penal de lavado de activos entre 08 y 15 años, el Juzgado Colegiado se ubicó en el primer tercio o tercio inferior, fijando la pena concreta en 08 años. En tal contexto, precisa que la decisión asumida por el citado órgano jurisdiccional se emitió en el marco de los parámetros legales establecidos por el artículo 45°-A del Código Penal, por lo que dicha actuación judicial no causaría agravio alguno al impugnante.

Sin embargo, precisa que el cuestionamiento concreto de la Fiscalía consiste en que, una vez ubicados en el tercio inferior, el Juzgado de Fallo debió fijar la pena concreta de 10 años. Al respecto, el Superior Colegiado sostiene

que no existe una disposición legal alguna que obligue al Juzgador a fijar un *quantum* punitivo que sea específico, como lo pretende la Fiscalía. Así, manifiesta que el procedimiento de determinación de la pena (cuando concurren solo circunstancias genéricas) se encuentra parcialmente regulado, pues en virtud de sus reglas se ubica al Juez en alguno de los tercios (inferior, medio y superior), dependiendo de las circunstancias de agravación y/o atenuación. Agrega que, ya una vez ubicado en el tercio que le corresponde, se agotan los parámetros legales y se da paso al **criterio discrecional** del Juez, a quien le corresponde valorar las circunstancias concurrente al caso, y, a partir de dicho proceso estrictamente valorativo, decidir en qué punto del espacio punitivo delimitado por la ley, ubicar la pena concreta.

Asimismo, acota que en la doctrina nacional existen opiniones que aconsejan un proceso de determinación de la pena más estricto, al punto de asignarle un valor en tiempo a cada circunstancia y a partir de su acumulación aproximarse a los extremos mínimo y máximo del tercio en que se está ubicado. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones precisa que si bien dicho mecanismo imprime cierto grado de racionalidad el proceso de dosimetría de la pena, deja muy de lado el carácter eminentemente valorativo de dicho proceso, priorizando la cuantificación de las circunstancias. En ese orden de ideas, el Tribunal considera que una aplicación más orientada a la determinación de una pena justa exige la conservación de un mínimo arbitrio discrecional del Juez para fijar la pena dentro del espacio punitivo que corresponda a alguno de los tercios, siempre bajo la garantía de una debida motivación. La razón que emerge, sostiene, descansa en el hecho de que antes que cuantificarse las circunstancias, estas deben ser valoradas en función de su grado de incidencia en la culpabilidad del autor, y sola de una valoración conjunta de todas ellas, analizadas en su materialidad, se puede fijar la pena concreta que se debe imponer. Así las cosas, concluye que el presunto agravio que denuncia el Ministerio Público no es tal, pues la pena impuesta al acusado Burgos Horna por el delito de lavado de activos, fijado en 08 años, es una pena legal y proporcional a los hechos del caso y demás circunstancias concurrentes.

Un punto crítico es que también existen **circunstancias especiales o específicas** reguladas para ciertos delitos. Aquí no sería el caso aplicar un sistema de tercios, en tanto la gran mayoría de estas circunstancias sólo son agravantes; además, en casos de que concurren circunstancias atenuantes específicas éstas se encuentran reguladas con un marco punitivo propio.

De otro lado, el legislador también reguló un sistema de determinación judicial de la pena cuando concurran **circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas**. Cuando se presentan circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior. En caso de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior. En los supuestos de que concurran tantas circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Tal como ha quedado acreditado, la individualización de la pena concreta permite evaluar la presencia de al menos tres clases de circunstancias vinculadas al caso penal: las **comunes o genéricas**; las **especiales o específicas**; y las **cualificadas o privilegiadas**, las cuales, por sus efectos, podrán ser agravantes o atenuantes. Con la salvedad que las dos primeras permiten dosificar la pena concreta dentro del marco abstracto, mientras la tercera genera la creación de un nuevo marco legal autorizado por ley. A continuación detallamos cada una de ellas.

3.2.1. Circunstancias Comunes o Genéricas

Se encuentran reguladas en la Parte General del Código Penal, concretamente en el **artículo 46°**. En principio, fueron previstas para ser aplicadas para cualquier delito de la Parte Especial, salvo que fuesen específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad penal. En este sentido, el legislador previó once circunstancias comunes o genéricas que luego se incrementaron a trece con la Ley N° 28726 del 09 de mayo de 2006. No obstante ello, el efecto agravante o atenuante quedaba a discrecionalidad del Juez. Este fue quizás uno de los motivos por los cuales su aplicación resultaba tan dispareja por parte de los órganos de Administración de Justicia, aunado, como ya se señaló, a la falta de una formación académica sobre esta institución de individualización de la sanción.

La incorporación del **artículo 45°-A.- Individualización de la Pena** con la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, basado en un sistema de tercios en el cual predominan la presencia de las circunstancias agravantes y atenuantes para su imposición, hizo también que el **artículo 46°** sea modificado como un catálogo de **circunstancias de atenuación y de agravación**. La redacción actual es ahora mucho más precisa al establecer que no son aplicables cuando

estén previstas específicamente para sancionar el delito o son elementos constitutivos del hecho punible.

Con el *primer supuesto* el legislador penal admite la presencia de circunstancias especiales o específicas en algunos delitos de la Parte Especial o leyes penales complementarias, las cuales deben ser entendidas como excepción a la regla e implican un grado de valoración “especial” distinta a la prevista para el **tipo base**, en el que únicamente operan circunstancias comunes o genéricas. Otro nivel de entendimiento podría conllevar al doble grado de valoración que pudiesen darse a las circunstancias vinculadas al caso penal. No obstante ello, la crítica está asociada a las sucesivas modificatorias hechas al Código Penal, basadas en una política extremadamente represiva del Estado que originó la deformación del sistema de circunstancias.

En *segundo caso*, no resultan aplicables cuando sean elementos configurantes del hecho punible. Un claro ejemplo de ello, es el numeral 2, literal b, que prevé como una circunstancia agravante cuando el agente ejecuta la conducta punible sobre bienes o recursos públicos. Para los delitos de colusión (artículo 384°), peculado (artículo 387°), peculado de uso (artículo 388°) y malversación (artículo 389°), ésta forma parte de su estructura típica. Igual situación se presenta con el numeral 2 literal h cuando la agravante asocia realizar el hecho punible abusando de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función, cuando ya en la gran mayoría de los delitos previstos en el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, estamos ante **delitos especiales** donde el agente es un funcionario o servidor público. En tales supuestos, no resultan aplicables las circunstancias agravantes del artículo 46° numeral 2 literales b y h.

Las **circunstancias comunes o genéricas** que están previstas en el artículo 46° actualmente son las siguientes:

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen *circunstancias de atenuación*, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen *circunstancias de agravación*, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
- b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
- c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
- d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.
- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
- f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

- g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;
- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
- i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
- j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
- k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
- m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
- n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial

3.2.2. Circunstancias Especiales o Específicas

Son circunstancias de valoración especial y distinta a las comunes o genéricas del artículo 46°. Su excepcionalidad viene establecida por dicho dispositivo al decir que éstas últimas se aplican cuando “...no estén previstas específicamente para sancionar el delito...”. Así pues, su ubicación sistemática responde a la Parte Especial o leyes penales complementarias y solamente operan con el delito al cual acompañan. Se trata de una serie de factores concurrentes en el caso penal y a los cuales el legislador de manera *ex ante*, les asignó un grado de valoración especial basado en una mayor o menor afectación hacia el bien jurídico y a las condiciones particulares del agente. Por lo tanto, sus efectos son agravantes o atenuantes. Un tema diferente es que las últimas modificatorias efectuadas a delitos funcionariales hayan incrementado estas circunstancias especiales y con carácter únicamente gravosas creando un sistema contrario al principio de proporcionalidad.

Al respecto, manifiesta Peña Cabrera Freyre que en el marco de una proyección política criminal (esencialmente valorativa), es que el legislador procede a la construcción de tipos penales derivados o dígasé “circunstancias de agravación”, mediando la detenida contemplación de factores que aparecen en la realidad fenoménica delictual que importan una desvaloración de mayor intensidad del injusto típico o del grado del reproche culpable: sea por los medios de ejecución del delito, por los móviles que inspiraron al autor la perpetración del delito, la forma de su ejecución típica o por las específicas relaciones subyacentes entre víctima y victimario (así como la condición especial del agente)²⁰⁸.

Por ejemplo, el peculado doloso del artículo 387° primer párrafo, sanciona el tipo básico con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa y la inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°. Para este supuesto son aplicables las circunstancias comunes o genéricas del artículo 46°. No obstante, reformas posteriores que se dieron al peculado, como con la Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993, o la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, incorporaron circunstancias especiales con un marco punitivo propio, tales como, si los caudales o los efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; o que el valor apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años, de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa y la inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°. Para esos supuestos no operan las circunstancias comunes o genéricas, las cuales están destinadas de manera exclusiva para el tipo básico.

3.2.3. Circunstancias Cualificadas Agravadas

La presencia de esta clase de circunstancias debe ser excepcional en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, pues implica la creación de un *quantum* punitivo por encima del máximo legal previsto en el tipo penal. En este sentido, el efecto mayor para el condenado solo puede justificarse en

208 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal, Ideas Solución Editorial, Lima 2013, p. 149.

supuestos extremos donde la conducta del agente o las condiciones particulares del caso demande una regulación mucho más gravosa y sea de necesaria aplicación.

Generalmente, su ubicación sistemática en el Código Penal obedece al **artículo 46°-A** “Circunstancia agravante por condición de sujeto activo”; el **artículo 46°-B** “Reincidencia”; **artículo 46-C** “Habitualidad”; **artículo 46-D** “Uso de menores en la comisión de delitos”; el **artículo 46°-E** “Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco”; y determinadas leyes penales complementarias como el caso del **artículo 22°** “agravantes especiales” de la Ley N° 30077 “Ley contra el Crimen Organizado” del 20 de agosto de 2013; o en el supuesto del **artículo 11°** “agravantes” de la Ley N° 30096 “Ley de Delitos Informáticos”. La técnica legislativa a la cual recurre para identificar esta clase de circunstancias es con la expresión “...*por encima del máximo legal*...”.

En cuanto a su efecto operativo en el procedimiento de determinación judicial de la pena, las circunstancias cualificadas agravadas cumplen solamente la función de crear un nuevo marco punitivo abstracto, luego el Juez Penal deberá aplicar su sistema de tercios si se presentan circunstancias comunes o genéricas, o graduar la pena en caso de circunstancias especiales o específicas.

3.2.3.1. Circunstancia Agravante por la Condición del Sujeto Activo

Una circunstancia cualificada agravante vinculada a la actividad funcional es la prevista en la primera parte del **artículo 46°-A**. Aquí el grado mayor de reproche se sustenta porque el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sean autorizado por su condición de funcionario público; o el agente haya desempeñado dichos cargos y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para que cometa el hecho punible. En estos casos, el Juez aumenta la pena hasta en una mitad *por encima del máximo legal* fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años.

Tal como se señaló, el carácter excepcional fundado en los criterios esgrimidos hace que dicha clase de circunstancia sea de aplicación obligatoria. Ello quedó evidenciado aún con mayor claridad cuando la Ley N° 30054 del 30 de junio de 2013, modificó el artículo 46°-A para consignar el término “*umenta*” por el “*podrá aumentar*”, que fue el texto original que se mantuvo, inclusive, con las reformas posteriores efectuadas a este dispositivo legal.

No obstante, esta circunstancia cualificada agravada no será aplicable cuando esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando sea elemento constitutivo del mismo. La razón es obvia, el Juez no puede valorar dos veces el mismo supuesto, ya que ello llevaría, al menos en este caso, a una pena excesiva, desproporcional e injusta para el condenado. Si bien la gran mayoría de los delitos funcionariales contienen dentro de su estructura típica al **funcionario o servidor público** como sujeto activo del delito, también se presentan supuestos en el que la construcción típica está orientada hacia un delito común, en el cual el autor puede ser cualquier persona, tal como ocurre en los casos del cohecho activo genérico (artículo 397°), el cohecho activo transnacional (artículo 397°-A) o el cohecho activo específico (artículo 398°), donde el agente puede ser un funcionario o servidor público. Para estos hechos punibles es perfectamente aplicable la primera parte del artículo 46°-A, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos establecidos.

La problemática que se advierte para los delitos de los artículos 397°, 397°-A y 398°, es que el legislador estableció tres penas conjuntas y principales, la privativa de libertad, multa e inhabilitación. En efecto, de ser el sujeto activo un funcionario o servidor público que se aprovechó de su condición funcional, el Juez deberá aplicar los efectos del artículo 46°-A. No obstante, las disposiciones de este último dispositivo legal se orientan exclusivamente a la pena privativa de libertad pero no para otras sanciones. Al respecto, estimamos que una interpretación *in malam partem* traería efectos más nocivos hacia el penado. Por lo tanto, no cabe aplicarla para otras penas distintas a la privación de la libertad.

3.2.3.2. El Funcionario o Servidor Público Reincidente [artículo 46°-B]

Conforme lo establece el artículo 46-B del Código Penal, la reincidencia importa una **circunstancia cualificada agravada** en el procedimiento de la determinación judicial de la pena, cuyo efecto inmediato es **crear un nuevo**

marco punitivo por encima del máximo legal. En este sentido, la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal (que es el máximo fijado en el tipo penal ahora convertido en nuevo mínimo) hasta el nuevo máximo legal que señala el citado artículo 46°-B. Luego, corresponde fijar la pena concreta en atención a lo dispuesto en el artículo 45°-A sobre la individualización de la pena, verificándose si resulta pertinente aplicar circunstancias comunes o genéricas del artículo 46°; o circunstancias especiales o específicas situadas en la Parte Especial, según corresponda del caso penal.

El artículo 46°-B del Código Penal regula cuatro modalidades de reincidencia: la primera, una **reincidencia por delito doloso de primer grado** que, según dicho articulado, ostenta esta condición quien después de haber cumplido en todo o en parte una **pena privativa de libertad efectiva**, incurre en un nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años. Además, regula una **reincidencia por delito doloso de segundo grado**, en la cual el plazo fijado para la reincidencia (cinco años) no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo, sin que sean aplicables los beneficios de semilibertad y liberación condicional. Aunado a ello, también regula una **reincidencia por falta dolosa** cuando señala que tiene igual condición, quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. Por lo demás, prevé una **reincidencia por indulto o conmutación de penas**, señalando que si al agente se le concedió esta gracia presidencial e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el agente tendrá tal condición.

De lo antes expuesto se advierte que el **reincidente por delito doloso de primer y segundo grado**, es aquél que cumplió en todo o en parte, una **pena privativa de libertad efectiva** y vuelve a incurrir en un nuevo delito doloso (de cualquier naturaleza para el primer supuesto en un lapso de cinco años; y del grupo de delitos fijados en el párrafo correspondiente, sin límite de tiempo, para el segundo caso). En consecuencia, dada la condición de **circunstancia cualificada agravada** que tiene la reincidencia, que implica un mayor rango de pena para el condenado por encima del máximo legal, es que ésta solo ope-

ra con **pena privativa de libertad efectiva**. En ese sentido, se han pronunciado en la doctrina nacional, autores como Prado Saldarriaga²⁰⁹ e Yshií Meza²¹⁰.

Por consiguiente, no estimamos correcto cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Justicia de la República, en la Ejecutoria del 20 de setiembre de 2018, recaída en la Casación N° 1459-2017-Lambayeque dice que la modificación de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, varió el presupuesto material de la reincidencia y que, reformas posteriores como el Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de julio de 2015, ya no mencionó la expresión **condena privativa de libertad**, sino que consignó la expresión una **pena**. En tal sentido, refiere que la reincidencia opera con toda clase de **pena efectiva**, como la vigilancia electrónica personal, las penas limitativas de derecho y la pena de multa. Asimismo, desacredita el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, al decir que se señaló **pena privativa de libertad**, no obstante aduce que con posterioridad el presupuesto material ha sido modificado por el legislador al establecer **toda clase de pena efectiva**.

La interpretación que realiza la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema **no es correcta** por los siguientes fundamentos:

a) Porque realiza una mera interpretación gramatical o literal sin tomar en cuenta la interpretación teleológica y sistemática que el caso amerita. En efecto, el sentido de la modificación legal de la reincidencia prevista en el artículo 46°-B obedeció a un defecto que arrastraba la aludida circunstancia cualificada agravada, cuando la Ley N° 29407 del 18 de setiembre de 2009, incorporó de manera inadecuada la **reincidencia por faltas** que, dicho sea de paso, por el grado de afectación menos gravosa hacia el bien jurídico, no se sanciona con pena privativa de libertad. Igual problemática se advirtieron con las siguientes modificaciones, a saber, la Ley N° 29570 del 25 de agosto de 2010; la Ley N° 29604 del 22 de octubre de 2010; y la Ley N° 30068 del 18 de julio de 2013. Así las cosas, fue recién la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, que le dio un tratamiento diferenciado a la **reincidencia por faltas**. En

209 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "La Determinación Judicial de la Pena en la Ley N° 30076". En: *Determinación Judicial de la Pena*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 226.

210 YSHIÍ MEZA, Luis Alejandro. "Algunos apuntes sobre la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal peruano". En: *Derecho a Survivir. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Año 1 / N° 1*. Poder Judicial del Perú, Lima 2014, pp. 193-215.

este sentido, la supresión del término condena privativa de libertad obedeció a que **las faltas no se reprimen con pena privativa de libertad**.

b) Porque la reincidencia como circunstancia cualificada agravada, aplicable solo a figuras dolosas, importa mayor grado de represión penal al crear un nuevo marco punitivo por encima del máximo legal (pena abstracta, pena conminada o pena legal). Por lo tanto, no puede estar destinada a cualquier clase de pena, sino para aquél que cumplió en todo o en parte, una condena a pena privativa de la libertad efectiva, tal como lo había ya fijado el **Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116**. Una interpretación en contrario, sería acrecentar el llamado **populismo punitivo** a la que alude Elena Larrauri como una política de corte sobre criminalizador.

c) Porque con la dación de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, el Congreso de la República tomó en consideración el **Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ**, presentado por el Poder Judicial, en atención a las facultades conferidas por su Ley Orgánica, y que se trató del resultado de una serie de propuestas legislativas aprobadas por la Sala Plena de la Comisión que conformaron destacados juristas e integrantes de la Corte Suprema y, en la cual, tuve la ocasión de participar como Secretario Técnico. Al respecto, en el referido Proyecto acerca de la reincidencia, siempre mantuvo la referencia expresa a una **condena privativa de libertad**, tal como se advierte de las páginas 46 al 49 del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. De lo expuesto se verifica, que fue el propio Poder Judicial que siempre entendió que la reincidencia opera con **condena a pena privativa de libertad efectiva**. Lo que hizo el legislador fue crear un tratamiento diferenciador para las faltas.

Ahora bien, la reincidencia en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos implicaba que éstos fueron condenados a **pena privativa de la libertad efectiva** y que luego de haberla cumplida en toda o en parte, volvían a incurrir en un nuevo delito doloso. Tal como se aprecia, el legislador no incluyó a los delitos contra la Administración Pública dentro de la reincidencia de segundo grado por delito doloso, para éstos, sólo resulta aplicable la reincidencia genérica de primer grado. Sin embargo, esta última era casi imposible de aplicar, ya que en casi todas las condenas por delitos funcionariales se imponían penas de carácter suspendida, estos es, el funcionario o servidor público no cumplía su condena en un centro penitenciario. Un ejemplo de

ello es, la Ejecutoria Suprema del 14 de marzo de 2016, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1315-2015; así como la Ejecutoria Suprema del 17 de enero de 2018, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1367-2017.

Como consecuencia de ello, reformas posteriores al artículo 57°, como la Ley N° 30304 del día 28 de febrero de 2015, prohibieron la aplicación de dicha medida alternativa de régimen de prueba para delitos dolosos previstos en los artículos 384° (colusión simple y agravada) y 387° (peculado); y que luego el Decreto Legislativo 1351, de fecha 07 de enero de 2017, ampliara la prohibición para el 2do. Párrafo del artículo 389° (malversación), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales), 399° (negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo) y 400 (tráfico de influencias).

Por lo demás, la suspensión de la ejecución de la pena al ser una medida alternativa de régimen de prueba, que no implica el cumplimiento de una pena privativa de la libertad efectiva, no puede operar como un presupuesto para tener la condición de reincidente. En este sentido, se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Ejecutoria Suprema de fecha 29 de octubre de 2018, recaída en el Expediente N° 199-2018-Lima Norte, al señalar en su fundamento jurídico séptimo que el acusado al haber sido condenado a una pena de ejecución suspendida no tiene la condición de reincidente. De igual forma, las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- 2018, llevado a cabo por la Corte Superior de Justicia del Callao, señalaron que no puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique al Juez su consideración para que pueda aplicar la reincidencia²¹¹.

3.2.3.3. El Funcionario o Servidor Público Habitual (artículo 46°-C)

Conforme al artículo 46°-C, la habitualidad importa una circunstancia cualificada agravada, que se presenta bajo tres modalidades: una primera, la **habitualidad por delito doloso de primer grado**, cuando el agente lleva a cabo un nuevo delito doloso siempre que se trate por lo menos de tres hechos

211 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2013, pp. 26-27.

punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La segunda, la **habitualidad por delito doloso de segundo grado**, para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene la **condición de delincuente habitual**, quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441° y 444°, en un lapso no mayor de tres años.

En atención a lo dispuesto en el **Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116**, del 18 de julio de 2008, fundamento jurídico décimo tercero, literal d, la habitualidad solo opera cuando sobre los tres delitos cometidos no medie condena alguna y **que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza**. En puridad, se trata de un **concurso real homogéneo**, pero se diferencia de éste en que la propia especialidad en la reiterancia (peculado, peculado y peculado, por ejemplo) indica, pues, la habitualidad delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

Sobre el particular, Peña Cabrera Freyre sostiene que la habitualidad consiste en la perpetración delictiva que el autor ejecuta de una manera reiterada en el tiempo, actitud antisocial que revelaría una peligrosidad inherente a su personalidad. La institución de la habitualidad, por lo tanto, no puede desprenderse del concepto de “peligrosidad”. Agrega que el delincuente habitual expresa una proclividad para cometer determinadas clases de delitos, muestra una base patológica que, sin la necesidad de formar un cuadro clínico, importa la inclinación constante a saciar una necesidad promovida por una determinada intención.

Así por ejemplo, si un funcionario público en el desempeño del cargo comete **tres delitos de peculado doloso**, será considerado un **delincuente habitual**, y siendo la habitualidad una circunstancia agravante calificada, conforme al fundamento jurídico décimo tercero, literal c, del citado Acuerdo Plenario, se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años (ya que el legislador no consideró a los delitos contra la Administración Pública como una habitualidad por delito doloso

segundo grado) y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).

Al igual que el artículo 46°-A, la crítica que se formula al artículo 46°-C es que bajo una interpretación gramatical y de favorabilidad, la circunstancia cualificada agravada sólo resultaría válida para la **pena privativa de libertad**. Sin embargo, los delitos funcionariales contra la Administración Pública contienen también como penas principales y conjuntas a la multa y la inhabilitación, a las cuales no les alcanzaría los efectos gravosos del citado dispositivo.

3.2.3.4. Agravantes Especiales [artículo 23° de la Ley N° 30077]

La Ley N° 30077 del 20 de agosto de 2013, marcó un hito importante en la lucha en los delitos contra la Administración Pública, en tanto admitía la presencia de un fenómeno que había sido evidente desde hace un tiempo atrás y con mayor actualidad en los últimos años, la criminalidad organizada asociada a los delitos funcionariales. Así, el artículo 3° estableció que la presente Ley resulta aplicable a las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382° (concusión), 383° (cobro indebido), 384° (colusión simple y agravada), 387° (peculado doloso y culposo), 393°-A (soborno internacional pasivo), 393° (cohecho pasivo propio), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho pasivo específico), 396° (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (cohecho activo genérico), 397°-A (cohecho activo transnacional), 398° (cohecho activo específico), 399° (aprovechamiento indebido o negociación incompatible de cargo), 400° (tráfico de influencias) y el 401° (enriquecimiento ilícito), todos ellos delitos de la Sección II Concusión, Sección III “Peculado” y Sección IV “Corrupción de Funcionarios” previstos en el Capítulo II “Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”.

Aunado a ello, el artículo 22° de esa Ley estableció un catálogo de **circunstancias agravantes cualificadas** que reguló, entre otras, que si el agente, en su condición de integrante de una organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor pú-

blico y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito, el Juez aumenta la pena hasta en una tercera parte **por encima del máximo legal** fijado para el delito cometido, sin que en ningún caso exceda los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, siempre y cuando, claro está, ésta no se encuentre prevista como circunstancia agravante en la ley penal. Conforme se advierte, dos son los supuestos para el mayor grado de reproche, que el funcionario o servidor público esté vinculado de una u otra manera con la organización criminal y luego, que en virtud del cargo, cometa, facilite o encubra el delito.

Al igual que los artículos 46°-A y 46°-C, la crítica que se formula al artículo 22° de la Ley N° 30077, es que bajo una interpretación gramatical y de favorabilidad, la circunstancia cualificada agravada sólo resultaría válida para la pena privativa de libertad. Sin embargo, los delitos comprendidos contienen también como penas principales y conjuntas a la multa y la inhabilitación, a las cuales no les alcanzaría los efectos gravosos del citado dispositivo.

3.3. Causales de Aumento o Disminución de la Punibilidad

Tal como enseña el profesor Prado Saldarriaga, la punibilidad es el estándar o la posibilidad de penalidad conminada que corresponde a un delito. En este sentido, las **causales de aumento o disminución de la punibilidad** no son circunstancias agravantes o atenuantes, en tanto ellas no se encuentran fuera del delito sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, desde su presencia plural (concursos de delitos); o desde la exclusión parcial de sus componentes o de sus categorías sistemáticas (como son la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o desde su imperfecta realización material (tentativa); así como desde el grado menor de intervención de las personas en su ejecución (complicidad secundaria)²¹².

De igual manera se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia Plenaria N° 1-2018/CIJ-433 del 18 de diciembre de 2018, cuando en el fundamento jurídico vigésimo señala que estos preceptos guían el proceso integral de aplicación de la pena; así como la Casación N°

212 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “La Determinación Judicial de la Pena en la Ley N° 30076”. En: Determinación Judicial de la Pena, Instituto Pacífico, Lima 2015, pp. 243-244.

626-2013-Moquegua del 30 de junio de 2015, cuando el fundamento jurídico trigésimo primero resalta su importancia en el procedimiento para la determinación judicial de la pena, y cuyos postulados básicos se encuentran en el artículo 45°-A del Código Penal.

3.4. Problemática de los Concursos en los Delitos Funcionariales

La presencia de un hecho o conjunto de hechos de relevancia jurídico penal que son cometidos por funcionarios o servidores públicos contra la Administración Pública, nos puede llevar al análisis de dos figuras penales que suelen presentarse *-a menudo-*, y que tienen incidencia directa en la adecuación típica: el primero, el **concurso aparente de leyes** *-ligado al principio de legalidad-* y, el segundo, el **concurso de delitos** *-ideal, real, real retrospectivo, delito continuado y delito masa-* que en atención a su ubicación sistemática, su tratamiento corresponde a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito *-artículos 48°, 49°, 50° y 51°-*.

El **concurso aparente de leyes** se da, cuando frente a un determinado hecho de relevancia jurídico penal concurren aparentemente dos o más disposiciones legales, pero solamente una de ellas es la aplicable. Las reglas para su solución tienen, sobre todo, un tratamiento doctrinal pero no legal *-a diferencia del Código Penal español que lo aborda de manera expresa en su artículo 8°-*. En tal sentido, los principios aplicables para la solución vienen a ser el **principio de especialidad** *-aplica el precepto penal más específico-*; el **principio de subsidiariedad** *-se aplica sólo en defecto del principal, cuando no se pueda aplicar el más específico, es su contrapartida-*; el **principio de absorción** *-aplica el precepto penal más amplio que contiene infracciones penales que de modo independiente constituyen delitos-* y el **principio de alternatividad** *-en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que repriman el hecho con menor sanción-*. Este último principio si bien resulta cuestionable, mantiene una crítica vigente en tanto no es admitible que el mismo hecho pueda ser abarcado por dos tipos penales a la vez, y encima se aplique la sanción más severa *-contrario al principio constitucional de favorabilidad-*.

Por su parte, el **artículo 48°** del Código Penal regula el **concurso ideal de delitos**. Sobre el particular, se dice que estamos ante esa clase de concurso cuando varias disposiciones *-pluralidad de tipos penales realizados-* son aplicables al mismo hecho *-unidad de acción-*. En tal caso, se reprime hasta con

el máximo de la pena más grave *-principio de absorción-* pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte *-principio de asperación-*, sin que pueda excederse de 35 años.

Por otro lado, el **artículo 50°** regula lo referente al **concurso real de delitos**, al señalar que cuando concurren varios hechos punibles *-pluralidad de acciones-* que deban considerarse como otros tantos delitos independientes *-pluralidad de delitos-* se suman las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave *-debe entenderse pena concreta-*, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de los delitos está reprimido con pena de cadena perpetua se aplicará únicamente ésta *-principio de acumulación con topes legales-*. Igual tratamiento presenta el **artículo 51°** del Código Penal, que corresponde al **concurso real retrospectivo**, y precisa que si después de sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior en los mismos términos descritos para el artículo 50°.

Ahora bien, en lo que atañe al hecho o a los hechos de relevancia jurídica penal, también permite admitir la posibilidad de la presencia de un **delito continuado** en los términos del **artículo 49°** del Código Penal. Sobre el particular, se establece que cuando varias disposiciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza han sido cometidas en el momento de la acción o momentos diversos, con los **actos ejecutivos de la misma resolución criminal**, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al delito más grave. Tal como se advierte, dicha figura penal constituye una especie atenuada del concurso real de delitos con un tratamiento más favorable para el imputado.

Uno de los puntos más controversiales dentro del ámbito de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, lo constituye precisamente los **problemas concursales**. Es común ver en los expedientes penales, supuestos de conflictos entre un concurso aparente de leyes (principio de absorción) y un concurso real de delitos; u otros casos en los que está última clase de concurso no es aplicado por los operadores de justicia y no se alcanza una pena justa, pese a que el agente especial cometió de manera reiterada un delito de infracción de deber.

Así por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 14 de marzo de 2016, que recayera en el Recurso de Nulidad N° 1315-2015, se declaró que no había nulidad en la Sentencia de 20 de setiembre de 2013, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a don Julio Alejandro Navarro Aguilar, como autor del delito contra la Administración Pública - peculado doloso, en perjuicio del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES) como parte integrante del Estado peruano, y le impusieron tres años de pena suspendida por el plazo de dos años, sujeto a reglas de conducta, e inhabilitación de un año. No obstante, no se advirtió la presencia de un **concurso real homogéneo de delitos**, cuyo texto actual no se encontraba aún vigente (sumatoria de penas). Al respecto, la acusación refería que se atribuyó al imputado que su condición de Técnico de Cobranzas de la Gerencia del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES), retuvo buena parte de las sumas que le fueron asignadas para cubrir sus gastos operativos en los viajes realizados por “comisión de servicio” al interior del país a las ciudades de Pisco San Andrés, Lagunillas y Laguna Grande (del 14 al 25 de agosto de 2004); San Andrés, Pisco, Matarani, Mollendo, Ilo Morrosama Bilabial (del 10 al 22 de julio de 2004); Lambayeque y Piura (del 14 al 25 de agosto de 2004).

Sin embargo, un tratamiento distinto se tiene en la Ejecutoria Suprema del 03 de octubre de 2018, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2471-2017-APU-RÍMAC, ocasión en que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema revisó en alzada la sentencia de instancia que declaró probado que el acusado Pérez Panduro, quien se desempeñó como asistente administrativo de la Subregión Chanka - Andahuaylas, aprovechó, para afectar el patrimonio institucional, que entre sus funciones le correspondía apoyar al residente de la obra “Ampliación y Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la Institución Educativa N° 55006, de la provincia de Andahuaylas - Región Apurímac”, a cuyo efecto realizaba el requerimiento de los materiales, abastecía el almacén institucional de aquellos, formulaba documentos ante la Administración para su pago e ingreso de obra, cuidaba que se cumplan los plazos de entrega y recepción en la sede central y en la obra a través de los requerimientos, pecosa y otros documentos administrativos (contratos de servicios técnicos). En este contexto, señala que desde que se inició la obra en el año 2009 hasta el 04 de noviembre de 2010, el imputado Pérez Panduro continuamente se apropió de

diversos materiales de construcción, luego de tramitar y así obtener las órdenes de compra ante el área de abastecimiento y la gerencia subregional, pudo recoger tales materiales y venderlos en su beneficio particular. Agrega, que con la misma finalidad fraccionaba requerimiento de materiales, consignaba la cantidad respectiva, falsifica la firma y post firma del residente de la obra, así como llenó veinte pecosas e ingreso de materiales almacén, por un total de S/. 348,000 soles.

Al respecto, resulta importante señalar que la Sala Penal Permanente en el noveno fundamento jurídico refiere que el acusado Pérez Panduro incurrió en la comisión de **dos delitos continuados en concurso real** (los artículos 49° y 50° del Código Penal -este último modificado por la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006-): peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo del Código Penal, según la Ley N° 26198, del 13 de junio de 1993) y falsedad documental pública (artículo 427° del Código Penal). En este sentido, expresa que pese a ello, no se impuso la pena de multa (prevista para el último delito) y se fijó una pena de inhabilitación superior a la establecida en el originario artículo 426° del Código Penal, pena, por lo demás principal y conjunta con la privativa de libertad.

3.5. Prohibición de la Aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la Pena: Otras Alternativas de Solución [Conversión y Sustitución de Penas]

El Código Penal de 1991 estableció una serie de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración fundado en los efectos nocivos que trae consigo la privación del penado en un centro penitenciario. En tal sentido, reguló las denominadas “**medidas de régimen de prueba**”, entre las cuales, la de aplicación usual del Juez resultó ser la **suspensión de la ejecución de la pena** y que era perfectamente aplicables a los delitos de infracción de deber cometidos contra la Administración Pública.

Conforme refiere Villegas Paiva, la suspensión de la ejecución de la pena regulada en el Código Penal de 1991, fue introducida en nuestro sistema penal en el Código Penal de 1924, bajo la denominación de condena condicional, aunque limitada en sus efectos a los delitos culposos. El citado autor nacional, siguiendo a Armanza Galdós, señala que la primera vez que se incluyó la llamada condena condicional en un Proyecto de Código nacional, fue en 1916

(artículos 40° a 44°). Si el hecho delictuoso merecía una sanción no mayor a 06 meses de prisión, decía el Proyecto de Maúrtua de 1916, podía suspenderse la ejecución de la pena a condición que durante los posteriores cinco años no incurra el agente en la realización de un nuevo delito. En similares términos, destaca, se pronunció el Código Penal de 1924 (artículos 53° al 57°)²¹³.

Por su lado, el texto original del artículo 57 preceptuó que el Juez podría suspender la ejecución de la pena siempre que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años; y que la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente hicieran prever que dicha medida le impediría cometer un nuevo delito. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 982 publicado el 22 de julio del 2007, estableció adicionalmente, como excepción, que la suspensión de la pena no procedería si el agente era reincidente o habitual. Sin embargo, la Ley N° 29407 de fecha 18 de setiembre del 2009, lo incorporó como un requisito. No obstante, la crítica constante a este instituto es que para su aplicación el Juez sólo verificaba la presencia de un único elemento objetivo, que la pena concreta no supere cuatro años de pena privativa de la libertad. Es por eso, que era una práctica muy común, más allá de las penas ínfimas que tenían los **delitos cometidos por funcionarios públicos**, que la sanción deviniera casi siempre en una **suspensión de la ejecución de la pena**.

Frente a ello, la Ley N° 30076 del día 19 de agosto de 2013, fijó como un requisito imposterizable que el pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. No obstante ello, y pese a que esta misma Ley N° 30076 incorporó con el artículo 45°-A un nuevo criterio para poder determinar judicialmente la pena, basado en un sistema de tercios, lo cual garantizaba en base a las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en el caso penal, la imposición de una pena justa, el legislador formuló la Ley N° 30304 el 28 de febrero de 2015, con la cual señalaba que la suspensión de la ejecución de la pena era inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos de colusión simple y agravada (artículo 384°) y peculado (artículo 387°).

213 VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander, La Suspensión de la Pena y la Reserva del Fallo Condenatorio. Problemas en su Determinación y Ejecución, Gaceta Jurídica, Lima 2014, pp. 118-119.

Desde mi punto de vista, esta última modificatoria resulta por demás inaceptable en tanto le quita al Juez la posibilidad discrecional de poder decidir si aplica o no una medida alternativa a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración. Pero tal vez, el efecto más perverso, es que ello constituya la llave de entrada para que el legislador vacíe de contenido a este instituto, y que finalmente se concretó con la dación del Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de enero de 2017. Así, esta normativa distorsionó aún más el sistema, prohibiendo aplicar la suspensión de la ejecución de la pena también para los delitos de malversación (artículo 389), cohecho pasivo específico (artículo 395°), corrupción pasiva de los auxiliares jurisdiccionales (artículo 396°), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399°) y enriquecimiento ilícito (artículo 401°).

Con esta modificatoria, queda claramente evidenciado que la política criminal del Estado para hacer frente a delitos funcionariales contra la Administración Pública, era reprimir con pena privativa de libertad efectiva, incrementando cada vez más los delitos en los cuales no resultaban aplicables medidas de régimen de prueba, lo cual es preocupante, en tanto las cárceles deben ser destinadas a delincuentes de extrema peligrosidad y que afectan gravemente a los bienes jurídicos. Muy por el contrario, una política sobre-criminalizadora genera resultados contradictorios, como la sobrepoblación carcelaria, y rompe con los principios básicos que estipula el Título Preliminar del Código Penal como son la resocialización, rehabilitación y reinserción del delincuente a la sociedad.

Sin embargo, en delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra la Administración Pública que no revistan una mayor gravedad y el sujeto especial no represente, a criterio del Juez, la necesidad de que cumpla su pena en un centro carcelario, de no ser posible la aplicación de la suspensión de la ejecución de pena, podrá recurrir a la **conversión de la pena privativa de libertad**, conforme a las reglas del artículo 52° del Código Penal. Respecto a dicha **medida de reemplazo o conmutación**, la ley señala que en los casos que no fuera procedente la condena condicional (entiéndase suspensión de ejecución de la pena) o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de la libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, según las

reglas de equivalencia establecidas. Igualmente, el Juez Penal podrá, de oficio a petición de parte, convertir la pena privativa de la libertad en pena de vigilancia electrónica personal. Por lo demás, conforme al artículo 32°, las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del artículo 31° (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican también como **penas sustitutas o alternativas** de la pena privativa de libertad, cuando la sanción que es sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años.

4. ESQUEMAS PARA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE PENAS PRINCIPALES Y CONJUNTAS EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A continuación presentaremos algunos esquemas de determinación judicial de las penas principales y conjuntas para determinados delitos funcionariales (**abuso de autoridad, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposos**), incidiendo en las clases de circunstancias que regulan (comunes o genéricas, y especiales o específicas) o que pudiesen presentarse (cualificadas agravadas), tomando como punto de referencia que estamos ante hechos punibles con penas principales y/o conjuntas. Además se realizan algunas críticas puntuales proponiendo (de *lege ferenda*) algunas alternativas para una reforma legislativa estos tipos penales.

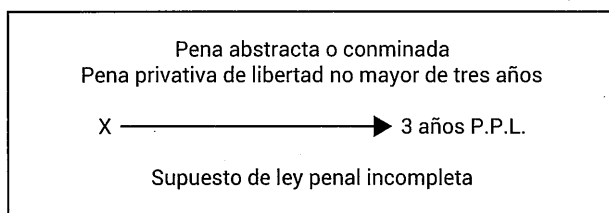
4.1. Abuso de Autoridad - Tipo Legal Básico (artículo 376°)

El delito de abuso de autoridad está previsto y regulado en el artículo 376° del Código Penal. El texto original fue modificado por Ley N° 28165 del 10 de enero de 2004. Luego, por Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, se volvió a reformar sancionando al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, cometía u ordenaba un acto arbitrario que causare perjuicio a alguien, con **pena privativa de libertad no mayor de tres años**. Además, el segundo párrafo estableció como una circunstancia especial agravante, si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva. Para ese caso, la **pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años**. Asimismo, debe tenerse en cuenta que al tratarse de un *delito de infracción de deber* se aplica la **pena de inhabilitación principal y conjunta** del artículo 426°, que se extiende desde los seis meses a diez años, conforme al artículo 38°.

Tal como se advierte, el artículo 376° contiene en el primer párrafo al tipo básico, el cual contiene dos penas principales y conjuntas, pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación de seis meses a diez años. Para tal supuesto, se aplican **circunstancias comunes o genéricas** del artículo 46°. Ello garantiza, además, un respeto irrestricto al principio de proporcionalidad, pues si la pena privativa de la libertad se ubica dentro el tercio inferior, la pena de inhabilitación también deberá graduarse dentro de dicho tercio. El fundamento estriba en que al tratarse del mismo delito las circunstancias comunes o genéricas aplicables deben ser, por lo general, igual para ambas sanciones.

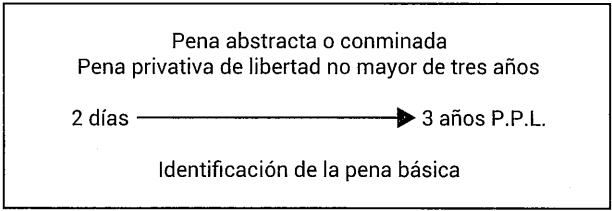
4.1.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

Conforme al artículo 45°-A, el procedimiento para la determinación judicial de la pena privativa de libertad sería de la siguiente manera: *primero*, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. Para ello, verifica la **pena abstracta o conminada** regulada en el tipo penal.

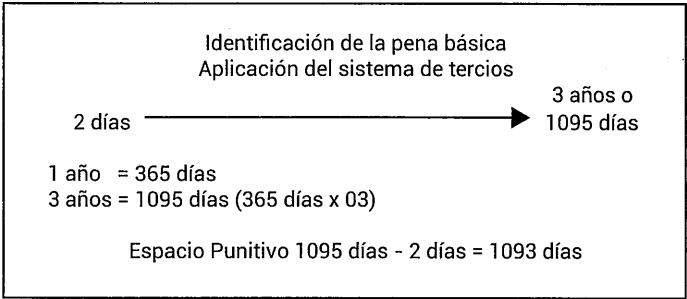


Aquí se presenta la **primera crítica** que ya se ha señalado anteriormente, puesto que el legislador no regula en forma expresa el extremo mínimo de pena privativa de libertad, debiendo hacerse una remisión penal al artículo 29°, que establece que el extremo mínimo de esta pena sólo puede ser dos días. Nuestra propuesta es que el legislador, a fin de valorar de manera proporcional el grado de injusto penal, fije de manera taxativa tanto el extremo mínimo como máximo. Caso contrario, sería una evidente afectación al principio de taxatividad o máxima determinación que reclama el principio de legalidad penal.

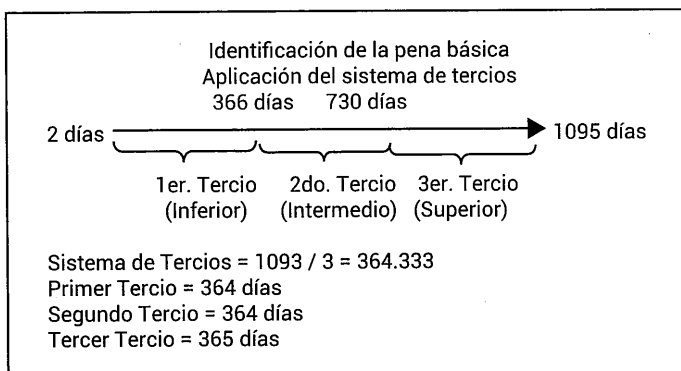
Ahora bien, hasta aquí el órgano jurisdiccional sólo ha identificado la pena básica conforme se advierte a continuación:



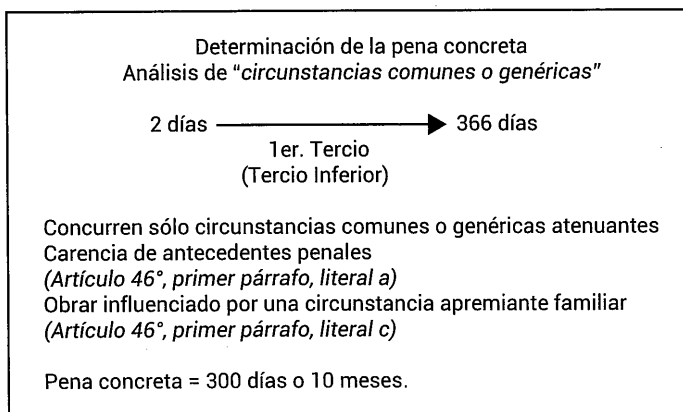
Sin embargo, aquí aparece inmediatamente una **segunda crítica**, en tanto que el factor de determinación está fijado en el extremo mínimo en días y el máximo en años, generando así problemas al momento de establecer el sistema de tercios. Mi propuesta es que el legislador regule el marco punitivo con el mismo grado de medición (días o años). Pero mientras se soluciona esta problemática y, para el tipo penal en concreto, debe trabajarse con un solo factor de determinación a fin de buscar tercios exactos. Hasta aquí, ya estamos frente a un procedimiento tedioso para el Juez que debe superarse en un plazo inmediato.



La **tercera crítica** que surge es que al dividir el espacio punitivo (1093 días) del delito de abuso de autoridad, no se obtienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación judicial de la pena en el artículo 45°-A, pero se olvidó de recurrir a la Parte Especial para que, atento a los principios de proporcionalidad y de lesividad, se establezcan tercios exactos en todos los hechos punibles. En el artículo 376°, si uno divide 1093 días entre tres, obtendrá 364.333 días. En tanto se soluciona dicha problemática, mi posición es que al ser un esquema de **gravedad escalonada** (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se regulen los extremos menos gravosos para los dos primeros tercios, quedando configurando el sistema de la siguiente manera:

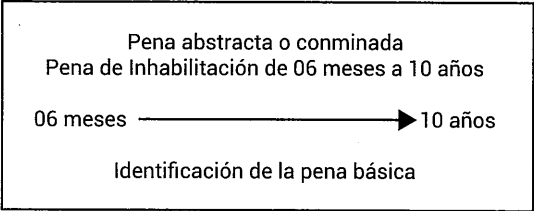


La segunda etapa que sigue el Juez es determinar la **pena concreta** aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** que se presenten en el caso penal, las mismas que por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo estipula el artículo 46° del Código Penal. Por ejemplo, si en el delito de abuso de autoridad el funcionario público que comete el hecho punible **carece de antecedentes penales** (artículo 46°, primer párrafo, literal a) y además obró influenciado por una **circunstancia apremiante familiar** (artículo 46°, primer párrafo, literal c); no concurriendo otro supuesto adicional, la pena deberá fijarse dentro del **tercio inferior o primer tercio**, esto es, dentro de los 2 y 366 días. Este es el marco punitivo en el que, conforme al principio de legalidad, el Juez deberá fijar la pena. El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del tercio inferior estará actuando respetando los parámetros del artículo 45°-A. En tal sentido, si fijó la pena en 300 días, la pena concreta será de 10 meses.

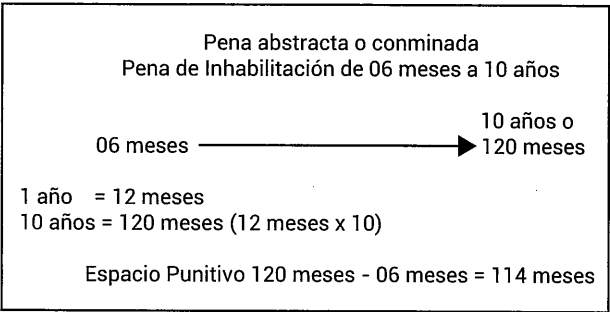


4.1.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

Sin embargo, la otra pena principal y conjunta del tipo básico del delito de abuso de autoridad la constituye la **inhabilitación**, que en atención del artículo 38° se extiende **entre 06 meses y 10 años**. Al tratarse de la figura base, deben aplicarse **circunstancias comunes o genéricas** con igual procedimiento desarrollado para la pena privativa de libertad, incluso resultan válidas las críticas formuladas para esta pena. Primero, debe identificarse el *quantum* punitivo de su determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y dividirla en tres partes. Para ello, se verifica la pena abstracta o conminada regulada en el artículo 426°, que conforme se detalló, obedece a la escala punitiva del artículo 38°, esto es, de 06 meses hasta 10 años. Hasta aquí el órgano jurisdiccional sólo ha identificado su pena básica.

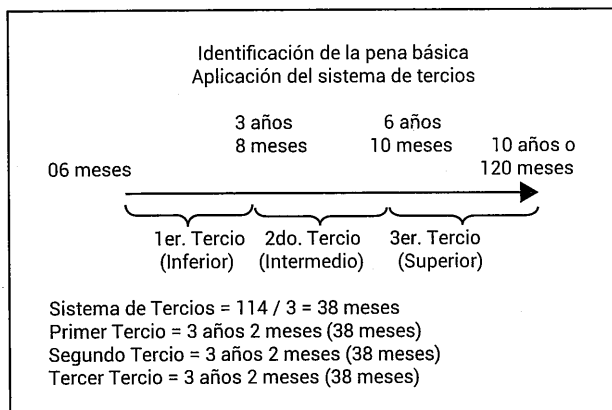


La *primera crítica* que debemos formular es que el extremo mínimo del *quantum* punitivo se establece en meses, en tanto que el máximo en años, lo cual genera problemas al momento de aplicar el sistema de tercios. Mi propuesta, al igual que el anterior caso, es que la pena consigne el mismo factor de determinación a fin de buscar tercios exactos.



Luego, el Juez debe dividir el espacio punitivo de la pena de inhabilitación en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el procedimiento de dosificación de la sanción penal. Aquí la tarea se ve facilitada

ya que al dividir los 114 meses entre tres se obtiene 38 meses. Por consiguiente, cada tercio para el delito de abuso de autoridad tiene 38 meses o 3 años y 2 meses, quedando regulado el sistema de la siguiente manera:



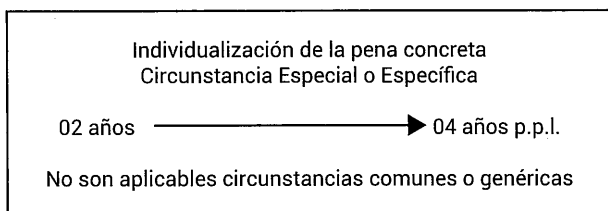
La segunda etapa que sigue el Juez es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. Sin embargo, en atención a que el delito de abuso de autoridad consigna penas principales y conjuntas, las mismas circunstancias que fueron evaluadas para fijar la pena privativa de libertad deben ser analizadas para fijar la inhabilitación, siempre y cuando no presenten incompatibilidad, tales como la prevista en el 2do. Párrafo, literal h, del artículo 46° realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo o función, al ser ésta la naturaleza de dicha pena limitativa de derechos. Así, siguiendo el ejemplo propuesto, si en el caso previsto en el primer párrafo del artículo 376°, el funcionario público que comete el hecho punible **carece de antecedentes penales** (artículo 46, primer párrafo, literal a) y además obró influenciado por una **circunstancia apremiante familiar** (artículo 46°, primer párrafo, literal c), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior o primer tercio, esto es, entre 6 meses y 3 años con 8 meses.

El procedimiento técnico realizado permite visualizar que el sistema de tercios propugna alcanzar una pena proporcional y justa del órgano jurisdiccional, pues tratándose de circunstancias comunes o genéricas, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.

No obstante ello, aquí se presenta la *segunda crítica*, que la pena concreta que se impone será desproporcional, no por el sistema de tercios, sino por los rangos de pena que el legislador ha previsto para ambas sanciones. La proporcionalidad no la quiebra el juzgador, sino el legislador. En nuestro ejemplo, el máximo de pena privativa de libertad que podría fijarse en el primer tercio o tercio inferior sería de 1 año y 1 día (366 días), en cambio, para la pena de inhabilitación el máximo de sanción que podría fijarse dentro del primer tercio o tercio inferior sería de 3 años y 8 meses.

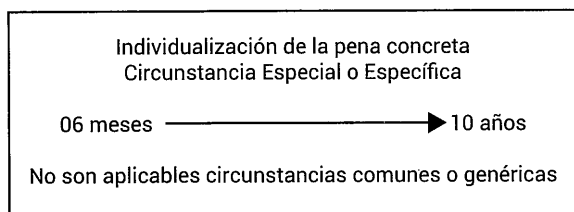
4.2. Abuso de Autoridad - Tipo Legal Agravado (artículo 376°)

Ahora bien, el procedimiento de determinación judicial de la pena será distinto para el caso del 2do. Párrafo del delito de abuso de autoridad. En efecto, aquí nos encontramos frente a un supuesto que hace más gravoso el ilícito, esto es, que “los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva”. Por lo tanto, estamos ante una **circunstancia especial o específica**, en el cual el legislador ha previsto un rango de pena distinto del tipo base, pues tal como se mencionó, sólo operan circunstancias comunes o genéricas. Aquí resulta muy importante destacar que el sistema de penas establecidas, al menos para la pena privativa de la libertad, era proporcional y razonable, pues el 1er. Párrafo se reprimía con pena no mayor de tres años. En cambio, para el 2do. Párrafo (circunstancia especial o específica) se fijó en no menor de dos ni mayor de cuatro años. Por tanto, aquí no puede operar el sistema de tercios, en tanto se trata, valga la redundancia, de una circunstancia especial agravada y dicho sistema opera con agravantes y atenuantes. En este caso, el Juez recorre el espacio punitivo de dos años y fija la pena concreta.



Para la pena de inhabilitación opera el mismo procedimiento descrito, se gradúa la pena entre 06 meses y 10 años sin la posibilidad de acceder a un sistema de tercios, ya que estamos ante un caso de circunstancias especiales o específicas. No obstante, lo que es criticable es que el rango de pena previsto

siga siendo igual que el tipo base. Ello origina un rango evidentemente desproporcional ya que la pena privativa de libertad se extiende de dos a cuatro años, mientras que la pena de inhabilitación va de seis meses a diez años.



4.3. Colusión Simple y Agravada [artículo 384°]

El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384° del Código Penal. El texto original fue modificado por la Ley N° 26713 del 27 de diciembre de 1996. Posteriormente, la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, volvió a reformarlo para incluir el término “defraudare patrimonialmente”. No obstante ello, conforme con el Resolutivo 1 del Expediente N° 00017-2011-PI-TC del 07 de junio del 2012, fue declarada fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del articulado a través de la Ley N° 29703, y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”. Acto seguido, la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, reformuló dicho dispositivo legal creando dos tipos penales independientes **colusión simple y agravada**. Finalmente, la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, reguló un nuevo texto legal en el que la **colusión simple** se sanciona con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Por su parte, la **colusión agravada** se reprime con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

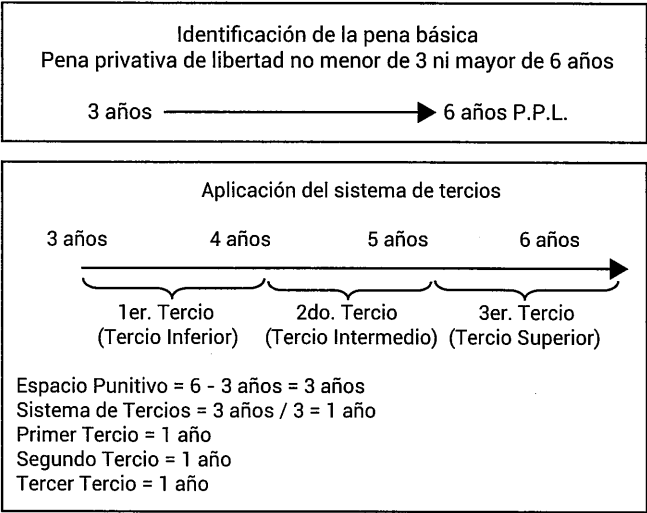
Ahora bien, pese a que a este tipo penal se le aplicaba la pena de inhabilitación prevista en el artículo 426°, el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, realizó una incorporación de manera expresa de dicha pena limitativa de derechos para ambos casos (colusión simple y agravada), con el siguiente tenor: “*inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°*”. Para ello, el artículo 38° también había tenido un cambio significativo, al establecer que este delito será sancionado, además, con inhabilitación de cinco a veinte años.

4.3.1. Colusión Simple [artículo 384°, 1er. Párrafo]

El primer párrafo del artículo 384° sanciona a la **colusión simple** con tres penas conjuntas y principales: **pena privativa de libertad, multa e inhabilitación**. Para la determinación judicial debe recurrirse a **circunstancias comunes o genéricas** del artículo 46°, las cuales se aplican a estas tres clases de penas, garantizando así el principio de proporcionalidad y acceso a una pena justa; en tanto, que si la pena privativa de libertad se establece en el tercio intermedio, la inhabilitación y multa también deberán graduarse dentro del mismo espacio. El sustento radica en que al ser el mismo delito, las circunstancias comunes o genéricas aplicables deben ser igual para todas las sanciones.

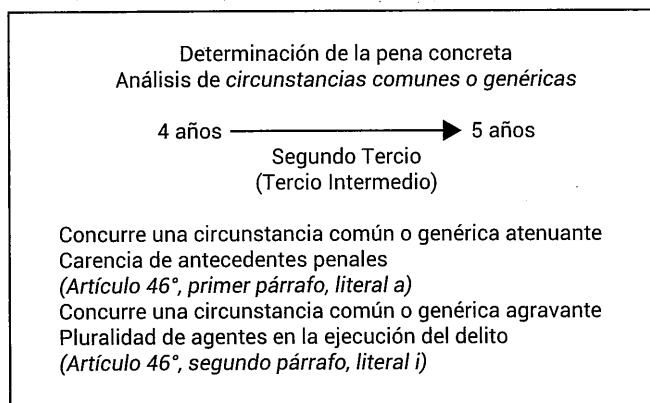
4.3.1.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

Conforme al artículo 45°-A, el procedimiento para determinar judicialmente la pena privativa de libertad sería de la siguiente manera: primero, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (su mínimo y máximo), y luego, dividirlo en tres partes (sistema de tercios). Para ello, verifica la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.



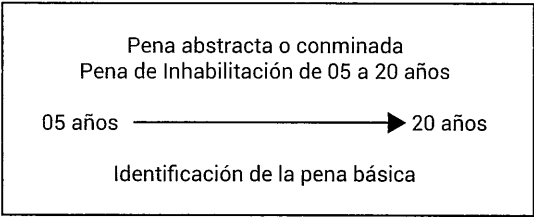
La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al penado evaluando la concurrencia o no de **circunstan-**

cias comunes o genéricas que se presenten en el caso penal, las mismas que, por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo regula el artículo 46° del Código Penal. Así, si en el delito de colusión simple el funcionario público que comete el hecho ilícito carece de antecedentes penales (artículo 46°, primer párrafo, literal a), pero además obró con una pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46°, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de los 4 y 5 años. Este es el marco punitivo en el que conforme al principio de legalidad el Juez Penal deberá fijar la pena. El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del segundo tercio estará actuando conforme a los parámetros regulados en el artículo 45°-A.

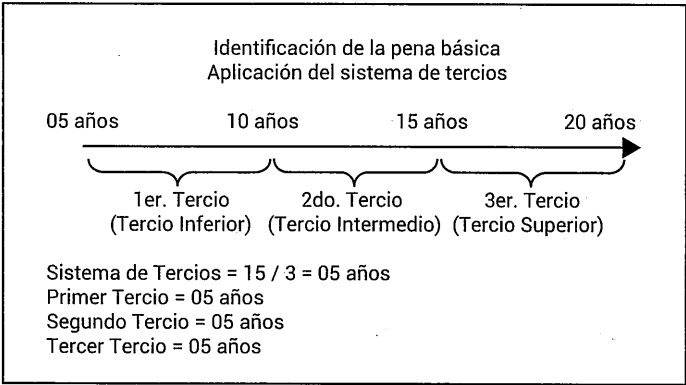


4.3.1.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

La otra sanción principal y conjunta en el delito de colusión simple la constituye la **pena de inhabilitación** y, conforme al artículo 38°, se extiende entre cinco y veinte años. Aquí también deben aplicarse **circunstancias comunes o genéricas** con igual procedimiento desarrollado para la pena privativa de libertad. Primero, debe identificarse el marco punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y luego dividirla en tres partes. Para ello se verifica la pena abstracta o conminada regulada en el artículo 38°, esto es, entre 05 a 20 años. Hasta aquí el órgano jurisdiccional sólo ha identificado su pena básica.

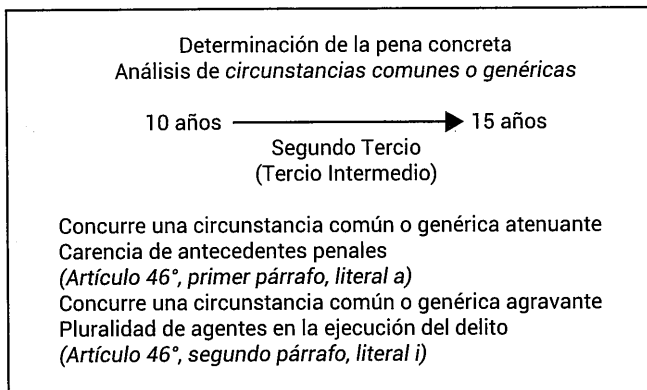


Luego, el Juez debe dividir el espacio punitivo de la pena de inhabilitación en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el procedimiento de dosificación de la sanción penal. Aquí la tarea se ve facilitada puesto que al dividir los 15 años entre tres, se obtiene 05 años. En consecuencia, cada tercio para la pena de inhabilitación en el delito de colusión simple tiene 05 años, quedando regulado el sistema de la siguiente manera:



La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. Sin embargo, en atención a que el delito de colusión simple regula como consecuencia jurídica penas principales y conjuntas, las mismas circunstancias que fueron evaluadas para fijar la pena privativa de la libertad deben ser analizadas para graduar la inhabilitación, siempre y cuando no presenten incompatibilidad, tal como la prevista en el 2do. Párrafo, literal h, del artículo 46 “realizar la conducta punible abusando el agente del cargo o función”, al ser ésta la naturaleza de dicha pena limitativa de derechos. Así, siguiendo el ejemplo propuesto, si en el supuesto previsto en el 1er. párrafo del artículo 384°, el funcionario público que comete el hecho punible carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párra-

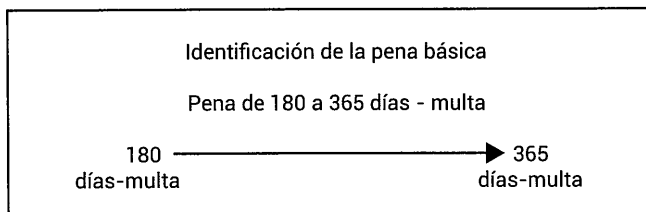
fo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta debe fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, entre los diez y quince años.



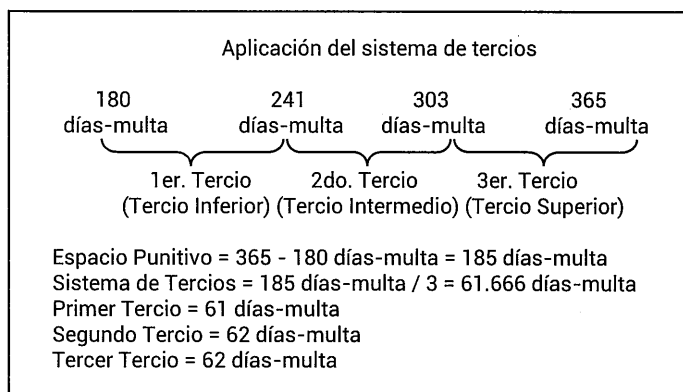
El procedimiento técnico realizado nos permite advertir que el sistema de tercios propugna alcanzar la pena proporcional y justa de parte del órgano jurisdiccional, pues tratándose de **circunstancias comunes o genéricas**, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.

4.3.1.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa

En cuanto a la dosificación de la **pena de multa**, el Juez Penal deberá seguir el procedimiento descrito en el apartado precedente. Primero, deberá fijar el número de días-multa aplicable al condenado. Para ello, y conforme al artículo 45°-A, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (su mínimo y su máximo). En este sentido, debe verificar la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.

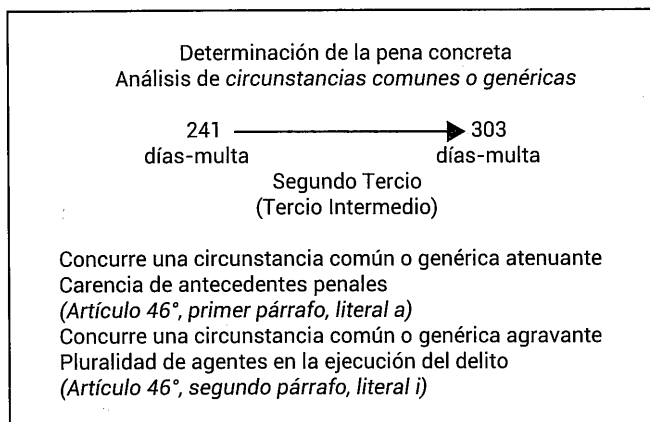


Luego, el Juez Penal deberá dividir el espacio punitivo en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el procedimiento de determinación de la sanción penal. Sin embargo, la crítica que se presenta es que al dividir este espacio punitivo (185 días-multa) del delito de colusión simple no se obtienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación de la pena en el artículo 45°-A, pero se olvidó de recurrir a la Parte Especial para que, en atención a los principios de proporcionalidad y lesividad, se establezcan tercios exactos en todas las penas. Así, en el artículo 384° si uno divide 185 días-multa entre tres, obtendrá 61.666 días-multa. Mientras se soluciona este problema, mi posición es que al tratarse de un esquema de gravedad escalonada (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se regulen los extremos menos gravosos para los primeros tercios, quedando configurando el sistema de la siguiente manera:



Inmediatamente, el Juez Penal debe determinar el número de días-multa aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. No obstante ello, conforme se anotó, en atención a que el delito de colusión simple prevé penas principales y conjuntas, las mismas circunstancias que son evaluadas para fijar la pena privativa de la libertad y la inhabilitación deben ser analizadas para regular el número de días-multa. Así, siguiendo el ejemplo propuesto, si en el supuesto previsto en el 1er. párrafo del artículo 384, el funcionario público que comete el delito carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del hecho punible (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, el número de días-multa debe fijarse dentro del tercio intermedio o

segundo tercio, esto es, entre 241 y 303 días-multa. El procedimiento técnico realizado permite visualizar que el sistema de tercios busca alcanzar una pena proporcional y justa por parte del órgano jurisdiccional, pues tratándose de circunstancias comunes o genéricas, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.



Ahora bien, si el órgano jurisdiccional fijó por ejemplo 250 días-multa, estamos aún ante una determinación parcial de la multa. En efecto, una vez regulado el número de días-multa, corresponde al órgano jurisdiccional fijar la cuota diaria dineraria. En atención el artículo 41° 2do. Párrafo, el importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado, el cual debe determinarse atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. En tal sentido, el Juez debe evaluar la capacidad económica del funcionario. Ello constituye un sistema más justo en la imposición de la pena de multa, porque finalmente la cuota diaria dineraria es el reflejo del patrimonio que ostenta cada encausado. Aquí, si realizado dicho procedimiento el Juez señala la cuota diaria dineraria en S/. 100.00, todavía estamos ante una determinación parcial de la pena pecuniaria.

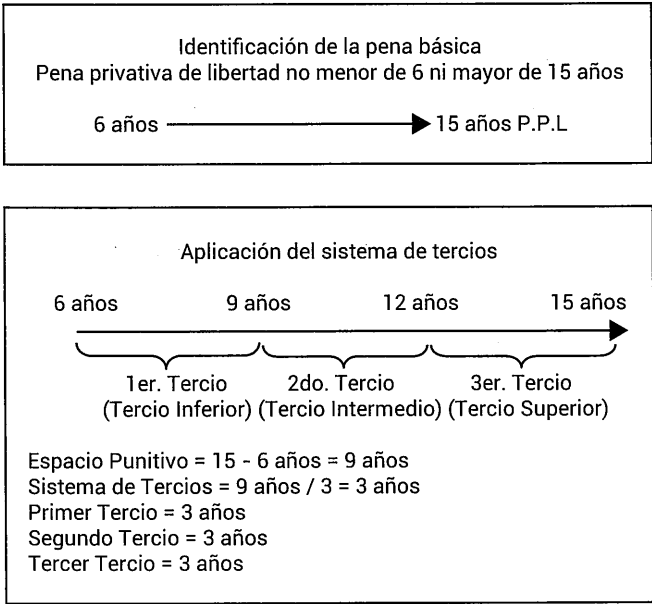
Finalmente, el importe total de la multa a pagar es la última fase en el proceso de determinación de la pena pecuniaria. Se trata del monto dinerario expresado en soles, y es el resultado de multiplicar el número de días-multa por el importe del día-multa. En el caso propuesto 250 días-multa por 100 soles da un total de 25,000 soles, lo que finalmente representa la pena de multa para este delito de colusión simple.

4.3.2. Colusión Agravada [artículo 384°, 2do. Párrafo]

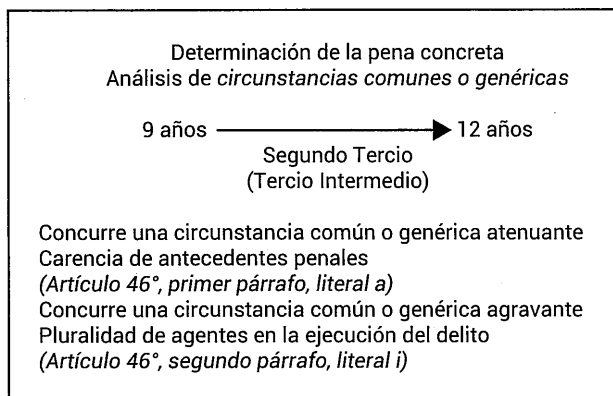
El 2do. Párrafo del artículo 384° regula para el delito de **colusión agravada** tres penas principales y conjuntas: pena privativa de libertad, multa e inhabilitación. Para su determinación judicial debe recurrirse a las **circunstancias comunes o genéricas** del artículo 46°, las cuales se aplican a estas tres penas, garantizando así el principio de proporcionalidad y el acceso a una pena justa, en tanto que si la pena privativa de libertad se fija en el tercio intermedio, la inhabilitación y multa también deberán graduarse dentro del mismo tercio. El sustento radica en que al ser el mismo hecho punible las circunstancias comunes o genéricas aplicables, deben ser, por lo general, igual para todas las sanciones.

4.3.2.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

Conforme al artículo 45°-A, el procedimiento para determinar judicialmente la pena privativa de libertad sería de la siguiente manera: primero, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (su mínimo y máximo), y luego, dividirlo en tres partes (sistema de tercios). Para ello, verifica la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.

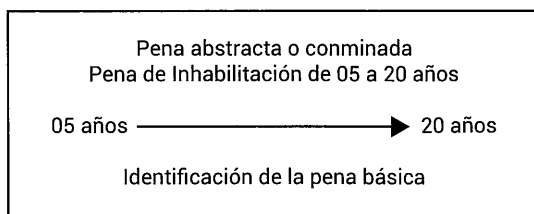


La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al penado evaluando la concurrencia o no de **circunstancias comunes o genéricas** que se presenten en el caso penal, las mismas que, por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo señala el artículo 46° del Código Penal. Así, si en el delito de colusión agravada el funcionario público que realiza el tipo penal carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con una pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46°, 2do. párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de 9 y 12 años. Este es el marco punitivo en el que, conforme al principio de legalidad, el Juez Penal deberá fijar la pena concreta. El grado de valoración de cada circunstancia corresponde al Juez, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del segundo tercio estará actuando conforme a los parámetros del artículo 45°-A.

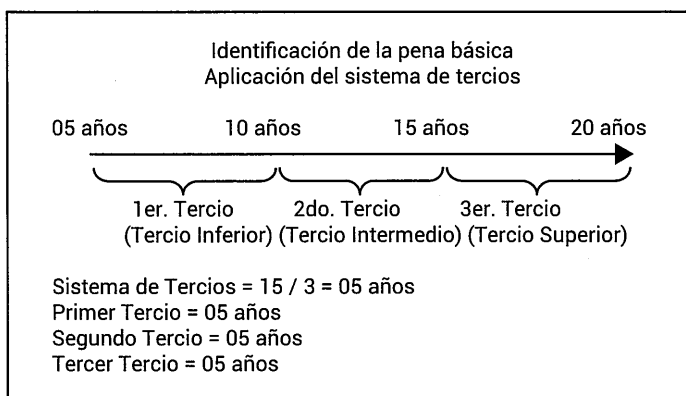


4.3.2.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

La otra sanción principal y conjunta del delito de colusión agravada la constituye la **pena de inhabilitación**, que conforme al artículo 38° se extiende entre 05 y 20 años. Aquí también deben aplicarse las **circunstancias comunes o genéricas** con igual procedimiento desarrollado para la pena privativa de libertad. Primero debe identificarse el marco punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y luego dividirla en tres partes. Aquí el órgano jurisdiccional sólo ha identificado su pena básica.



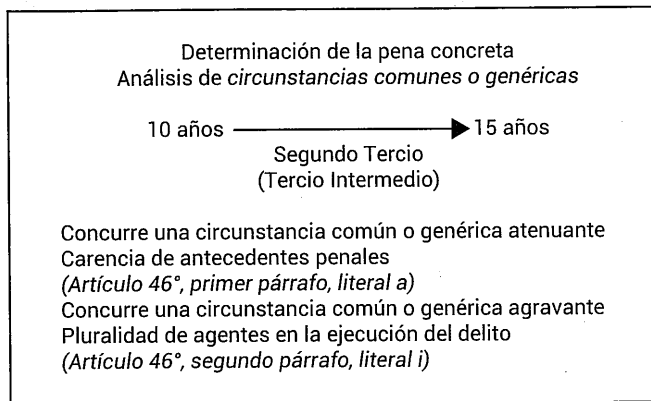
Luego, el Juez Penal debe dividir el espacio punitivo de la pena de inhabilitación en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el proceso de dosificación de la sanción penal. En consecuencia, pues, cada tercio del delito de colusión agravada tiene 05 años, quedando el sistema de la siguiente manera:



La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. Sin embargo, en atención a que el delito de colusión agravada regula penas principales y conjuntas, las circunstancias que fueron evaluadas para fijar la pena privativa de libertad deben ser analizadas para regular la inhabilitación, siempre y cuando no presenten incompatibilidad, tal como la del 2do. Párrafo, literal h, del artículo 46° “realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo o función” al ser ésta la propia naturaleza de esta pena limitativa de derechos. Así, en el caso propuesto, si en el 2do. Párrafo del artículo 384°, el funcionario público que comete el ilícito no tiene antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto

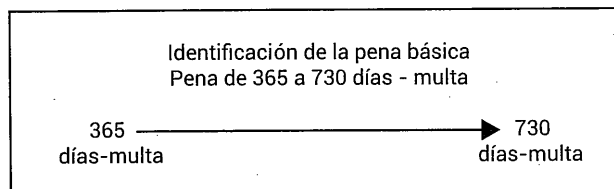
adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de los 10 a 15 años.

El procedimiento técnico realizado permite visualizar que este sistema de tercios propugna alcanzar la pena proporcional y justa de parte del órgano jurisdiccional, pues tratándose de circunstancias comunes o genéricas, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.



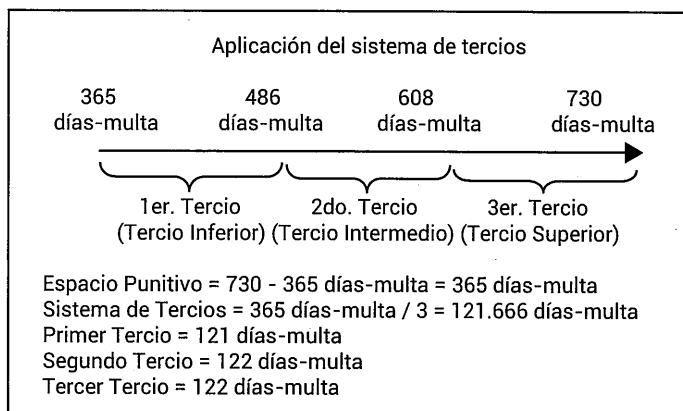
4.3.2.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa

En cuanto a la dosificación de la pena de multa, el Juez Penal debe de seguir el procedimiento descrito en el apartado precedente. Primero, deberá fijar el número de días-multa aplicable al condenado. Para ello, y conforme al artículo 45°-A, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (mínimo y máximo). En este sentido, debe verificar la pena abstracta o conminada regulado en el tipo penal.



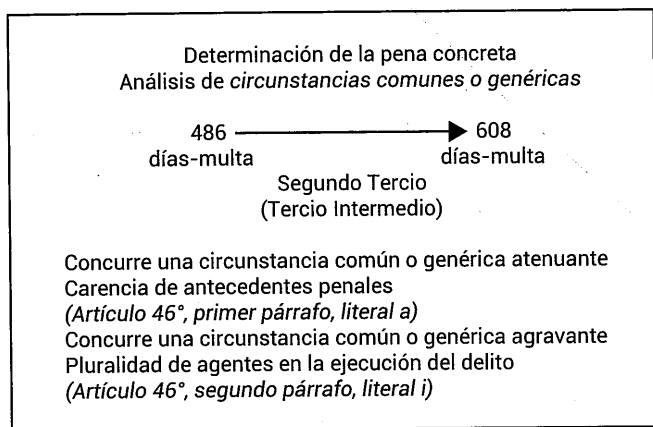
Luego, el Juez Penal deberá dividir el espacio punitivo en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el procedimiento de la deter-

minación de la sanción penal. Sin embargo, la crítica que se presenta es que al dividir este espacio punitivo (365 días-multa) del delito de colusión agravada no se tienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación judicial de la sanción en el artículo 45°-A, pero se olvidó de recurrir a la Parte Especial para que, en atención a los principios de proporcionalidad y lesividad, se establezcan tercios exactos en todas las penas. Así, en el artículo 384°, si uno divide 365 días-multa entre tres, obtendrá 121.666 días-multa. En tanto, se logra solucionar dicha problemática, mi posición es que al tratarse de un esquema de una gravosidad escalonada (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se regule el extremo menos gravoso para el primer tercio, quedando el sistema de la siguiente manera:



Inmediatamente, el Juez debe determinar el número de días-multa aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. No obstante, conforme se anotó, en atención a que la colusión agravada prevé penas principales y conjuntas, las circunstancias que son evaluadas para fijar la pena privativa de la libertad y la inhabilitación deben ser analizadas para regular el número de días-multa. Así, en el caso propuesto, si en el supuesto previsto en el 2do. Párrafo del artículo 384, el funcionario público que comete el delito carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del hecho punible (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, el número de días-multa deberá fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, entre 486 y 608 días-multa. El procedimiento técnico realizado nos permi-

te visualizar que el sistema de tercios busca alcanzar una pena proporcional y justa por parte del órgano jurisdiccional, pues tratándose de **circunstancias comunes o genéricas**, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.



Ahora bien, si el órgano jurisdiccional fijó por ejemplo 500 días-multa, estamos aún ante una determinación parcial de la multa. En efecto, una vez regulado el número de días-multa, corresponde al órgano jurisdiccional fijar una cuota diaria dineraria. En atención al artículo 41° 2do. Párrafo, el importe del día-multa es el equivalente al ingreso promedio diario del penado, el mismo que se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y los demás signos exteriores de riqueza. En tal sentido, el Juez debe evaluar la capacidad económica del funcionario. Ello constituye un sistema más justo en la imposición de la pena de multa, porque finalmente la cuota diaria dineraria es el reflejo del patrimonio que ostenta cada encausado. Aquí, si realizado dicho procedimiento el Juez señala la cuota diaria dineraria en S/. 100.00 soles, todavía estamos ante una determinación parcial de la pena pecuniaria.

Finalmente, el importe total de la multa a pagar es la última fase en el proceso de determinación de la pena pecuniaria. Se trata del monto dinerario expresado en soles y es el resultado de multiplicar el número de días-multa por el importe del día-multa. En el caso propuesto 500 días-multa por 100 soles da 50,000 soles, lo que finalmente representa la pena de multa para este delito de colusión agravada.

4.4. Peculado Doloso y Culposo [artículo 387°]

El delito de peculado se encuentra regulado en el artículo 387° del Código Penal. El texto original fue modificado por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993. Luego, la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, volvió a reformarlo. Después, la Ley N° 29758 de 21 de julio 2011, configuró un nuevo texto legal. Posteriormente, la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, estableció como tipos básicos al peculado doloso y culposo, configurando además circunstancias especiales agravantes para ambos supuestos. Así, en el 1er. Párrafo se reprimía al **delito de peculado doloso** con pena privativa de la libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años, con 180 a 365 días-multa e inhabilitación de 06 meses a 10 años, conforme al artículo 426° del Código Penal. Sin embargo, el 2do. y 3er. Párrafo contenían **circunstancias especiales agravantes** del peculado doloso, las cuales se sancionaban con pena privativa de libertad no menor de 08 ni mayor de 12 años, de 365 a 730 días-multa e inhabilitación de 06 meses a 10 años, conforme al artículo 426 del Código Penal. De otro lado, el 4to. Párrafo castigaba al **peculado culposo** con pena privativa de la libertad no mayor de 02 años y con la prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas. Asimismo, regulaba una **circunstancia especial agravante** en cuyo caso la pena privativa de la libertad era no menor de 03 ni mayor de 05 años, 150 a 230 días-multa e inhabilitación de 06 meses a 10 años, conforme al artículo 426° del Código Penal.

Ahora bien, pese a que a estos delitos se aplicaba la pena de inhabilitación prevista en el artículo 426, el Decreto Legislativo N° 1243 de fecha 22 de octubre de 2016, realizó una incorporación expresa de esta pena limitativa de derechos para ambos casos (peculado doloso y culposo), con el siguiente tenor: “inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°”. Para ello, el artículo 38° también había tenido un cambio significativo, al establecer que este delito será sancionado, además, con inhabilitación de 05 a 20 años.

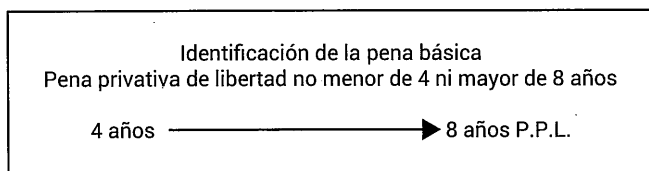
4.4.1. Peculado Doloso [artículo 387°, 1er. Párrafo]

El 1er. Párrafo del artículo 387° sanciona al **delito de peculado doloso** con tres penas principales y conjuntas: pena privativa de libertad, multa e inhabilitación. Para su determinación judicial debe recurrirse a las **circunstancias comunes o genéricas** del artículo 46°, las cuales se aplican a estas tres

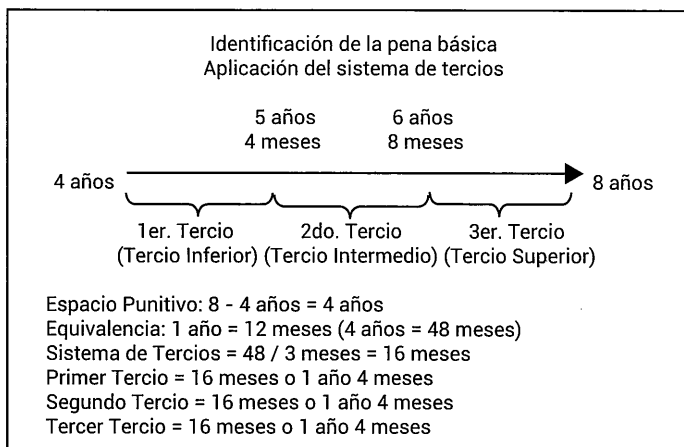
penas, garantizando así el principio de proporcionalidad y el acceso a una pena justa, puesto que si la pena privativa de libertad se fija en el tercio intermedio las penas de inhabilitación y multa también deberán graduarse dentro del mismo tercio. El sustento radica en que al tratarse de un mismo hecho punible las circunstancias comunes o genéricas aplicables deben ser, por lo general, igual para todas las penas.

4.4.1.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

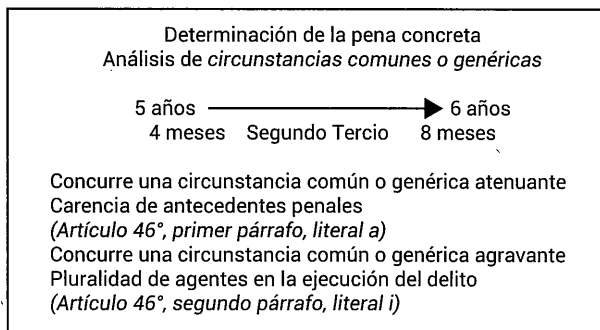
Conforme al artículo 45°-A, el procedimiento para determinar judicialmente la pena privativa de libertad sería de la siguiente manera: primero, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (su mínimo y máximo), y luego, dividirlo en tres partes (sistema de tercios). Para ello, verifica la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.



Sin embargo, la crítica que se tiene es que al dividir este espacio punitivo, esto es, 04 años, no se obtienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación judicial de la pena en el artículo 45°-A, pero olvidó recurrir a la Parte Especial para que, en atención a los principios de proporcionalidad y lesividad, se establezcan tercios exactos en todos los delitos. Así, en el artículo 387° 1er. Párrafo, si uno divide 04 años entre tres, se obtiene 1.333 años. Mientras se soluciona dicha problemática mi posición es que se debe trabajar en meses para obtener tercios exactos, quedando el sistema de la manera siguiente:

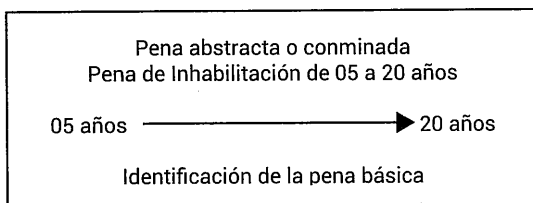


La segunda etapa que sigue el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando si concurren o no **circunstancias comunes o genéricas** estén presentes en el caso penal, las mismas, que por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo establece el artículo 46° del Código Penal. Así, si en el delito de peculado doloso, el funcionario público que comete el delito carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46°, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de los 5 años 4 meses y 6 años 8 meses. Este es el espacio punitivo en el que, conforme al principio de legalidad, el órgano jurisdiccional deberá fijar la pena. El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del segundo tercio estará actuando de acuerdo al artículo 45°-A.

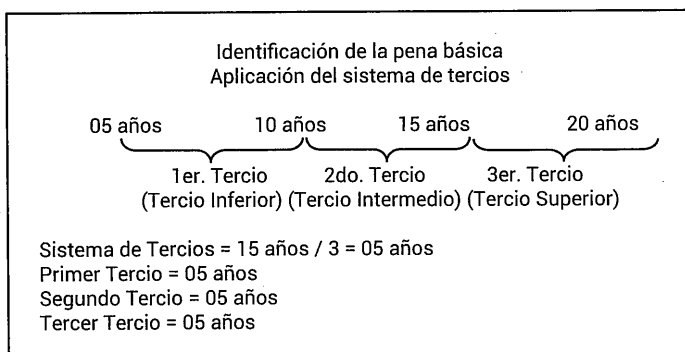


4.4.1.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

La otra sanción principal y conjunta en el delito de peculado doloso la constituye la **pena de inhabilitación**, que conforme al artículo 38°, se extiende entre 05 y 20 años. Aquí también deben aplicarse las **circunstancias comunes o genéricas** con igual procedimiento desarrollado para la pena privativa de libertad. Primero, debe identificarse el marco punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y luego dividirlo en tres partes. Para ello debe verificarse la pena abstracta o conminada regulada en el artículo 426°, que conforme se manifestó, obedece a la escala punitiva del artículo 38°, esto es de 05 a 20 años. Hasta aquí el órgano jurisdiccional sólo ha identificado su pena básica.

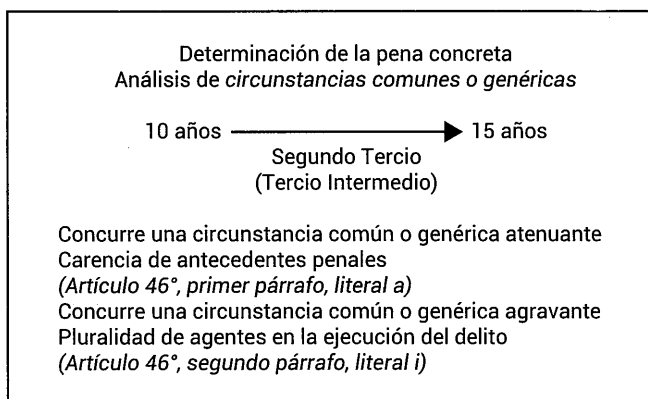


Luego, el Juez Penal debe dividir el espacio punitivo de la pena de inhabilitación en tres partes (sistema de tercios) y realizar la segunda fase en el procedimiento de dosificación de la sanción penal. Aquí la tarea se ve facilitada, puesto que al dividir los 15 años entre tres, se obtiene 05 años. En consecuencia, cada tercio en el delito de peculado doloso tiene 05 años, quedando regulado el sistema de la siguiente manera:



La segunda etapa que debe seguir el Juez es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comu-**

nes o genéricas presentes en el caso penal. Sin embargo, en atención a que el delito de peculado doloso prevé penas principales y conjuntas, las mismas circunstancias que fueron evaluadas para fijar la pena privativa de libertad deben ser analizadas para regular la inhabilitación, siempre y cuando no presenten incompatibilidad, tal como la que establece el 2do. Párrafo, literal h, del artículo 46° “realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo o función” al ser ésta la naturaleza de dicha pena limitativa de derechos. Así, en el ejemplo analizado, si en el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 387°, el funcionario público que comete el hecho ilícito carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con una pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otra circunstancia adicional, la pena concreta debe fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de los 10 a 15 años.

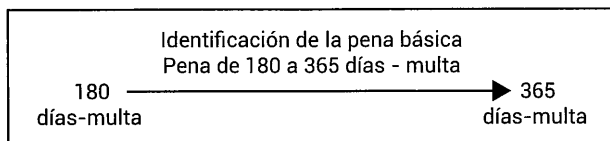


El procedimiento técnico realizado nos permite visualizar que el sistema de tercios propugna alcanzar una pena proporcional y justa del órgano jurisdiccional, pues tratándose de **circunstancias comunes o genéricas**, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.

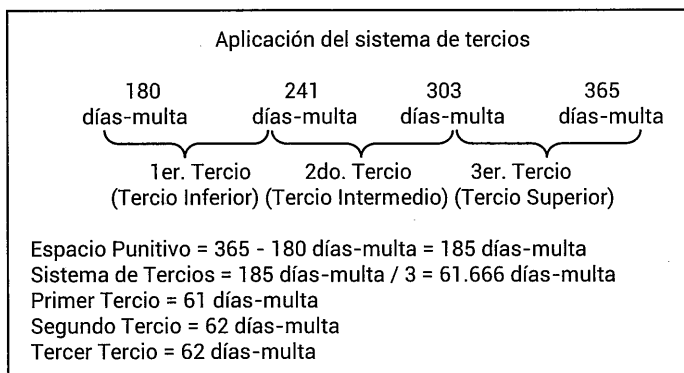
4.4.1.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa

En cuanto a la dosificación de la pena de multa el Juez Penal debe de seguir el procedimiento descrito en el apartado precedente. Primero, deberá fijar el número de días-multa aplicable al condenado. Para ello, y conforme

al artículo 45°-A, el Juez identifica el espacio punitivo de la determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito, esto es, debe identificar su pena básica (su mínimo y su máximo). En este sentido, debe verificar la pena abstracta o conminada regulado en el tipo penal.

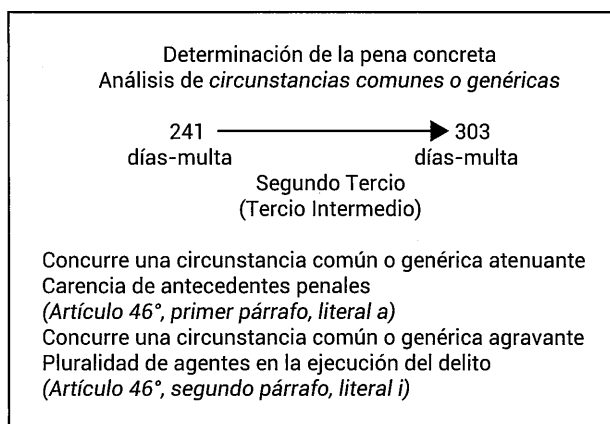


Luego, el Juez debe dividir el espacio punitivo en tres partes (sistema de tercios) para realizar la segunda fase en el procedimiento de determinación de la sanción penal. Sin embargo, la crítica que se presenta es que al dividir el espacio punitivo (185 días-multa) del peculado doloso no se obtiene tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación de la pena en el artículo 45°-A, pero se olvidó recurrir a la Parte Especial para que en atención a los principios de proporcionalidad y lesividad se regulen tercios exactos para todas las penas. Así, en el artículo 387° si uno divide 185 días-multa entre tres, obtendrá 61.666 días-multa. Mientras se soluciona la problemática, mi posición es que al tratarse de esquemas de gravosidad escalonada (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se establezca los extremos menos gravosos para los primeros tercios, quedando configurando el sistema de la siguiente manera:



Inmediatamente, el Juez debe determinar el número de días-multa aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. No obstante, conforme se anotó, en

atención a que el delito de peculado doloso establece penas principales y conjuntas, las mismas circunstancias que son evaluadas para fijar la pena privativa de la libertad y la inhabilitación deben ser analizadas para regular el número de días-multa. Así, siguiendo el ejemplo propuesto, si en el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 387°, el funcionario público que comete el delito carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además obró con pluralidad de agentes en la ejecución del hecho punible (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, el número de días-multa debe fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, ello es, entre los 241 y 303 días-multa. El procedimiento técnico realizado nos permite visualizar que el sistema de tercios busca alcanzar una pena proporcional y justa por parte del órgano jurisdiccional, puesto que, tratándose de circunstancias comunes o genéricas y en caso se adviertan penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre recaerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación. Si el órgano jurisdiccional fijó por ejemplo 250 días-multa, estamos solamente frente una determinación parcial de la pena de multa. En efecto, una vez regulado el número de días-multa, corresponde al órgano jurisdiccional fijar la cuota diaria dineraria.



Según el artículo 41° 2do. Párrafo, el importe del día-multa es el equivalente al ingreso promedio diario del penado, el mismo que debe determinarse atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y otros signos exteriores de riqueza. El Juez Penal debe evaluar la capacidad econó-

mica del funcionario. Ello constituye un sistema más justo en la imposición de la pena de multa, pues finalmente la cuota diaria dineraria es el reflejo del patrimonio que ostenta cada encausado. Aquí, si realizado dicho procedimiento el Juez señala la cuota diaria dineraria en S/. 100.00 soles, todavía estamos ante una determinación parcial de la pena pecuniaria.

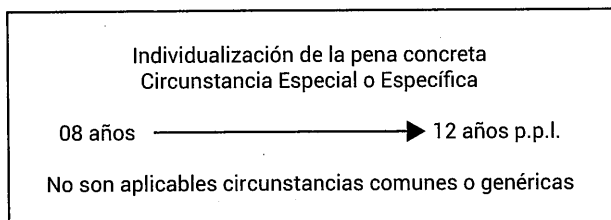
Finalmente, el importe total de la multa a pagar constituye la última etapa en el proceso de determinación de esa pena pecuniaria. Se trata de un monto dinerario expresado en soles y es el resultado de multiplicar el número de días-multa por el importe del día-multa. En este caso propuesto, 250 días-multa por 100 soles da 25,000 soles, lo que finalmente representa la pena de multa para este delito de peculado doloso.

4.4.2. Peculado Doloso Agravado (artículo 387º, 2do y 3er. Párrafo)

El procedimiento de determinación judicial de la pena será distinto para los casos del 2do. y 3er. Párrafo del peculado doloso, ya que estamos ante supuestos más gravosos, esto son, que el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias, o si los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Por lo tanto, se presentan las **circunstancias especiales o específicas** donde el legislador prevé un rango de pena distinto al tipo básico, en el cual solamente operan circunstancias comunes o genéricas. En consecuencia, aquí no opera el sistema de tercios, puesto que se trata de circunstancias especiales agravantes y ese sistema opera con la presencia de agravantes y atenuantes.

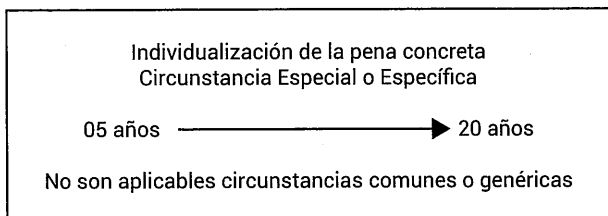
4.4.2.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

En el caso de la **pena privativa de la libertad**, el Juez recorre el espacio punitivo de ocho a doce años, que constituye su pena básica, y luego analizando el hecho en particular fija la pena concreta.



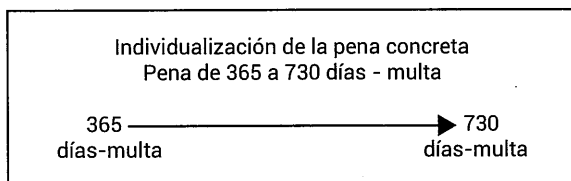
4.4.2.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

Para la **pena de inhabilitación** opera el mismo procedimiento descrito, se gradúa la pena entre 05 y 20 años, sin la posibilidad de acceder a un sistema de tercios, puesto que estamos ante un caso de circunstancias especiales o específicas. No obstante, lo criticable es que el rango de pena previsto siga siendo al igual que el tipo base.



4.4.2.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa

Igual situación se presenta con la **pena de multa**, al tratarse de **circunstancias especiales o específicas**, el Juez Penal recorre el espacio de los 365 a 730 días-multa, sin que sea viable aplicar un sistema de tercios.



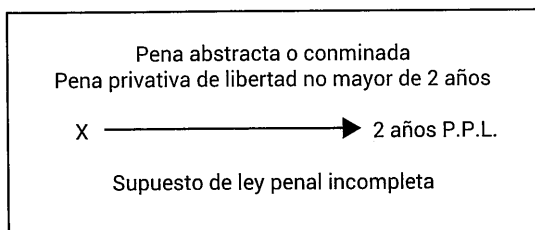
4.4.3. Peculado Culposos [artículo 387°, 4to. Párrafo]

El 4to. Párrafo del artículo 387 regula el delito de peculado culposos y un supuesto especial agravado. En el tipo básico, el Juez debe advertir que nos encontramos ante **penas principales y conjuntas**. Esto es, el Juez Penal deberá imponer de manera obligatoria **pena privativa de libertad no mayor 2 años y prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas**. No obstante ello, al ser también un delito de infracción del deber, debe imponer además la inhabilitación que según el caso corresponda.

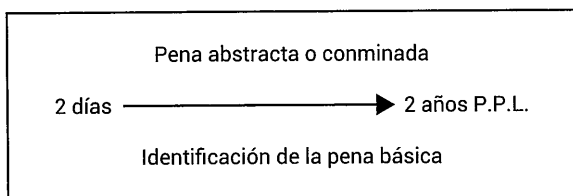
4.4.3.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

Según el artículo 45°-A, el procedimiento de la determinación judicial de la pena privativa de la libertad sería de la siguiente manera: primero, el Juez

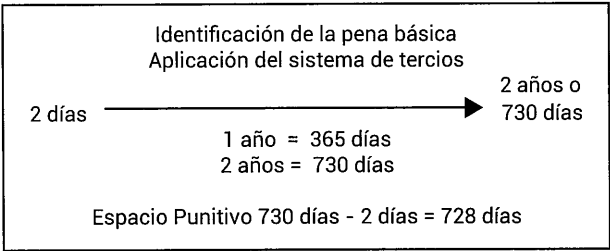
identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. Para ello, verifica la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.



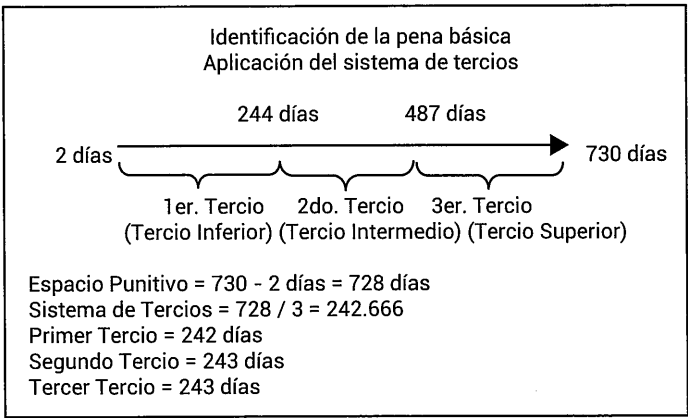
Aquí se presenta la *primera crítica* que ya he señalado anteriormente, puesto que el legislador no regula en forma expresa el extremo mínimo de pena privativa de libertad, debiendo realizarse una remisión penal al artículo 29° del Código Penal, que establece que el extremo mínimo de dicha pena solamente puede ser de 02 días. Mi propuesta es que el legislador, a fin de valorar de manera proporcional el grado de injusto penal, fije de manera taxativa tanto el extremo mínimo como máximo. Aquí el Juez sólo ha identificado su pena básica.



Sin embargo, aquí aparece inmediatamente la *segunda crítica*, en tanto que el factor de determinación está fijado en el extremo mínimo en días y el máximo en años, generando así problemas al momento de establecer el sistema de tercios. Mi propuesta es que se regule el marco punitivo con los mismos extremos (días o años). Pero mientras se soluciona la problemática y, para el delito en concreto, debe trabajarse en un solo factor de determinación a fin de tener tercios exactos. Hasta aquí, estamos frente a un procedimiento tedioso para el Juez Penal que debe superarse en un plazo inmediato.

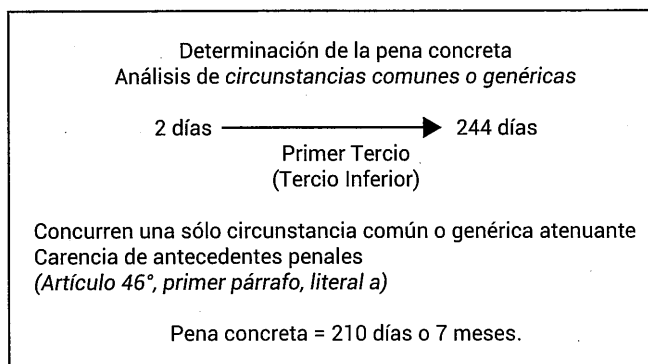


La *tercera crítica* que aparece es que al dividir el espacio punitivo (728 días) del delito de peculado culposo, no se obtienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación judicial de la pena en el artículo 45°-A, pero se olvidó de recurrir a la Parte Especial para que, atento a los principios de proporcionalidad y lesividad, se establezcan tercios exactos en todos los delitos. Así, en el artículo 387° si uno divide 728 días entre tres, obtendrá 242.666 días. Mientras se soluciona esta problemática mi posición es que al tratarse de un esquema de gravosidad escalonada (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se regulen los extremos menos graves para los dos primeros tercios, quedando configurando el sistema de la siguiente manera:



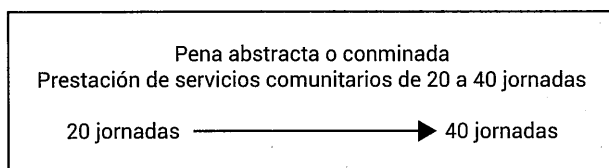
La segunda etapa que debe seguir el Juez es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** que se presenten en el caso penal, las mismas que, por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo regula el artículo 46° del Código Penal. Por ejemplo si en el peculado culposo el funcionario público que comete el hecho ilícito carece de antecedentes penales (artículo 46°, primer

párrafo, literal a), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio inferior o primer tercio, esto es, dentro de los 2 y 244 días. Este es el marco punitivo en el que, conforme al principio de legalidad, el Juez debe regular la pena. El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez y, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del tercio inferior estará graduando la pena conforme a los parámetros del citado artículo 45°-A. En tal sentido, si reguló la pena en 210 días, la pena concreta será de 7 meses.



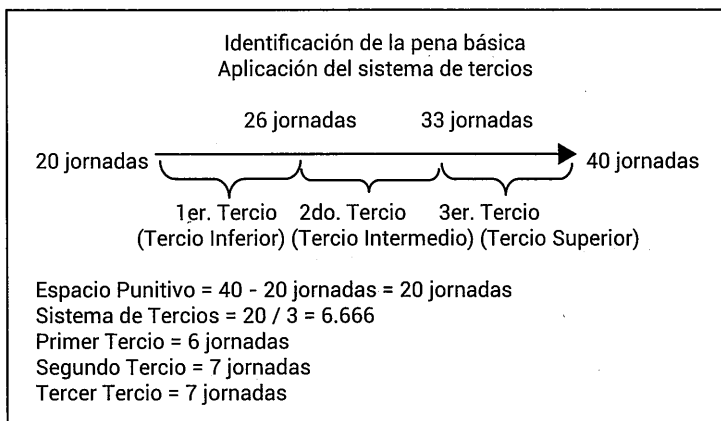
4.4.3.2. Determinación de la Pena de Prestación de Servicios a la Comunidad

El procedimiento de determinación judicial de la pena es el siguiente: primero, el Juez identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. Para ello, verifica la pena abstracta o conminada regulada en el tipo penal.

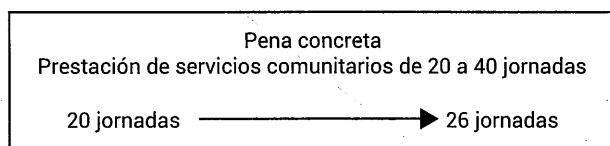


La crítica se presenta al dividir el espacio punitivo (20 jornadas) fijado en el delito de peculado culposo, ya que no se obtienen tercios exactos. El legislador reguló un sistema de tercios para la determinación judicial de la pena en el artículo 45°-A, pero olvidó recurrir a la Parte Especial para que, en atención a los principios de proporcionalidad y de lesividad, se establezcan tercios exactos

en los hechos punibles. Así, en el artículo 387° si uno divide 20 jornadas entre 3 se tiene 6.666 jornadas. Mientras se soluciona este problema, mi propuesta es que al ser un esquema de una gravosidad escalonada (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), se regulen los extremos menos gravosos para los primeros tercios, quedando configurando el sistema de la siguiente manera:

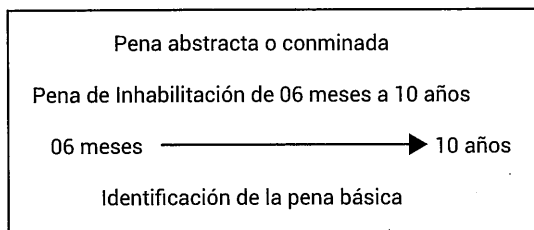


La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al penado evaluando la concurrencia o no de **circunstancias comunes o genéricas** que se presenten en el caso penal, las mismas que, por sus efectos, son agravantes o atenuantes, tal como lo regula el artículo 46° del Código Penal. Por ejemplo si en el delito de peculado culposo el funcionario público que comete el delito carece de antecedentes penales (artículo 46°, primer párrafo, literal a), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta deberá fijarse dentro del tercio inferior o primer tercio, esto es, dentro de las 20 y 26 jornadas. Este es el marco punitivo en el que, conforme al principio de legalidad, el Juez Penal debe fijar la pena. El grado de valoración de cada circunstancia depende del Juez Penal, mientras éste no rebase los límites mínimos y máximos del tercio inferior estará actuando conforme a los parámetros del citado artículo 45°-A.

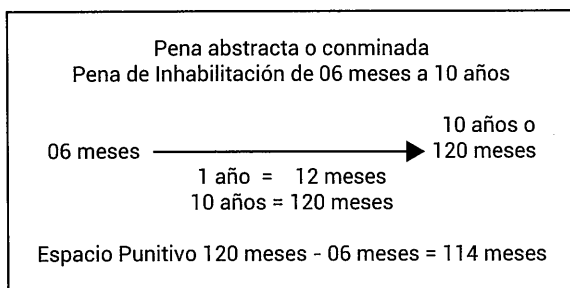


4.4.3.3. Determinación de la Pena de Inhabilitación

La otra sanción principal y conjunta en el delito de peculado culposo la constituye la **pena de inhabilitación**, que atento al artículo 38° se extiende entre 06 meses y 10 años. Aquí también deben aplicarse **circunstancias comunes o genéricas** con igual procedimiento que el desarrollado para la pena privativa de la libertad y la prestación de servicios a la comunidad. Primero, debe identificarse el marco punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y luego dividirlo en tres partes. Para ello, debe verificarse la pena abstracta o conminada regulada en el artículo 426°, que conforme se detalló, obedece a la escala punitiva del primer párrafo del artículo 38°, esto es, desde los 06 meses hasta los 10 años. Aquí el órgano jurisdiccional solamente ha identificado la pena básica.

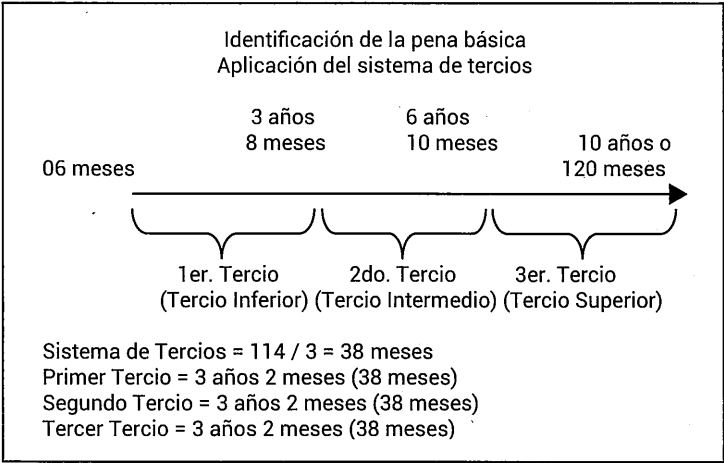


La *primera crítica* que formulamos es que en el *quantum* punitivo el extremo mínimo se establece en meses y el máximo en años, generando así problemas al momento de aplicar el sistema de tercios. Mi propuesta, al igual que para los casos anteriores, es que la pena consigne el mismo factor de determinación a fin de obtener tercios exactos.

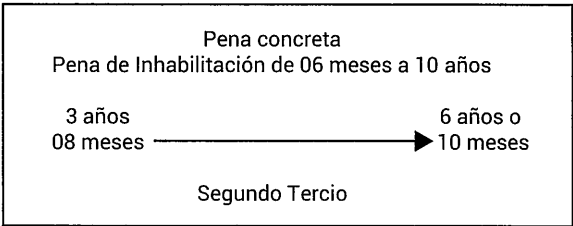


Luego, el Juez Penal debe dividir el espacio punitivo de la pena de inhabilitación en tres partes (sistema de tercios) para poder realizar una segunda fase en el procedimiento de dosificación de la sanción penal. Aquí la tarea se

ve facilitada puesto que al dividir 114 meses entre tres se obtiene 38 meses. En consecuencia cada tercio en el delito de peculado culposo tiene 38 meses o 3 años 2 meses, quedando regulado el sistema de la siguiente manera:



La segunda etapa que debe seguir el Juez Penal es determinar la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de **circunstancias comunes o genéricas** presentes en el caso penal. Sin embargo, en atención a que el delito de peculado culposo establece penas principales y conjuntas, las circunstancias que fueron evaluadas para fijar la pena privativa de la libertad y la prestación de servicios comunitarios deberán ser de analizadas para regular la inhabilitación, siempre que no presenten incompatibilidad. Así, siguiendo el ejemplo propuesto, si en el caso previsto en el 1er. Párrafo del artículo 387°, el funcionario público que comete el hecho punible carece de antecedentes penales (artículo 46, primer párrafo, literal a), pero además actuó con pluralidad de agentes en la ejecución del delito (artículo 46, segundo párrafo, literal i), no concurriendo otro supuesto adicional, la pena concreta debe fijarse dentro del tercio intermedio o segundo tercio, esto es, dentro de 3 años 8 meses y 6 años 10 meses.



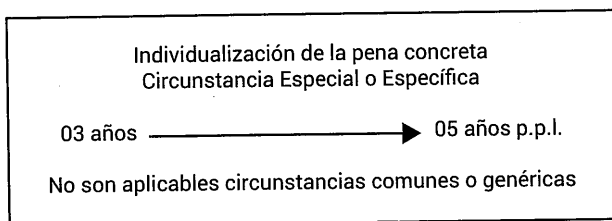
El procedimiento técnico realizado permite visualizar que el sistema de tercios busca alcanzar una pena proporcional y justa por parte del órgano jurisdiccional, pues tratándose de circunstancias comunes o genéricas, y en caso se presenten penas principales y conjuntas, la determinación judicial de la pena siempre caerá en el mismo tercio o ámbito de dosificación.

4.4.4. Peculado Culposo Agravado [artículo 387°, 4to. Párrafo]

Con relación a la forma agravada el procedimiento de determinación de la pena será distinto, ya que estamos ante un supuesto que presenta un mayor grado de reproche, si los caudales o efectos estuviesen destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Por tanto, estamos ante una **circunstancia especial o específica** donde el legislador prevé un rango de pena distinto al tipo básico. En consecuencia, aquí no opera un sistema de tercios, ya que se trata de circunstancias especiales agravantes y dicho sistema opera con agravantes y atenuantes.

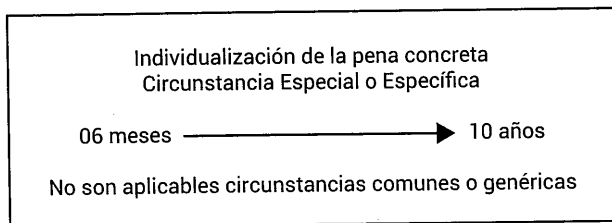
4.4.4.1. Determinación Judicial de la Pena Privativa de Libertad

En este caso, para la pena privativa de libertad, el Juez recorre el espacio punitivo de tres a cinco años y fija la pena concreta.



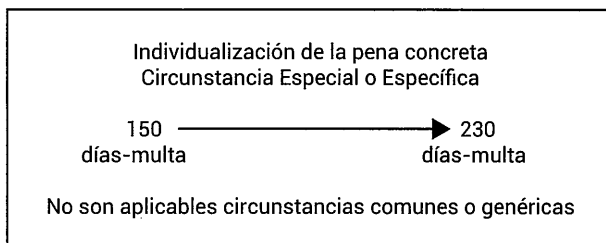
4.4.4.2. Determinación Judicial de la Pena de Inhabilitación

Para la pena de inhabilitación opera el mismo procedimiento descrito, se gradúa la pena entre 06 meses y 10 años, sin la posibilidad de acceder a un sistema de tercios, puesto estamos ante un caso de circunstancias especiales o específicas.



4.4.4.3. Determinación Judicial de la Pena de Multa

Un caso similar ocurre con la multa, para la cual el número de días-multa deberá fijarse entre 150 a 230 días-multa. Sin embargo, una vez fijado el número de los días-multa, el Juez tendrá que seguir el procedimiento establecido en el artículo 41° del Código Penal. Así, si el órgano jurisdiccional señaló por ejemplo 200 días-multa, estamos aún ante una determinación parcial de esta pena pecuniaria. En efecto, una vez fijado el número de días-multa, corresponde al Juez establecer la cuota diaria dineraria. Según el artículo 41° 2do. Párrafo el importe del día-multa equivale al ingreso promedio diario del condenado, el cual debe determinarse atendiendo al patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Para ello, el Juez debe evaluar la capacidad económica del funcionario. Ello constituye un sistema más justo en la imposición de la pena de multa, pues finalmente la cuota diaria dineraria es reflejo del patrimonio que ostenta el condenado. Aquí, si realizado el procedimiento el Juez señala la cuota diaria dineraria en S/. 100.00 soles, todavía estamos ante una determinación parcial de la pena pecuniaria.



Finalmente, el importe total de la multa a pagar es la última fase en el proceso de determinación de esta pena pecuniaria. Se trata de una suma de dinero que se expresa en soles y es el resultado de multiplicar el número de días-multa por el importe del día multa. En el caso propuesto 200 días-multa por 100 soles da 20,000 soles, lo que finalmente representa la pena de multa para este supuesto agravado de peculado culposo.

ANEXOS

JURISPRUDENCIA

ACUERDO PLENARIOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO 2-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Alcances de la pena de inhabilitación

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el bito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídica-

mente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRIGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal.

6. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho -se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§ 2. *Contenido de la pena de inhabilitación.*

8. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8)

del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

§ 3. *Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.*

9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así olla alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisble consecuencia de alterar los cálculos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la naturaleza de las cosas”, por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la au-

torización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: *“Privación de la Función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”*, como la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo López Barja de Quiroga-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: Zaffaroni/Slokar).

§ 4. *Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación.*

11. El artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la (1) congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, (2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa "vinculación jurídica".

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad -tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación -según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que “...*el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley*” Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta 7-en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de de-

fensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión.

Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121° -A, 124° segundo párrafo, 122° -A, 124°, 153° -A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181° -A, 181° -B, 183° -A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243° -C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296° -A,

297°, 300°, 303°-B, 316°. 1 y 2, 317° *in fine*, 318°, 318°-A penúltimo párrafo, 320°, y 323° *in fine*, 324°, 376°-A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de

Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 -delitos aduaneros-, artículo 10°. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 -delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°– la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia,

la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°. 1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

§ 5. Ejecución de la pena de inhabilitación.

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria; requiere como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que

la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Este último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de r\ elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1 y 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión,

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, ^ en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como -si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.

18. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Or-

gánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

19. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.

Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTIN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

ROJAS MARAVÍ

PONCE DE MIER

MOLINA ORDOÑEZ

SANTOS PEÑA

VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: Ejecución de la Pena de Inhabilitación
y Recurso Impugnatorio

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las mate-

rias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos–; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive–. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria– dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

7°. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional– o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: *“La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo*

dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...". También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que *"El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme"*.

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad– sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACP–, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8°. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto–. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP–, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal –en adelante, CP– se cumplen provisoriamente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas.

Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" – así lo precisa el artículo 331° in fine ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que

la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPD, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9°. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPD, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPD, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPD y la Ley Orgánica del Poder Judicial– para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

11°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

12°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo

párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

13°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos

jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión.

Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados el Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe (1) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46°, incisos 12 y 13, 46° B, 46° C, y 69° del Código Penal); así como (2) al concurso real de delitos (artículos 50° y 51° del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

- a) La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46°, incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46° B y 46° C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación).
- b) La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B y 46° C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.

- c) Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46° C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículos 50° y 51° del mismo Código.
- d) Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B del Código Penal sobre reincidencia y 46° C del citado Código sobre habitualidad
- e) Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46° A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46° B o 46° C del mismo Cuerpo de Leyes.
- f) Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46° B y 46° C del Código Penal
- g) Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46° B y 69° *in fine* del Código Penal.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SILDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“individualización de la sanción”).

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

7. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108° se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29° que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, el Juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46º, 46º A, 46º B y 46º C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

8. Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46º del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46º A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley (*"...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido"*). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.

9. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de com-

pensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.: *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, mil novecientos ochenta y ocho, página doscientos veintidós).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias sólo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (artículo 297º, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298º del Código Penal).

10. La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46º A y 46º B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar -en lo pertinente de modo integrado- los métodos teleológico, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: “*El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver*” (HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil cinco, página doscientos veinte y siguientes).

En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función

represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

11. La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores, plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo que se presenta entre los párrafos finales de los artículos 46° B del Código Penal sobre reincidencia y 69° del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (HURTADO POZO, JOSÉ: *Obra citada*, página trescientos y siguientes).

12. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el *plus* de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46° B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

1. Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de

otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.

2. Los delitos –se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
3. No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.
4. El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad –condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46° C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse “...en un lapso que no exceda de cinco años”.
5. Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El *primero*, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente:

- A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Individualización judicial de la pena*, Editorial Colex, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página ciento noventa y siete). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.
- B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta –primera operación adicional-. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Justicia penal contemporánea*, Editorial Librería Portocarretero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

- C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46° B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional – efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena.

En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se

producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, BverfGE 50, 125 ss.].

13. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:
 - a) *Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.* Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.
 - b) *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el *nuevo máximo de la pena básica* será el límite fijado por el artículo 46° B para dicho tipo de agravante (*un tercio o una mitad por encima del máximo original*).
 - c) *Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46° C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos.* Siendo la habitualidad una circunstancia agravan-

te cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, solo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás)

- d) *Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B y 46° C.* Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111° del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46° C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

- e) *Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46° A, con las previstas por los artículos 46° B o 46° C.* Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46° A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad

se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46° A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).

- f) *Límites de las penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46° B y 46° C.* En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29°, 46° A, 50° y 51° del Código Penal, en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicara dicha pena.
- g) *Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46° B y 69° in fine.* La reforma del artículo 69° del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46° B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69°, donde se dispone que “*La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.*”, derogó el párrafo final del artículo 48° B del Código Penal que establecía que “*A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados*”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69° del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal

‘d’), operara definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° y 13°, literales *a, b, c, d, e, f, y g*, para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.

16. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: Determinación de la Pena y Concurso Real

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos juris-

diccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió

el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El concurso real de delitos.*

6°. El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP– regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERRE-ROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio

de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

- A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.
- B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluso él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de delitos.
- B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. *El concurso real de faltas.*

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: “*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*”.

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No

obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de faltas independientes.
- C. Pluralidad de personas perjudicadas.
- D. Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente “... *infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...*”.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: “...*será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.*”. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una “*pena privativa de libertad prevista*”, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal.

Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales come-

tidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*. La redacción proyectada aludía, pues, a un “delito” y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*.

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de pres-

tación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440°.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. *Acusación fiscal y congruencia.*

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al

posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285º-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación

con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal– la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal–. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e in-

dividualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP– tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal*. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo le-

gal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de

la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

RESOLUCIONES JUDICIALES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN MARTIN
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TARAPOTO

EXP. N° : 0029-2017-32-2208-JR-PE-03
JUEZ : MARIELLA DEL ROCIO VARGAS FLORES
ACUSADO : PEDRO DOMINGO SALVADOR GARCIA
AGRAVIADO : EL ESTADO
DELITO : COHECHO PASIVO PROPIO Y OTRO

S E N T E N C I A

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTICINCO

Tarapoto, siete de diciembre

Del año dos mil dieciocho.

VISTOS Y OÍDOS: Los actuados correspondientes, en la audiencia de Juicio Oral, por ante el Primer Juzgado Penal que despacha la magistrado a cargo **MARIELLA DEL ROCIO VARGAS FLORES**, Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Tarapoto – Corte Superior de Justicia de San Martin, seguido contra **PEDRO DOMINGO SALVADOR GARCIA**, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la figura de **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, bajo la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO** y por delito contra la Fe Pública, en la figura jurídica de **FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL**, en la modalidad de **FALSEDADE GENÉRICA**, ambos en agravio del **ESTADO – UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN**, representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de la Región San Martin.

1.- INTERVINIENTES.-

1.- FISCAL: **JOSÉ LUIS VILLALTA ARRIAGA**, Fiscal Provincial Adjunto de la Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de San Martin, señalando:

- Domicilio Procesal: Jirón Maynas N° 396 – Tarapoto
- Casilla electrónica N° 71560
- Teléfono fijo y/o celular: 999512800

2.- PROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE SAN MARTIN: PEDRO ANTONIO REATEGUI REATEGUI, Abogado Adscrito a la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de San Martin, con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 5203, señalando :

- Domicilio Procesal: Jirón Cahuide N° 367 – Tarapoto
- Casilla electrónica N° 69613

3.- DEFENSA TECNICA: FREDY MAYER RAMÍREZ DE LA CRUZ, con Registro del Colegio de Abogados de La Libertad N° 4178

- Casilla electrónica N° 63672
- Domicilio Procesal: Jirón Cahuide N° 240 – 2° piso – Tarapoto
- Correo Electrónico: fredymayer8@hotmail.com

4.- IMPUTADO: PEDRO DOMINGO SALVADOR GARCIA, identificado con DNI N° 01124511, de 66 años, nacido el 27 de abril de 1952, en el distrito de Santiago de Chuco – Provincia de Santiago de Chuco – departamento de La Libertad, hijo de don Juan Manuel y de doña Rosa Edelmira, casado con 02 hijos, con educación superior, docente en la Universidad Nacional de San Martin, con ingreso mensual de aproximadamente S/. 3,800.00 mensuales, con domicilio real en Jr. A. B. Leguía N° 1001 – Tarapoto, sin antecedentes.

2.- FIJACION DEL HECHO, OBJETO DE IMPUTACION.-

El hecho en concreto que se atribuye al acusado PEDRO DOMINGO SALVADOR GARCIA es ser autor del delito contra la Administración Pública, en la figura de DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS, bajo la modalidad de COHECHO PASIVO PROPIO y del delito contra la fe Pública, en la figura jurídica de FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL, en la modalidad de FALSEDAD GENÉRICA.

Señala que conforme a las facultades de la Ley Orgánica del Ministerio Público procederá a realizar sus alegatos, indicando que se le imputa al acusado en su calidad de docente de la Universidad Nacional de San Martin en

el ejercicio de sus funciones el haber realizado por intermedio de terceros y ex alumno y bajo su mandato explícito el cobro de doscientos cincuenta nuevos soles a sus alumnos que previamente él ya había desaprobado en el curso de “Estadística General” que estaba a su cargo, esta desaprobación era hecha con la finalidad de que después de cobrarles el monto aprobarlos aunque su rendimiento sea bajo y para tal motivo falseaba las calificaciones que colocaba en su registro respectivo y que más tarde lograrían la obtención de un título profesional de ser el caso, estas acciones habrían sucedido en el mes de enero del 2017 con ocasión del ciclo regular correspondiente al año 2016. Se han calificado como delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el segundo párrafo del artículo 393° del Código Penal y en el delito de Falsedad Genérica previsto en el artículo 438° del Código Penal.

2.1.- Pretensión del Ministerio Público:

El Ministerio Público sindicó al acusado como **AUTOR** de la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la figura de **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, bajo la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, ilícito penal previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 393° del Código Penal, solicitando la imposición de **SIETE AÑOS** de pena privativa de libertad, **QUINIENTOS DÍAS MULTA** y **DOCE AÑOS DE INHABILITACIÓN**; y por el delito contra la fe pública, en la figura jurídica de **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL**, en la modalidad de **FALSEDAD GENÉRICA**, previsto en el artículo 438° del Código Penal, solicitando por este delito **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, que tratándose de un **CONCURSO REAL** solicita la pena de **DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, **500 días multa** y **DOCE AÑOS DE INHABILITACIÓN**.

2.2.- Pretensión del Actor Civil:

Indica que solicita y se ratifica en la suma de **CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES** a favor del Estado como indemnización y dicho monto se ha basado en criterios meramente civiles, y demostrará la existencia de la responsabilidad civil en función al daño ocasionado, acreditará que existe el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la imputabilidad, sustentará la naturaleza del legítimo interés del Estado, interés legítimo que ha sido afecta-

do por la conducta ilícita del acusado, señala que para probar su pretensión se adhiere a las pruebas presentadas por el Ministerio Público.

2.3.- Pretensión de la defensa técnica del acusado:

Señala que promete acreditar que no existe ningún elemento de prueba acredite la responsabilidad de su patrocinado en los hechos de investigación en su momento y de acusación, que no ha presentado medio de prueba alguno y solicita e su debido momento la absolución de los cargos que se le imputan a su patrocinado.

3.- TIPIFICACIÓN DEL HECHO IMPUTADO.-

-En cuanto al delito contra la Administración Pública, en la figura de DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS, bajo la modalidad de COHECHO PASIVO PROPIO tipificado en el segundo párrafo del artículo 393° 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 artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa”.

Doctrina.- El delito de Cohecho Pasivo Propio en agravio del Estado se describe entendiéndolo 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 ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual deberá entrar en su competencia funcional, siendo una de las característica de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido.

El numeral 393 del Código Penal recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas y luego explicarlas para conocer su naturaleza jurí-

dica. Señala el autor Ramiro Salinas Siccha en su libro “Delitos contra la Administración Pública, cuarta edición, 2016, pág. 515, que el segundo párrafo del numeral 393 del Código Penal establece tres supuestos delictivos particulares: (...) a) el que se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones.

Que para el caso en concreto de acuerdo a la teoría del caso del Ministerio Público que es cuando el agente solicita directa o indirectamente, donativo (...) para realizar (...) un acto en violación de sus obligaciones (...). En este supuesto el verbo rector es **solicitar**, el que se entiende como pedir, procurar, gestionar o requerir algo. En tal sentido el delito se configura cuando el funcionario o servidor público de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra persona) pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto en violación a sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público.

El bien jurídico protegido es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

El sujeto activo, solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, los particulares están excluidos de ser autores de este delito, estos solo pueden ser atribuidos al mismo delito en calidad de cómplices si se llega a verificar su intervención en la conducta del funcionario o servidor público.

El sujeto pasivo es el Estado.

Tipicidad subjetiva: De la redacción del contenido del tipo penal es de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa de funcionario o servidor público.

En cuanto al delito contra la fe pública, en la figura jurídica de FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL, en la modalidad de FALSE-

DAD GENERICA, previsto en el artículo 438° del Código Penal, que prescribe: “El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido, o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Doctrina.- En la doctrina nacional se anota que la falsedad genérica es un tipo residual en la medida que solo hallará aplicación para los supuestos que no tengan cabida en los otros tipos penales que protegen la fe pública, pudiéndose cometer este delito tanto a través de un documento como también mediante palabras, hechos y en general mediante cualquier medio siempre que suponga una alteración a la verdad y se cause con ella un perjuicio.

En cuanto a la tipicidad objetiva, se tiene que :

El bien jurídico protegido es la fe pública, es decir la protección recae en el derecho a la verdad, a diferencia de la Falsificación de Documentos o Falsedad Ideológica en donde el bien jurídico es la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico.

Sujeto activo.- Constituye un delito común al no requerir una cualidad especial en el agente.

Sujeto pasivo.- De forma mediata sería la colectividad al verse defraudada en sus legítimas expectativas de seguridad en el tráfico jurídico, no obstante se puede verificar una víctima perjudicada que puede ser una persona física o jurídica.

Tipicidad subjetiva: Es una conducta dolosa. El agente dirige su proceder conductivo a simular mediante palabras o hechos una situación que no corresponde con la verdad o a usurpar el nombre, cargo o calidad, asumiendo una identidad o actividad que ejerce otra persona.

4.- ACTUACION PROBATORIA

4.1.- Examen del acusado.- Manifestó que no iba a declarar, por lo que de conformidad con el artículo 376 inciso 1 del Código Procesal Penal se le puso en conocimiento que se leerá su declaración prestada ante el Fiscal.

4.2.- Examen del testigo ELIEZER NOVARO ARONES CASTILLO.- Señala que en el año 2017, en enero estaba estudiando, había terminado el IV ciclo y estaba por iniciar el V ciclo, que al acusado fue su docente en IV ciclo en el curso de Estadística General, que terminó siendo su alumno porque es un curso obligatorio, que desaprobó en el ciclo regular y en el aplazado aprobó, que el motivo de su denuncia fue porque los compañeros que tenía estaban mencionando que el profesor estaba haciendo cobros indebidos para aprobar el curso y no le pareció justo que algunos que no se esfuerzan aprueben y otros pagando aprueben, que no puede mencionar el nombre de sus compañeros pero fueron varios conocidos que habían llevado con el docente que le mencionaron que hacia cobro, el docente era el profesor Pedro Domingo Salvador García, que eso fue lo que denunció. Que se contactó con Edgar Ríos Espinoza para ese tema del cobro, que él le envió una solicitud en el Facebook sin nada a mencionar pero él sabía que él era porque le habían mencionado que era quien hacia los cobros, que después que hizo la denuncia lo llamó a Edgar y grabó la llamada para tener base para su denuncia, refiere que cuando le contactó ya sabía que estaba desaprobado, que le dijo que era Doscientos cincuenta soles y que el declarante le pidió que le baje la cantidad, que no habló con Edgar por Facebook, sino por teléfono, que no le dijo como iba a ser repartido el dinero. Indica que el docente directamente no le ha pedido nada, que no ha sido testigo de que haya pedido algún compañero, que no le llegó a pagar a Edgar, que es cierto que en la ampliación de su testimonio ante el Ministerio Público en la pregunta número tres manifestó en la última parte que cuando le llamó al docente para preguntarle acerca del dinero que estaba pidiendo Edgar Ríos Espinoza, el docente se negó y le cortó súbitamente.

4.3 Examen del testigo KELVIN ERICK AREVALO TAFUR.- Que tiene veinte años, es estudiante de la carrera de Ingeniería Civil, que conoce a Eliécer Novaro Arones Castillo porque son compañeros de la misma carrera, que lo conoce al acusado porque ha sido su docente en Estadística, que en ese curso a veces faltaba a veces no, que normalmente todo tranquilo y algunos exámenes no se podía aprobar, algunos si como cualquier curso, que no aprobó el curso, que se fue al aplazado y ahí fue donde sucedió toda esta situación, después que desaprobó pensaba estudiar y llevar el curso, pero fue comunicado por el alumno Edgar un alumno de Economía por el Facebook quien le propuso que le podía ayudar y que tendría que pagar, que el mismo alumno le

dijo que le quería ayudar para aprobar el curso y le pedía doscientos cincuenta soles, le dijo para comunicarse con otros alumnos que están con el mismo problema, ahí se comunicó con su compañero Eliécer, que se enteraban que estaban jalados por que el docente les citaba a sistemas para decirles si estaban jalados o no, que la relación de aplazados no se publicaba sino que les decía a cada uno, que hasta ahí no sabía que existía Edgar.

Que concretó la entrega del dinero, Edgar le citó en el parque la paz donde esta las palomitas por nueve de abril, le citó para llevar el monto de dinero que rea doscientos cincuenta, que le avisó a su compañero Eliécer, que le dio el dinero a Edgar y al día siguiente hizo su denuncia, que Edgar le dijo que era amigo del docente, que no se preocupara por nada, que ya a la vez estaba aprobado y que si pudiera decir a los compañeros para que hagan lo mismo y que él tenía la relación y les podía apoyar con todo y que como era su amigo les hacía ese favor, que Edgar dijo que el dinero era para el docente por que se iba a ver en la noche con el docente y le iba a comunicar. Que les iba a aprobar en el aplazado por los doscientos cincuenta y el aplazado era con el mismo docente.

Que Edgar les dijo que era amigo del docente, que no lo conocía, que el docente también enseñaba Economía y ya se decía que había una persona que cobraba, que no va a responder si alguna vez lo vio con el docente . Que el docente también enseñaba en economía y Edgar estudiaba en economía, que el deponente estaba en V o VI ciclo, que Edgar lo contactó por el Facebook, que el docente le dijo que estaba desaprobado, que cuando hizo el pago fue antes del aplazado, que cuando dio su examen de aplazados lo aprobó con once.

4.4 Examen del testigo EDGAR RIOS ESPINOZA. Señala que jura responder con la verdad a las preguntas que se le formulen, de veintiún años, natural de Yurimaguas, se dedica a la fotografía y producción de videos, que lo conoce al acusado porque ha sido su profesor dos ciclos en la Nacional, le enseñó Economía, cuando ya había jalado el primer ciclo, que en el año 2017 fue detenido por la Policía por que había un cobro a compañeros que jalaban el curso con el propósito de darle al profesor y puedan aprobar, que él no actuaba por mandato del profesor, nada más un compañero le buscó porque estaba llevando el curso por segunda vez y como estaba visto que iba a apro-

bar el curso le dijo si le podía ayudar y le dio trescientos soles supuestamente para darle al profesor par aquello apruebe pero no fue así, el profesor se había negado, había devuelto al compañero Jeyson Benites Izquierdo, y cuando estaban en el ciclo de verano tuvo conocimiento que los dos compañeros que estaban ahí estaban jalados y quiso hacer lo mismo, pero al día siguiente le había detenido la policía al costado de su domicilio, que tenía comunicación con el acusado por teléfono, por Facebook, que de vez en cuando frecuentaba al profesor por la amistad que tenía, porque le había hecho un video clip, eso fue el vínculo para hacer amistad, que obtuvo el nombre de las personas que contactaba porque la primera vez el compañero Jeyson le había buscado y la siguiente vez había asistido a la casa del profesor y justo le encontró llenando actas, que le mencionó que había varios jalados y justo vio el nombre de los dos testigos, y como se quería ganar un sencillo los buscó, que a Eliezer Novaro cuando le contactó le dijo que si llevaba el curso y si estaba con posibilidades de jalar y le dijo que necesitaba un apoyo se contactó por chats, que él le dio su número y fue ahí cuando grabó la llamada, que recibió dinero de uno de ellos doscientos cincuenta, que estaba esperando recibir el dinero de la siguiente persona para que recién se apersona al profesor pero no se dio porque al día siguiente le capturaron al costado de su casa.

Que cuando estuvo detenido brindó su autorización para revisar su Facebook, que ahí tiene conversaciones con el docente, que tiene una sentencia de terminación anticipada.

Que no le comentó al docente que hizo los cobros a los alumnos porque él no le decía tu cobra que nada más actuaba por querer ganar un sencillo, que él esperaba que le paguen para que después le pida al docente que los apruebe por la amistad que tenían y para así ganarse un sencillo.

Que al ser confrontado con su declaración de fecha 05 de enero de 2017, donde refirió: que se había obtenido su reporte de llamadas, que el docente le llamó y le dijo para que se reúnan y tomen unas cervezas, además de tratar unos temas, que le volvió a llamar el profesor indicándole que se vaya a su casa para hablar de unos temas que no se podían hablar por teléfono, que posteriormente se encontró con el profesor en su domicilio ubicado en Alonso de Alvarado cuadra nueve Tarapoto, donde arrienda una habitación, que el docente le dio una lista de desaprobados que enseña en las tres escuelas de la

Universidad Nacional de San Martín y le dijo para hacerlo como siempre, esto es contactarlos para decirles que el profesor les podía aprobar si pagaban la suma de doscientos cincuenta soles, que el profesor le dijo que tenga cuidado y que nunca diga que la plata es para él, aunque en realidad la plata es para él, le precisa el representante del Ministerio Público que cuando brindó esa declaración el declarante estuvo acompañado por su abogado particular, señala el deponente que si dijo eso y al ser preguntado por el señor Fiscal porque cambia de versión pese a estar bajo juramento señaló que estaba nervioso, tenía miedo de perder su carrera, que le rechacen sus padres. Refirió además que es cierto que dijo ante la Fiscalía que a través de su cuenta de Facebook le contactó a Kelvin Erick para preguntar si estaba desaprobado, pero él ya sabía que estaba desaprobado, que después que le dio el dinero se comunicó con el profesor para decirle que ya le había pagado uno de la lista y le dijo que para reunirse en la noche para la entrega del dinero, reitera que respondió de esa manera porque estaba nervioso, se precisa que en su declaración brindada ante el Ministerio Público señaló que posteriormente se encontró con el profesor y le entregó el dinero, que estando en la habitación del docente le llamó Eliezer Novaro quien antes le había preguntado si era posible pagar más, no dar el examen y aprobar el curso, pero el profesor le dijo que eso no iba a ser posible, porque no estaba dando lo que habían quedado, que el profesor le dijo que no conteste las llamadas, porque el alumno tenía que asistir al examen, que no llegó a recibir nada de Arones. Que posteriormente le llamó el profesor y le dijo sin explicación alguna que ya no cobre a Eliezer por lo que ya no le contestó siguiendo las instrucciones del profesor. Que de igual modo ante el Ministerio Público señaló que estando en la habitación del profesor éste le dictó una lista de alumnos desaprobados, que le hizo escribir en un papel los nombres para pedirles dinero que debía entregar al profesor y que los iba a aprobar, que le dijo que nunca diga que la plata es para él, que limpiando su cuarto botó la lista, que esa lista no es pública, solo cada alumno puede conocer las notas del curso, pero él lo sabía por el profesor que fue quien le dio los nombres para contactarlos.

En juicio cambia su versión diciendo que él vio los nombres en su registro del profesor y anotó los nombres de los dos alumnos por eso a ellos nomás los contacta.

Que ante el Ministerio Público indicó que con los nombres que le dio el profesor empezó a buscarles por el Facebook, que solo se comunicó con dos alumnos por que otros tres no le aceptaron su solicitud de amistad, a lo que refiere que no es cierto porque solo tenía dos nombres. Señaló ante la Fiscalía que el profesor le daba veinte soles por alumno, que anteriormente el compañero Jeyson le dijo si podía aprobar y trató de cobrarle esa suma para ir al profesor pero ya que le rechazó le había devuelto su dinero, que eso fue el ciclo pasado, que devolvió el dinero después de un mes.

4.5 Examen del testigo JHEYSON RAMIRO BENITES IZQUIERDO.

Refiere que en el año 2016 estaba estudiando Economía y que su docente fue el acusado, que desaprobó el curso de Estadística y que en ese entonces su compañero era Edgar y como era el más próximo al profesor conversó como podía hacer para aprobar y en ese entonces le dijo para que diera trescientos cincuenta para que le aprueba, pero que no se llegó a nada, que siempre conversaba más con el profesor, dialogaba más en el aula, que no tenía conocimiento de algún cobro del docente, sino que cuando jalo vio la forma de cómo aprobar el curso. Que después de pagar a Edgar se fue a dar el examen pero salió desaprobado en ese curso y le preguntó que paso y le dijo que no había aceptado el profesor porque se había regresado y no había recibido su nota, que el profesor ponía un ejercicio en la pizarra y se sentaba y no explicaba mayormente, que Edgar si aprobó el curso, que el profesor no le pidió el dinero, que cuando le pidió el dinero le dijo que iba a conversar con el profesor y que iba a ver como le podía ayudar. Refiere que lo manifestado ante el Ministerio Público es cierto, que el profesor no explicaba toda la clase, que sus conversaciones que tenía con Edgar ya no los tiene. Indica que no aprobó y que Edgar le devolvió su dinero en partes, que fue porque no se fue a recibir sus notas ese día, que no ha tenido ninguna comunicación directa con el docente.

Oralización de las pruebas documentales admitidas al Ministerio Público obrantes en el Cuaderno de Debates:

PARA EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO:

1. Original de la DENUNCIA FISCAL. Formato A-3, realizada por el alumno Eliezer Novaro Arones Castillo

2. IMPRESIÓN DEL SISTEMA WEB DE NOTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTIN.
3. Original de la DENUNCIA FISCAL. Formato A-3, mediante el cual el alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur, interpone denuncia contra Edgar Ríos Espinoza.
4. IMPRESIÓN DEL SISTEMA WEB DE NOTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTIN del alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur.
5. IMPRESIÓN DE LAS CONVERSACIONES EN EL CHAT FACEBOOK REALIZADAS ENTRE KELVIN ERICK ARÉVALO TAFUR y EDGAR RÍOS ESPINOZA.
6. Original de la CONSTANCIA DE RECEPCION DE DOCUMENTACION, donde se observa las siguientes documentales debidamente firmadas por el Decano de la Facultad de Ingeniería de Sistemas, la cual consta de los siguientes: Resolución N° 628-2003-UNSM/CR y G-ANR, Memorando N° 073-2016/UNSM/DASI, Syllabus de la asignatura de “Estadística General” correspondiente al período 2016-11 del IV Ciclo de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de San Martin, Acta de Evaluación Académica Regular 2016-11, y la Lista de Alumnos Matriculados en el curso de Estadística General.
7. Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS del equipo celular 982619063 perteneciente a Edgar Ríos Espinoza con el número 951939145 del acusado y con el número 979269785 de Eliezer Novaro Arones Castillo.
8. Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS de la cuenta de Facebook de Edgar Ríos Espinoza que mantenía conversaciones con el docente Pedro Domingo Salvador García.
9. Original del ACTA FISCAL DE CONSTATAción DE INMUEBLE MAS IMPRESIONES FOTOGRÁFICAS del inmueble del acusado.
10. Original del OFICIO N° 010-2016-DIRNOP/REGOL-SAM/OFITIC.T, donde se aprecia que Pedro Domingo Salvador García no cuenta con Antecedentes Policiales.

11. Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS del celular de Eliezer Novaro Arones Castillo con el número 951939145 del acusado
12. Original del ACTA DE TRANSCRIPCION DE VIDEO, de las conversaciones entre Ríos Espinoza y Eliezer Novarro Arones Castillo.
13. Original del ACTA DE ESCUCHA, TRANSCRIPCION Y RECONOCIMIENTO DE VOZ, de la transcripción de audio de las conversaciones de Ríos Espinoza y Eliezer Novarro Arones Castillo.
14. Original de CONSTANCIA DE RECEPCION DE DOCUMENTACION Y ANEXOS, en la cual se adjunta la siguiente información relacionada la imputado: Copia de la Resolución N° 005-2016-UNSM/AU-R/NLU y anexos, Copia de la Resolución N° 391-2015-UNSM/CU-R/NLU y anexos, Copia Certificada de cuatro (04) syllabus del curso de Estadística General, Copia Certificada del Memorando N° 028-2016-UNSM/DASI, Copia Certificada del Informe Semestral N° 2016-1, Copias Certificadas de cinco (05) actas de evaluación académica regular 2016-II, correspondiente al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura, Administración e Idiomas,. Copias Certificadas de cuatro (04) actas de evaluación académica de aplazados 2016 II, correspondientes al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura Administración e Idiomas y Copia Certificada del Directorio del Personal Docente del Departamento Académico de Sistemas e Informática.
15. Original de OFICIO N° 0162-2017-INFE/21.06-AJ, donde se puede apreciar que el docente Pedro Salvador García no cuenta con Antecedentes Judiciales.
16. Original de OFICIO N° 0006-2017-A-RDC-REDJJU-USJ-CSJSM/IU, donde se puede apreciar que el docente Pedro Salvador García no cuenta con condena alguna.
17. Original de OFICIO N° 039-2017-UNSM-T/R, mediante el cual se remite la siguiente información relacionada al imputado en relación a su desempeño dentro de la Universidad Nacional de San Martin,

conteniendo lo siguiente : Carta N° 019-2017-UNSM-T/FISI y anexos, Informe N° 001-2017-UNSM/DASI y Anexos, Resolución N° 013-2015-UNSM-T/CU-R y anexos, Carta N° 083-2017-UNSM-T/OAA-NLU y anexos, Carta N° 014-2017-UNSM/OAA/URTyPC y anexos, Carta N° 002-2017-UNSM-T/TH y anexos.

18. Original de OFICIO N° 0071-2017-SUNARP-Z.R.N° III-SM-UREG-ORT/PUB-PAM, que acredita el predio del acusado.
19. Copia simple de SENTENCIA DE TERMINACION ANTICIPADA DE FECHA 06 DE ENERO DE 2017, de Edgar Ríos Espinoza.
20. COPIA SIMPLE DE LA RESOLUCION N° 01, DE FECHA 24 DE FEBRERO DE 2017, correspondiente a la incautación del Celular de Edgar Ríos Espinoza

PARA EL DELITO DE FALSEDAD GENÉRICA:

1. IMPRESIÓN DE LAS CONVERSACIONES EN EL CHAT FACEBOOK REALIZADAS ENTRE KELVIN ERICK ARÉVALO TAFUR y EDGAR RÍOS ESPINOZA.
2. Original de CONSTANCIA DE RECEPCION DE DOCUMENTACION, donde se observa las siguientes documentales debidamente firmadas por el Decano de la Facultad de Ingeniería de Sistemas, la cual consta de los siguientes: Resolución N° 628-2003-UNSM/CR y G-ANR, Memorando N° 073-2016/UNSM/DASI, Syllabus de la asignatura de “Estadística General” correspondiente al período 2016-11 del IV Ciclo de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de San Martín, Acta de Evaluación Académica Regular 2016-11, y la Lista de Alumnos Matriculados en el curso de Estadística General.
3. Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS de la cuenta de Facebook de Edgar Ríos Espinoza con el acusado
4. Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS del celular perteneciente a Eliezer Novaro Arones Castillo con el acusado.
5. Original del ACTA DE TRANSCRIPCION DE VIDEO, de las conversaciones entre Ríos Espinoza y Eliezer Novaro Arones Castillo.

6. Original del ACTA DE ESCUCHA, TRANSCRIPCION Y RECONOCIMIENTO DE VOZ, de la transcripción de las conversaciones de Edgar Ríos Espinoza y Eliezer Novarro Arones Castillo.
7. Original de la CONSTANCIA DE RECEPCION DE DOCUMENTACION Y ANEXOS, en la cual se adjunta la siguiente información relacionada la imputado: Copia de la Resolución N° 005-2016-UNSM/AU-R/NLU y anexos, Copia de la Resolución N° 391-2015-UNSM/CU-R/NLU y anexos, Copia Certificada de cuatro (04) syllabus del curso de Estadística General, Copia Certificada del Memorando N° 028-2016-UNSM/DASI, Copia Certificada del Informe Semestral N° 2016-1, Copias Certificadas de cinco (05) actas de evaluación académica regular 2016-II, correspondiente al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura, Administración e Idiomas,. Copias Certificadas de cuatro (04) actas de evaluación académica de aplazados 2016 II, correspondientes al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura Administración e Idiomas y Copia Certificada del Directorio del Personal Docente del Departamento Académico de Sistemas e Informática.
8. Original de OFICIO N° 039-2017-UNSM-T/R, mediante el cual se remite la siguiente información relacionada al imputado en relación a su desempeño dentro de la Universidad Nacional de San Martín, conteniendo lo siguiente : Carta N° 019-2017-UNSM-T/FISI y anexos, Informe N° 001-2017-UNSM/DASI y Anexos, Resolución N° 013-2015-UNSM-T/CU-R y anexos, Carta N° 083-2017-UNSM-T/OAA-NLU y anexos, Carta N° 014-2017-UNSM/OAA/URTyPC y anexos, Carta N° 002-2017-UNSM-T/TH y anexos.

De conformidad con el artículo 376 del Código Procesal Penal

Lectura a la declaración del acusado ante el Fiscal. Se verificó que no declaró en sede fiscal por cuanto indicó que se reservaba su derecho a declarar.

5.-ALEGATOS DE CLAUSURA DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

Indica que la tesis del Ministerio Público ha sido acreditar que el acusado quien era docente a través de otras personas, Edgar Ríos Espinoza efectuaba

cobros a los alumnos para aprobarlos en el curso de Estadística general que quien pedía era Edgar Ríos Espinoza para generarse impunidad, que el acusado no lo hizo directamente, que él directamente nunca cobró; que todos los testigos actuaron conforme a sus declaraciones previas menos uno, lo que es una acción sospechosa; refiere que Edgar Ríos Espinoza tiene una sentencia de Terminación Anticipada del Proceso y señaló que lo que había dicho era falso, que luego de su declaración se le confrontó con sus dichos, que se tiene que ver su actitud, que ha venido sólo, sin abogado y no ha tenido miedo, solicita que se verifique sus omisiones sus contradicciones, sus respuestas; que el interrogatorio es suficiente para destruir el principio de inocencia; señala que respecto al Chat nunca se le pudo preguntar pero que de la lectura se advierte que es un modus operando el que tenían; que se tiene la declaración de los testigos, la sentencia de Terminación Anticipada del Proceso, que no estaba coaccionado el testigo, no se puede decir que el Juez de Investigación Preparatoria coaccionó y que por que estuvo detenido estaba coaccionado; que está probado que el acusado ha sido profesor de los alumnos denunciantes quienes no tenían ningún otro interés más que de aprobar el curso, que Edgar obtuvo una sentencia condenatoria, que el flagelo de la corrupción no se inicia desde que uno asume un cargo sino desde casa; que todo está probado a través de prueba directa e indirecta por lo que solicita se le condene al acusado y respecto a la actitud contradictoria se remita copias al Ministerio Público para Edgar Ríos Espinoza, que se informe a la ODECEMA por la coacción del Juzgado de Investigación Preparatoria. Finalmente se ratifica en su pretensión y que se condene al acusado como autor del delito de **COHECHO PASIVO PROPIO** a SIETE AÑOS de pena privativa de libertad, QUINIENTOS DIAS MULTA y DOCE AÑOS DE INHABILITACION; y por el delito de **FALSEDAD GENÉRICA** a TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, que tratándose de un **CONCURSO REAL** solicita la pena de **DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, 500 días multa y DOCE AÑOS DE INHABILITACION.**

6.- ALEGATOS FORMULADOS POR EL ACTOR CIVIL.

Refiere que la corrupción socava las instituciones públicas y que ha quedado demostrada la imputación del acusado quien en su condición de docente se aprovechó del cargo para solicitar dinero por intermedio de Edgar Ríos

Espinoza, lo que se acredita con la Terminación Anticipada del Proceso en donde narra la forma como operaba por lo que reitera su pedido de Indemnización por daños y perjuicio en la suma de CINCUENTA MIL SOLES.

7.- ALEGATOS FORMULADOS POR EL ABOGADO DEL ACUSADO.

Indica que el tipo objetivo que debió haber acreditado el Ministerio Público es que su patrocinado ha pedido de forma indirecta, que en doctrina se configura cuando el funcionario pide, solicita, gestiona y que cuando es una tercera persona quien lo solicita debe haber elementos periféricos, que la Falsedad el Ministerio Público lo plasma en el registro de notas, que en este caso colocar una nota que no corresponde no configura como delito ya que por especialización el cohecho subsume al de Falsedad. Que respecto al Cohecho Eliezer Novaro Arones dijo que el profesor no le ha pedido; que Kelvin Arévalo Tafur ha manifestado que directamente el profesor no le ha pedido. Refiere que la sentencia de Terminación Anticipada donde sentenciaron a Edgar Ríos Espinoza como cómplice sin haber condenado al autor transgredí el artículo 468 inciso 3 del Código Procesal Penal ya que no le notificaron al acusado a quien le están vulnerando el principio de presunción de inocencia, que no sabía de una investigación; que Edgar Ríos Espinoza Eliezer se encontraba detenido desde el 04 de enero lo cual denota que estaba siendo intimidado por que si no firmaba la Terminación Anticipada del proceso acarrearía una prisión preventiva. Argumenta que el Acuerdo Plenario 002-2005 es de obligatorio cumplimiento. Que en el trascurso del juicio oral se ha visto una presión hacia el despacho formulando recusación, inhibición, que Edgar Ríos Espinoza es co imputado, que como pretende el Ministerio Público que se remita copias al Ministerio Público sino tiene obligación de juramentar, puede mentir. Finalmente indica que al no haber elementos periféricos solicita la absolución de su patrocinado.

8.- AUTODEFENSA DEL ACUSADO.

Indica que es inocente, que le llama la atención que estudiantes hayan hecho todo un problema y que le hayan metido en este problema por lo que pide se le absuelva.

9.- HECHOS PROBADOS Y NO PROBADOS.

Respecto al Delito de Cohecho pasivo propio:

- Se encuentra acreditado que el Ministerio Público imputa al acusado que en su calidad de docente asociado de la Universidad Nacional de San Martín durante el año 2016, mientras dictaba la cátedra de “Estadística General” en diversas facultades y teniendo alumnos desaprobados a fin del ciclo de estudios 2016, con fecha 30 de diciembre del 2016, en su domicilio le señaló a Edgar Ríos Espinoza, alumno de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional de San Martín, que tenía una lista de alumnos que habían desaprobado su curso de Estadística General y que para aprobar tenían que pagar la suma de S/. 250.00 y de toda la gestión y cobro tenía que encargarse su también alumno Edgar Ríos Espinoza y por dicho acto le correspondería una comisión de S/. 20.00 por cada alumno que pague el monto requerido, siendo que posteriormente Edgar Ríos Espinoza contactó con Kelvin Erick Arévalo Tafur, quien aceptó la propuesta entregando el dinero con fecha 03 de enero del 2017; asimismo se contactó con Eliezer Novaro Arones Castillo explicándole lo que tenía que hacer para aprobar el curso, lo que le pareció irregular motivo por el cual el mismo día 03 de enero del 2017 interpuso su denuncia penal.
- Se encuentra acreditado que el Ministerio Público a los hechos imputados los ha tipificado en el artículo 393° segundo párrafo del Código Penal.
- Se encuentra acreditado que el acusado Pedro Domingo Salvador García se desempeñaba como docente del curso de Estadística General de la Universidad Nacional de San Martín dictando cátedra en el IV Ciclo de la carrera de Ingeniería Civil en el semestre académico 2016 II.
- Se encuentra acreditado que Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo eran alumnos de Universidad Nacional de San Martín- Escuela profesional de Ingeniería Civil encontrándose matriculados en el semestre académico 2016 II, siendo su profesor del curso de Estadística General el acusado Pedro Domingo Salvador García.

- Se encuentra acreditado que los alumnos Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro desaprobaron el curso de Estadística General en el semestre regular 2016 II, ambos con nota de Nueve.
- Se encuentra acreditado que Edgar Ríos Espinoza se contactó con Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo para proponerles aprobar el curso de Estadística General previo pago, propuesta que fue aceptada.
- Se encuentra acreditado que Kelvin Erick Arévalo Tafurle pagó a Edgar Ríos Espinoza la suma de S/. 250.00 soles con la finalidad de aprobar el curso de Estadística General a cargo del docente Pedro Domingo Salvador García
- Se encuentra acreditado que el acusado y el testigo Edgar Ríos Espinoza mantuvieron comunicación telefónica desde el día 30 de diciembre del 2016 hasta el 03 de enero del 2017
- No se encuentra acreditado que haya sido iniciativa de Edgar Ríos Espinoza solicitar dinero a los alumnos desaprobados toda vez que esa información lo tenían los propios alumnos y el docente.

Respecto al Delito de Falsedad Genérica:

- Se encuentra acreditado que el Ministerio Público imputa al acusado que luego de haber recibido examen por parte de los alumnos aplazados al momento de vaciar los resultados a las actas de calificación correspondientes, se verificó que ambos alumnos Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo habían aprobado el examen de aplazados con la calificación de 11; sin embargo, dicha nota aprobatoria no correspondería a lo realmente rendido por el alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur, sino por el contrario solo obedecería al cambio por un previo pago que había efectuado dicho alumno
- Se encuentra acreditado que el Ministerio Público a los hechos imputados los ha tipificado en el Artículo 438° del Código Penal
- Se encuentra acreditado que el acusado Pedro Domingo Salvador García se desempeñaba como docente del curso de Estadística General de la Universidad Nacional de San Martín dictando cátedra en el IV Ciclo de la carrera de Ingeniería Civil en el semestre académico

2016 II, siendo sus alumnos Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo

- Se encuentra acreditado que los alumnos Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo desaprobaron el curso de Estadística General en el semestre regular 2016 II, ambos con nota de Nueve.
- Se encuentra acreditado que Edgar Ríos Espinoza, se contactó con Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo para proponerles aprobar el curso de Estadística General previo pago, propuesta aceptada, habiendo cancelado el alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur le pago a Edgar Ríos Espinoza la suma de S/. 250.00 con la finalidad de aprobar el curso de Estadística General a cargo del docente Pedro Domingo Salvador García
- Se encuentra acreditado que los alumnos Kelvin Erick Arévalo Tafur y Eliezer Novaro Arones Castillo en el Acta de Evaluación Académica de Aplazados 2016 II figuran aprobados con la nota de ONCE.

10- ANALISIS Y VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA-

El artículo 393 inciso 2 del Código Procesal Penal señala que el juzgador en el proceso de valoración primero efectuará un análisis individual y luego en conjunto de los medios de prueba, limitando la valoración el inciso 1 cuando señala que no se podrán utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporados a juicio oral, por lo que, bajo dichos parámetros se efectuará el análisis:

PRIMERO.- Del contexto de la pretensión penal formulada por el Ministerio Público se tiene que la imputación fáctica postulada contra el acusado Pedro Domingo Salvador García consiste en que a través de terceros realizaba cobros a los alumnos desaprobados en la materia que enseñaba “Estadística General” para aprobarlos, requiriendo la suma de Doscientos Cincuenta soles y dentro del marco normativo el Ministerio Público indica que los hechos imputados se adecuan al delito contra la Administración Pública, en la figura de DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS, bajo la modalidad de COHECHO PASIVO PROPIO tipificado en el segundo párrafo del artículo 393° del Código Penal y al delito contra la fe Pública, en la figura jurídica de FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL, en la modalidad de FALSEDAD GENÉRICA, previsto en el artí-

culo 438° del Código Penal; consecuentemente el análisis se efectuará dentro de dichos parámetros.

SEGUNDO.- Que, respecto a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público tenemos que para ambos delitos se han practicado los medios probatorios consistentes en: **Original de la DENUNCIA FISCAL Formato A-3, mediante el cual el alumno Eliezer Novaro Arones Castillo**, interpone denuncia contra Edgar Ríos Espinoza por haberle solicitado dinero para que éste pueda aprobar el curso de “Estadística General” y solicita que el docente Pedro Domingo Salvador García de la Universidad Nacional de San Martín sea investigado; **IMPRESIÓN DEL SISTEMA WEB DE NOTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTIN**, en donde se constata que el denunciante Eliezer Novaro Arones Castillo se encontraba desaprobado en el curso de “Estadística General” en el semestre 2016 -11 con 09 de nota, curso que estaba a cargo del docente Pedro Domingo Salvador García; **Original de la DENUNCIA FISCAL Formato A-3, mediante el cual el alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur**, interpone denuncia contra Edgar Ríos Espinoza por haberle solicitado para que este pueda probar el curso de “Estadística General” y solicita que el docente Pedro Domingo Salvador García de la Universidad Nacional de San Martín sea investigado; **IMPRESIÓN DEL SISTEMA WEB DE NOTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTIN**, en donde se constata que el alumno denunciante Kelvin Erick Arévalo Tafur se encontraba desaprobado en el curso de “Estadística General” en el semestre 2016-II con 09 de calificación, curso que estaba a cargo del docente Pedro Domingo Salvador García **IMPRESIÓN DE LAS CONVERSACIONES EN EL CHAT FACEBOOK REALIZADAS ENTRE KELVIN ERICK ARÉVALO TAFUR y EDGAR RÍOS ESPINOZA**, en donde se aprecia la conversación entre ambas personas sobre la propuesta de aprobar el curso en el examen de aplazados y la solicitud de pago de S/. 250.00, la misma que fue entregada por el titular de la cuenta Kelvin Erick Arévalo Tafur; **Original de la CONSTANCIA DE RECEPCION DE DOCUMENTACION**, donde se observa las siguientes documentales debidamente firmadas por el Decano de la Facultad de Ingeniería de Sistemas, la cual consta de los siguientes: Resolución N° 628-2003-UNSM/CR y G-ANR, Memorando N° 073-2016/UNSM/DASI, Syllabus de la asignatura de “Estadística General” correspondiente al período 2016-11 del IV Ciclo de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional

de San Martín, Acta de Evaluación Académica Regular 2016-11, y la Lista de Alumnos Matriculados en el curso de Estadística General; **Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS**, donde se aprecia de la revisión del equipo celular 982619063 perteneciente a Edgar Ríos Espinoza, que su persona estuvo en comunicación con el número 951939145 que según refiere el mismo pertenece al docente Pedro Domingo Salvador García de la Universidad Nacional de San Martín, pues registra llamadas entrantes y salientes. Del mismo modo se aprecia que estuvo en comunicación con el número 979269785 perteneciente al alumno Eliezer Novaro Arones Castillo; **Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y ANEXOS**, donde se verifica de la revisión de la cuenta de Facebook perteneciente a Edgar Ríos Espinoza que mantenía conversaciones con el docente Pedro Domingo Salvador García, dichas conversaciones eran referente a los beneficios que les habría brindado a determinados alumnos; **Original del ACTA FISCAL DE CONSTATAción DE INMUEBLE MAS IMPRESIONES FOTOGRÁFICAS**, en donde Edgar Ríos Espinoza identifica plenamente el inmueble en donde se reunía con el docente Pedro Domingo Salvador García; **Original del OFICIO N° 010-2016-DIRNOP/REGOL-SAM/OFITIC-T**, donde se aprecia que Pedro Domingo Salvador García no cuenta con Antecedentes Policiales; **Original del ACTA DE LEVANTAMIENTO VOLUNTARIO DE SECRETO DE COMUNICACIONES**, donde se verifica, de la revisión del equipo celular 979269785 perteneciente a Eliezer Novaro Arones Castillo, que su persona tuvo comunicación por una única vez con el número 951939145 que según refiere el mismo pertenece a Pedro Domingo Salvador García; **Original del ACTA DE TRANSCRIPCIÓN DE VIDEO**, donde se verifica la transcripción de las conversaciones mantenidas entre Edgar Ríos Espinoza y Eliezer Novaro Arones Castillo, así como también el reconocimiento de voz por cada uno de ellos; **Original del ACTA DE ESCUCHA, TRANSCRIPCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE VOZ**, donde se puede apreciar la transcripción de audio de las conversaciones mantenidas entre Edgar Ríos Espinoza y Eliezer Novaro Arones Castillo, así como también el reconocimiento de voz de cada uno de ellos; **Original de la CONSTANCIA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y ANEXOS**, en la cual se adjunta la siguiente información relacionada la imputado: Copia de la Resolución N°

005-2016-UNSM/AU-R/NLU y anexos, Copia de la Resolución N° 391-2015-UNSM/CU-R/NLU y anexos, Copia Certificada de cuatro (04) syllabus del curso de Estadística General, Copia Certificada del Memorando N° 028-2016-UNSM/DASI, Copia Certificada del Informe Semestral N° 2016-1, Copias Certificadas de cinco (05) actas de evaluación académica regular 2016-II, correspondiente al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura, Administración e Idiomas,. Copias Certificadas de cuatro (04) actas de evaluación académica de aplazados 2016 II, correspondientes al curso de Estadística General en las carreras profesionales de Contabilidad, Ingeniería Civil, Arquitectura Administración e Idiomas y Copia Certificada del Directorio del Personal Docente del Departamento Académico de Sistemas e Informática. **Original de OFICIO N° 0162-2017-INFE/21.06-AJ**, donde se puede apreciar que el docente Pedro Salvador García no cuenta con Antecedentes Judiciales. **Original de OFICIO N° 0006-2017-A-RDC-REDJJU-USJ-CSJSM/IU**, donde se puede apreciar que el docente Pedro Salvador García no cuenta con condena alguna. **Original de OFICIO N° 039-2017-UNSM-T/R**, mediante el cual se remite la siguiente información relacionada al imputado en relación a su desempeño dentro de la Universidad Nacional de San Martín, conteniendo lo siguiente : Carta N° 019-2017-UNSM-T/FISI y anexos, Informe N° 001-2017-UNSM/DASI y Anexos, Resolución N° 013-2015-UNSM-T/CU-R y anexos, Carta N° 083-2017-UNSM-T/OAA-NLU y anexos, Carta N° 014-2017-UNSM/OAA/URTYP y anexos, Carta N° 002-2017-UNSM-T/TH y anexos; **Original de OFICIO N° 0071-2017-SUNARP-Z.R.N° III-SM-UREG-ORT/PUB-PAM**, donde se puede apreciar que el investigado, docente Pedro Domingo Salvador García de la Universidad Nacional de San Martín, cuenta con un predio inscrito a su nombre; **Copia simple de SENTENCIA DE TERMINACION ANTICIPADA DE FECHA 06 DE ENERO DE 2017**, por medio del cual se observa que el investigado Edgar Ríos Espinoza, al reconocer su participación en los hechos imputados junto a Pedro Domingo Salvador García, obtiene la pena de tres años un mes y quince días, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años más 150 días multa, inhabilitación por el mismo plazo de la pena más el pago de una reparación civil de dos mil soles; **COPIA SIMPLE DE LA RESOLUCION N° 01, DE FECHA 24 DE FEBRERO DE 2017**, mediante el cual se declara fundado el requerimiento de incautación del Celular

IPHONE (APPLE) color blanco, pantalla ilegible (rajada) con chip de Movistar N° 982619063 del testigo Edgar Ríos Espinoza.

TERCERO.- Que, a efectos de realizarse la valoración conjunta de los medios probatorios debemos indicar que teniendo en cuenta la imputación realizada por el Ministerio Público respecto a los delitos imputados debemos tener en cuenta que en efecto el acusado se desempeñaba como docente de la Universidad Nacional de San Martín conforme consta en el documento expedido por la Secretaría General de dicha casa de estudios donde hace referencia a la Resolución N° 628-2003.UNSM/CRyG-ANR de fecha 03 de agosto del 2016 se acredita la carga académica 2016-II del acusado donde consta que en la Facultad de Ingeniería Civil, IV ciclo le habían asignado el curso de Estadística general, estudiando el alumno denunciante Eliezer Novaro Arones Castillo y Kelvin Erick Arévalo Tafur en dicho ciclo, habiendo manifestado ambos que el docente en el curso de Estadística General era el profesor Pedro Domingo Salvador García y que ambos salieron desaprobados en el mencionado curso; asimismo ambos señalan que tenían conocimiento que dicho docente realizaba cobros para aprobarlos, que ambos fueron contactados por el Facebook por el alumno de Economía Edgar Ríos Espinoza quien les dijo que les podía apoyar para que aprueben y que para eso tenían que cancelar la suma de Doscientos cincuenta soles, refiere el primero de ellos que no le hizo entrega del dinero toda vez que interpuso su denuncia y el segundo de ellos ha manifestado que si le entregó el dinero; versiones que tienen asidero en las pruebas documentales presentadas por el Ministerio Público como son la impresión de notas del sistema Web de notas de la Universidad Nacional de San Martín donde se verifica que Eliezer Novaro Arones Castillo tenía Nueve de nota en el curso de Estadística General y asimismo Kelvin Erick Arévalo Tafur en el mismo curso también tenía la nota de nueve conforme se verifica del Acta de Evaluación Académica Regular 2016-II de fecha 29 de diciembre del 2016 firmada por el acusado; asimismo se aprecia que por Facebook se comunicaba Edgar Ríos Espinoza – zurdo con Kelvin Erick Arévalo Tafur ofreciéndole Edgar su ayuda para aprobar el curso de Estadística, también se tiene el Acta de levantamiento de secreto de las comunicaciones donde el testigo Edgar Ríos Espinoza ha otorgado su consentimiento para levantar su secreto de las comunicaciones donde el testigo Edgar Ríos Espinoza ha otorgado su consentimiento para levantar su secreto de las comunicaciones de su celular nú-

mero 982619063 verificándose su tráfico de llamadas con lo que se acredita que el día 30 de diciembre, 31 de diciembre de 2016; 01 de enero y 03 de febrero de 2017 ha recibido llamadas telefónicas del número del acusado verificándose que su número es el 951939145 conforme a la copia certificada del Directorio del Personal docente del Departamento de Sistema e Informática de folios 133; asimismo con fecha 03 de enero de 2017 ha sido Edgar quien le ha llamado al docente, debiendo precisarse en este punto que el testigo Edgar Ríos Espinoza al ser interrogado en juicio cambió de versión al ser confrontado con su declaración brindada en sede Fiscal, habiendo introducido en juicio el representante del Ministerio Público la declaración brindada en sede fiscal donde ha narrado con lujo de detalles su participación en el evento delictivo señalando al acusado como la persona que le dijo que cobrara a los alumnos, que fue él quien le dio la lista de desaprobados para que los contacte, recomendándole tener cuidado y que no diga que el dinero cobrado era para él, incluso señaló ante el Ministerio Público que por cada alumno contactado le iba a dar la suma de veinte soles, ha señalado que en el ciclo anterior ya había realizado dicho accionar con el alumno Jeyson Benites Izquierdo, quien también ha declarado en juicio, manifestando que en efecto le pagó a Edgar pero que no aprobó el curso, que eso se debió a que no fue a recoger su nota según le había manifestado Edgar y que posteriormente le devolvió el dinero que había cancelado, no obstante el testigo Edgar Ríos Espinoza en juicio pese a haberse acogido a una Terminación Anticipada del Proceso ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tarapoto donde fue sentenciado como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Corrupción de Funcionarios, en su figura de Cohecho pasivo, segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal, en agravio del Estado, a la pena de tres años, un mes, y quince días de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, a la pena de 150 días multa, inhabilitación por el mismo tiempo de la condena y a una reparación civil de dos mil soles, ante este órgano jurisdiccional ha cambiado radicalmente su versión indicando que el dinero que pidió a los alumnos lo hizo con la intención de ganarse un sencillo, basado en la amistad que tenía con el docente a quien luego de recibir el dinero de ambos denunciantes le iba a pedir para que los aprobara y que él sabía el nombre de los dos alumnos desaprobados porque lo en la casa del profesor cuando estaba poniendo

las notas, versión que se verifica que no tiene sustento más que su propia versión, lo que no se condice con las testimoniales y documentales presentadas, apreciándose que hay un Acta de levantamiento de secreto de las comunicaciones donde el testigo Edgar Ríos Espinoza otorga su consentimiento para ingresar a su cuenta de Facebook “Edgar Ríos Espinoza-Zurdo” visualizándose sus conversaciones con el usuario “Pedro Domingo Salvador García”, leyéndose en la conversación de fecha 27 de julio de 2016 que el testigo Edgar le dice al acusado, entre otras cosas, que quedó mal con ese compañero, respondiéndole el docente “no pasó nada, no te preocupes porque ni se fue por lo menos a preguntar su nota, poco o nada se preocupa por él en su prueba no hizo nada absolutamente nada, tu porque te vas a sentir mal, es preocupación de cada uno, tranquilo” a lo que Edgar responde: “SI PROFE JEJEJE YA LE HABIA DADO TRAMITE A LO QUE ME PAGO LE DEVOLVERE MAS ADELANTE YA”, y continuando con su conversación le dice el docente “tranquilo después de tu compañero Cayao casi me saca de mis casillas”, “no se va a recibir su nota, me pregunta cuanto sacó le estas desaprobado, luego me dice y como han aprobado mis compañeros si estaban igual que yo”, “quienes le pregunto, mi compañero me llamó a decir que están aprobados, preocúpate por ti del resto no y me cortó”, continúan sus conversaciones, acreditándose que el acusado tenía pleno conocimiento y por tanto existía un acuerdo entre ambos para efectuar dichos cobros, además se aprecian conversaciones donde emplean jergas que ilustran respecto al grado de confianza que tenían entre ambos, que en cualquier otra circunstancia no sería propia de profesor a alumno donde Edgar le dice: “GRACIAS PROFESOR IGUAL USTED SE CUIDA UN ABRASO Y PONTE EL FORRO CUIDADO SE TE PASA Y LE DEJAS EN BOLA JEJEJEJEJE” toda vez que por la posición de docente tendría que proyectar respeto, además se tiene el Acta Fiscal de fecha 05 de enero de 2017 donde el testigo Edgar Ríos Espinoza reconoce el domicilio del acusado, teniendo relación lo manifestado con la declaración del testigo Jeyson Ramiro Benites Izquierdo quien ha señalado que el ciclo anterior a los cobros efectuados a los denunciantes éste le había pagado a Edgar, pero que sin embargo no aprobó y que el dinero le fue devuelto en partes por el testigo, quien le manifestó que no habían aprobado por no recoger sus notas, que conforme se acredita con el Acta de Evaluación Académica regular 2016-I de la Facultad de Economía, en el curso dictado por el acusado dicho alumno obtuvo la nota

de 08; asimismo se tiene el Acta de levantamiento voluntario del secreto de las comunicaciones del celular del alumno Eliezer Novaro Castillo Arones quien llamó una vez al docente, también se cuenta con el Acta de Transcripción de las conversaciones sostenidas entre Edgar Ríos Espinoza y Eliezer Novaro Castillo Arones respecto a las tratativas realizadas para aprobar el curso, lo que da cuenta que pese a que el testigo Edgar Ríos Espinoza ha prestado juramento de decir la verdad ha cambiado su versión en juicio, en clara contraposición con los medios de prueba presentados que nos ilustran del comportamiento delictivo del acusado, que además debe tenerse presente que el testigo Edgar Ríos Espinoza no tenía forma de saber quiénes eran los alumnos desaprobados toda vez que sea información era de acceso exclusivo del propio alumnos en la plataforma virtual de la Universidad, con lo que se determina que fue el propio docente quien le proporcionó los nombres de los alumnos, por lo que en ese sentido respecto a la conducta del testigo Edgar Ríos Espinoza quien pese a los medios de prueba ha cambiado su versión manifestando que declaró en otro sentido toda vez que se encontraba debidamente asesorado por su abogado defensor, no pudiendo considerarse como cierta su versión, por lo que debe remitirse copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones al advertirse que ha dado una falsa declaración en juicio. Que, asimismo se ha verificado que los alumnos denunciantes Eliezer Novaro Castillo Arones y Kelvin Erick Arévalo Tafur quienes habían obtenido la nota de 09 en el curso de Estadística General dictada por el acusado rindieron examen de aplazados conforme se verifica del Acta de Evaluación académica de Aplazados 2016 II de la Facultad de Ingeniería obteniendo la nota de 11, previo pago del alumno Kelvin Erick Arévalo Tafur, con lo que se determina la responsabilidad penal del acusado en los delitos señalados toda vez que respecto al delito de Cohecho pasivo propio se encuentra acreditado el concierto realizado entre el docente quien por intermedio de terceros solicitaba un pago para que los desaprobados en el ciclo regular aprobaran el curso ya que para este tipo penal basta el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago ya que el bien jurídico es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, no siendo necesario que se produzca un perjuicio patrimonial de ser el caso para el Estado, demostrándose en el presente caso la infracción del deber del acusado al haber infringido sus obli-

gaciones como docente de la Universidad Nacional de San Martín existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera sea ejecutado que está dentro de la competencia funcional del acusado por su propia calidad de docente; es decir que el dinero solicitado en la suma de Doscientos cincuenta soles a los alumnos se vincula causalmente para aprobarlos, resultando un acto funcional ilegal. Que, asimismo respecto a la Falsedad Genérica se acredita con el Acta de Evaluación Académica de Aplazados 2016 II de la Facultad de Ingeniería donde ambos alumnos han obtenido la nota de 11, con lo que se alteró la verdad, debiendo tenerse en cuenta para tal efecto que el objeto de tutela en dicho ilícito es la fe pública, que posibilita la confianza en las expresiones y actos de las personas, siendo la mentira el componente indispensable e inherente al tipo de esta falsedad subsidiaria, en la medida que solo puede aplicarse para los supuestos que no tengan cabida en las demás formas de falsedad, y que más que un resultado es la conducta misma del agente de alterar la verdad, lo que se ha acreditado que sucedió en el presente caso, conductas que se deberá tener presente a efectos de establecer la sanción a imponer, así como para fijar una reparación civil acorde con los daños ocasionado a la parte agraviada.

11.- APLICACIÓN DE LA PENA.-

Respecto de la Pena Privativa de la Libertad.

- Para efectos de identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle al acusado Pedro Domingo Salvador García, la misma debe individualizarse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad previstos en los artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, concordante con los artículos 45, 45A y 46 del Código Penal modificada por ley N° 30076 y estando a lo señalado y como quiera que la conducta del procesado está contenida en los artículos 393° segundo párrafo del Código Penal que establece una pena no menor de 6 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 35 del mismo cuerpo legal y con 365 a 730 días multa y asimismo el artículo 438° del mismo cuerpo legal establece una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

- Que en el presente caso dado que el Ministerio Público ha solicitado 7 años de pena privativa de libertad por el delito de Cohecho pasivo propio y 3 años por el delito de Falsedad Genérica y verificado los actuados en el presente caso se tiene que el acusado no registra antecedentes penales siendo esta una circunstancia de atenuación conforme al artículo 46 numeral 1 literal a); sin embargo al haber abusado del cargo que ostentaba al ser docente de los denunciantes su conducta se encuentra incurso en la agravante prevista en el artículo 46 numeral 2 literal h) por lo que la pena a determinarse se encuentra en el tercio intermedio conforme al artículo 45-A numeral 2, literal b) correspondiéndole por tanto para el delito de Cohecho la pena de 7 años y para el delito de Falsedad Genérica la pena de 3 años, resultando legal y razonable el quantum de pena solicitada por el Ministerio Público, que tratándose de un concurso real de delitos la pena a imponer es de 10 años de pena privativa de la libertad, que al ser mayor a 4 años es de carácter de efectiva.

Respecto a la pena de inhabilitación.

Con respecto a la Inhabilitación el Ministerio Público ha solicitado inhabilitación de 12 años y teniendo en cuenta que el artículo 393° segundo párrafo establece una inhabilitación principal toda vez que está contenida en el tipo penal, de conformidad con el artículo 38 del Código Penal que establece en el segundo párrafo que la inhabilitación se extiende de cinco a veinte años, se verifica que está dentro del tercio intermedio correspondiendo imponerle la inhabilitación por el tiempo requerido consistente en privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; e incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36°, numeral 1 y 2 del Código Penal por el delito de Cohecho Pasivo Propio.

Respecto a la Pena de Multa.

- Adoptando los mismos criterios que los señalados al momento de determinar el quantum de la pena privativa de la libertad se tiene que la pena de multa a imponer estaría dentro del tercio intermedio.
- Bajo este contexto se tiene que la pena de multa por el delito de cohecho pasivo propio oscila entre 365 a 730 días multa, siendo el tercio

intermedio de 477 a 588 días multa, y al haber solicitado el Ministerio Público la pena de QUINIENTOS DÍAS MULTA se verifica que se encuentra dentro del marco legal establecido debiendo imponerse la multa solicitada que calculado sobre el 25% de su haber diario de conformidad con el artículo 43 del Código Penal y según sus ingresos señalados por el acusado en el acto de juicio oral esto es S/. 3 800.00 soles le corresponde QUINCE MIL OCHOCIENTOS SOLES (S/. 15 800.00 soles); bajo apercibimiento de aplicarse el artículo 56 del Código Penal en caso de incumplimiento.

12.- LA REPARACIÓN CIVIL.-

Respecto a la reparación civil solicitada se tiene que: La reparación civil se encuentra regulada en el artículo 93° del Código Penal, que a su vez comprende: 1) la restitución del bien, que viene a ser restaurar o reponer la situación jurídica afectada por la comisión de un delito o falta y que si no es posible su restitución comprende el pago del valor del bien; e 2) indemnización por daños y perjuicios, que comprende el resarcimiento del daño patrimonial y extra patrimonial que se adiciona a la restitución del bien; teniendo como daños patrimoniales el daño emergente, que es la pérdida económica efectivamente sufrida y el lucro cesante, que es la ganancia dejada de percibir; y daños extra patrimoniales como son el daño moral y el daño a la persona.

El Actor Civil ha solicitado la suma de S/. 50 000.00 soles que deberá ser cancelado en forma solidaria, no obstante cabe precisar que se debe tener en cuenta que son dos los delitos imputados por lo que en ese sentido dada la acción delictiva del acusado se ha generado un perjuicio al Estado correspondiendo una indemnización por daños y perjuicios, considerando por éste concepto **TREINTA Y CINCO MIL SOLES**, a razón de TREINTA MIL por delito de Cohecho pasivo propio y la suma de CINCO MIL SOLES por el delito de Falsedad Genérica.

13.- COSTAS.-

Debe tenerse en cuenta que el numeral segundo del artículo 497° del Código Procesal Penal establece que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas, mientras que el artículo 500. 1° del Código Procesal Penal prescribe que su pago corresponde

al vencido; en tal sentido al haberse terminado la presente causa mediante sentencia condenatoria, lo que implica que el acusado ha sido vencido en juicio, las costas a pagar serán aquellas que ha podido generar en el presente proceso judicial, de conformidad con o dispuesto en el artículo 498° del mismo cuerpo normativo; monto que será determinado en ejecución de sentencia.

14.- EECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA.-

Conforme a lo contemplado por el artículo 402°.1 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria en su extremo penal se cumplirá provisoriamente aunque se interponga recurso contra ella, corresponde disponer la ejecución de la misma.

15.- PARTE RESOLUTIVA

Por estas consideraciones el Primero Juzgado Penal Unipersonal de Tarapoto – San Martín con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú, al amparo de los artículos 1°, 6°, 10°, 11°, 22°, 23°, 28°, 45°, 46°, 92°, 393°, segundo párrafo y 438 del Código Penal, concordado con los artículos 1°, 11°, 155°, 356°, 392°, 393°, 399° y 403° del Código Procesal Penal, FALLA:

1.- CONDENANDO al acusado **PEDRO DOMINGO SALVADOR GARCÍA** en calidad de **AUTOR** del delito contra la Administración Pública, en la figura de **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, bajo la modalidad de **COHECHO PASIVO PROPIO**, ilícito penal previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 393° del Código Penal y por el delito contra la Fe Pública, en la figura jurídica de **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL**, en la modalidad de **FALSEDADE GENÉRICA**, prevista en el artículo 438° del Código Penal, **AMBOS** en agravio del **ESTADO – UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN**, representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de la Región San Martín, y como tal se le impone **SIETE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA** por el delito de cohecho pasivo propio y **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA** por el delito de Cohecho Pasivo Propio y **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** por el delito de falsedad genérica; que tratándose de un **CONCURSO REAL** la pena a imponer es de **DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA EN SU EJECUCIÓN**.

2.- DISPONGO LA Ejecución Provisional de la Condena de conformidad con el artículo 402, inciso 1, del Código Procesal Penal.

3.- DISPONGO el internamiento del sentenciado **OFICIÁNDOSE** al Director del Establecimiento Penitenciario de Tarapoto a fin de que proceda conforme a la resolución emitida una vez que sea aprehendido, con conocimiento del Instituto Nacional Penitenciario.

4.- OFICIESE a la Policía Nacional del Perú para su ubicación y captura.

5.- Se le impone la pena de **INHABILITACIÓN** por el plazo de **DOCE AÑOS** consistente en privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; e Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público conforme al artículo 36, numeral 1 y 2 del Código Penal por el delito de Cohecho pasivo propio.

6.- Se le impone la pena de **QUINIENTOS DIAS MULTA** que deberá pagar a favor del Estado, equivalente a la suma de **QUINCE MIL OCHOCIENTOS SOLES** por el delito de Cohecho pasivo propio; bajo apercibimiento de aplicársele el artículo 56 del Código Penal en caso de incumplimiento.

7.- FIJO: por concepto de reparación civil la suma de **TREINTA Y CINCO MIL SOLES**, que deberá cumplir con pagar el sentenciado, correspondiendo la suma de **TREINTA MIL SOLES** por el delito de Cohecho pasivo propio y la suma de **CINCO MIL SOLES** por el delito de Falsedad genérica a favor de la parte agraviada debidamente representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de la Región San Martín.

8.- DISPONGO el pago de las costas del proceso por parte del sentenciado, la misma que se hará efectivo en ejecución de sentencia.

9.- REMITASE copias certificadas de las piezas procesales pertinentes, así como copia del audio de fecha 21-08-2018 a la Fiscalía Penal de Turno a fin de que proceda conforme a sus atribuciones respecto al testigo **EDGAR RIOS ESPINOZA** de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Penal.

10.- MANDO que consentida sea la presente resolución se emitan los boletines de condena respectivos y se remitan los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria correspondiente para su ejecución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**RECURSO DE NULIDAD N° 743-2018****LIMA****Concurso aparente de leyes**

SUMILLA. El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la adecuación de la conducta en el tipo penal concurren en apariencia dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída de sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadra en uno de los supuestos concursales de este tipo.

Lima, veintiséis de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los sentenciados Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, Elizabeth Maitén Bautista Llerena y Gino Ytalo Mergoni Ortega contra la sentencia del cuatro de enero de dos mil dieciocho¹, en el extremo que los condenaron, por el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos y falsedad genérica, ambos en perjuicio del Estado (Ministerio de Transportes y Comunicaciones), a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida para Mergoni Ortega y Bautista Llerena y cinco años de pena privativa de libertad efectiva para Del Carpio Villanueva; les impusieron cien días multa y fijaron en la suma de diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de los agraviados. Con lo expuesto en el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

1 Véase a folios tres mil veinte.

CONSIDERANDO

Primero. Agravios planteados. La defensa de los encausados Néstor Ricardo del Carpio Villanueva², Elizabeth Maitén Bautista Llerena³ y Gino Ytalo Mergoni Ortega⁴ solicita, en sus recursos impugnatorios, la nulidad del fallo condenatorio y la absolución de los cargos formulados.

1.1. La defensa de Del Carpio Villanueva cuestiona la aplicación del concurso real de delito, dado que considera que por el principio de especialidad. Los hechos solo se deben subsumir dentro del tipo penal de delito informático. Agrega que en el delito de falsedad genérica operó el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Afirma que su plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Afirma que si responsabilidad en el delito informático no se encuentra debidamente acreditada, pues no se practicó un examen pericial en el terminal de cómputo que utilizaba para acreditar que desde ese IP se crearon las licencias irregulares. En esta misma línea, cuestiona los términos del Informe Técnico número treinta y cinco-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, pues refiere que existió una duplicación de usuarios de creación en algunos casos de los administrados, los que no permite asegurar que su patrocinado haya sido la persona que insertó o creó algo irregular; por lo que considera que existe deficiencia en la motivación respecto de su juicio de condena.

1.2. A su turno, la defensa de Bautista Llerena, bajo términos similares cuestionó la aplicación del concurso real de delito; asimismo, advierte que solo laboró para el Ministerio de Transportes hasta el treinta y uno de julio de dos mil doce, tiempo en que se desempeñó solo como orientadora y si bien le entregaron un usuario y una clave para el sistema, estos le permitían verificar datos pero podía imprimir las licencias. En esa línea, cuestiona que se haya utilizado como elemento de cargo un pantallazo, pues el mismo no revela que su patrocinada haya sido quien imprimió la licencia; del mismo modo, alega que se incurre en error al emitir la sentencia condenatoria sin tener pleno conocimiento de la creación e impresión de licencias de conducir, ya que afirma

2 Véase a folios tres mil treinta y nueve.

3 Véase a folios tres mil cincuenta y siete.

4 Véase a folios tres mil sesenta y dos.

que es imposible que una sola persona tenga un usuario de creación, impresión y control de calidad de las licencias. Finalmente, afirma que se aplicó de forma indebida la Ley número treinta mil noventa y seis, pues la misma no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos.

1.3. Por último, la defensa de Mergoni Ortega como agravios sostiene que en el delito de falsedad genérica operó el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal. Asimismo, cuestiona la aplicación de la Ley número treinta mil noventa y seis, la misma que, afirma, no estaba vigente al momento de los hechos. Agrega que su responsabilidad no se encuentra debidamente acreditada, y que la declaración de Edward Arturo Taboada Canchis no resulta idónea como sustento de su juicio de condena, dado que este brindó versiones opuestas que impiden dotar de fiabilidad y solidez a sus declaraciones.

Segundo. Marco incriminatorio. De la acusación fiscal se desprende que los procesados Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, Edward Arturo Taboada Canchis, Gino Ytalo Mergoni Ortega, ROGER Junior Echevarría Vásquez y Elizabeth Maitén Bautista Llerena fueron contratados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para efectuar el trabajo de migración de datos de las licencias de conducir del sistema informático antiguo al Nuevo Sistema Nacional de Conductores (SNC), y se les entregó un perfil de usuarios y una contraseña para el cumplimiento de sus funciones, con los que podrían consultar, migrar, suspender y eliminar registros de ambos sistemas.

Los referidos procesados habrían formado una organización criminal, se aprovecharon del acceso que tenían a las indicadas bases de datos para luego captar personas interesadas en obtener o en recategorizar una licencia de conducir, a quienes, a cambio de un beneficio económico, les otorgaban este documento sin observar el trámite previsto por ley. Para ello utilizaron a tramitadores que frecuentan los exteriores de las instalaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Resultaron favorecidos con la obtención irregular de las licencias de conducir los ahora procesados Luis Jinez Gárate Sánchez, Santos Francisco Angulla Chero, Isaías Jeremías Sedano Ichpas, Tito Oyague Malpartida, Antonio Lanasca Huayra, Eleuterio León Rodríguez Valero, Walter Augusto Martínez Quinto, Manuel Ghermán Oyague Malpartida, Noé Santa Cruz Suárez, Alejandro Doroteo Palacios Quiñones, Pamela Sara Morales Iparraguirre, Ernesto Javier Huaira y Alex Núñez Tucto, quie-

nes sabían que era ilegal obtener o recategorizar una licencia de conducir sin observar el trámite previsto por la ley (examen médico, curso y/o examen de manejo y examen en el Touring). Estos hechos tuvieron lugar en los meses de abril a junio de dos mil diez.

Específicamente, a los procesados se les atribuye la comisión del delito informático atentado contra la integridad de datos informáticos, por haber ingresado indebidamente al Sistema de Control de Conductores (SCC) y al Sistema Nacional de Conductores (SNC), utilizando la información privilegiada (usuario y contraseña) que habían obtenido para el desempeño de sus funciones en el cargo para el que fueron contratados, alterando la información contenida en dichos sistemas a cambio de un beneficio económico; y la comisión del delito de falsedad genérica, por haber registrado información falsa en el Sistema Nacional de Conductores, respecto a sus coprocesados (usuarios) con la finalidad de que los administrados obtengan la respectiva licencia de conducir sin cumplir los requisitos de ley.

FUNDAMENTOS

Tercero. Sobre el concurso aparente de leyes.

3.1. En el presente caso, al inicio del proceso se les atribuyó a los encausados los delitos contra el patrimonio – intruismo y fraude informático agravado (previsto en el artículo doscientos siete-A con la agravante del numeral uno del artículo doscientos siete-C del Código Penal vigente al momento de los hechos) y el delito contra la fe público – falsedad ideológica (artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal), ambos en perjuicio del Estado, como puede verse del auto de procesamiento del cuatro de octubre de dos mil trece⁵.

3.2. En el auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete⁶, a solicitud del Ministerio Público y en virtud del principio de combinación de leyes, previsto en el artículo seis del Código Penal, se reconduce la conducta de fraude informático al artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y

5 Véase a folios setecientos cincuenta y uno.

6 Véase a folios dos mil seiscientos noventa y siete.

seis –Ley de Delitos Informáticos, por considerarla más favorable a los imputados.

3.3. Finalmente, la sentencia recurrida aplicó el concurso real de delitos y condenó a Del Carpio Villanueva por el delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, a dos años de pena privativa de libertad; y por el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, a tres años de pena privativa de libertad (en total cinco años de pena privativa de libertad efectiva); mientras que a los procesados Mergoni Ortega y Bautista Llerena se les impuso un año y seis meses de pena privativa de libertad por el delito de falsedad genérica, y dos años y seis meses de pena privativa de libertad por el delito de falsedad genérica, y dos años y seis meses de pena privativa de libertad por el delito informático (en total cuatro años de pena privativa de libertad suspendida).

Cuarto. Previo a emitir pronunciamiento respecto de la responsabilidad de los recurrentes, corresponde evaluar el correcto juicio de tipicidad efectuado por la instancia de mérito, dado que los recurrentes, como agravio de su recurso impugnatorio, coincidieron en sostener que se debió aplicar el concurso ideal de delitos, por el principio de especialidad de la norma.

4.1. Frente a la pluralidad de delitos imputados a los procesados, es claro que nuestro Código Penal tiene previsto un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver este tipo de conflictos, dadas las importantes consecuencias que tiene para la individualización de la pena; cada uno de estas reglas advierte presupuestos para un juicio adecuado de subsunción de hechos.

4.2. En el presente caso, como se reseña, se les atribuye a los imputados los siguientes delitos:

Delito informático, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, que establece lo siguiente:

El que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días multa”.

Delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, que establece lo siguiente:

El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

4.3. Según la hipótesis fiscal (acusación escrita de folios dos mil doscientos setenta y nueve), los procesados habrían incurrido en el delito informático por haber ingresado indebidamente al Sistema de Control de Conductores (SCC) y al Sistema Nacional de Conductores (SNC), utilizando la información privilegiada (usuario y contraseña) que habían recibido para el desempeño de sus funciones en el cargo para el que fueron contratados, información que fue alterada a cambio de un beneficio económico.

4.4. Sobre el delito de falsedad genérica, sostiene que los procesados registraron información falsa en el Sistema Nacional de Conductores, pues modificaron los requisitos exigidos (examen de manejo y/o médico) para la obtención y recategorización de las licencias de conducir.

4.5. Es claro que el supuesto de hecho es uno solo donde advierte la existencia de un concurso aparente de normas penales. El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren, en apariencia, dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente.

4.6. En efecto, la redacción del tipo penal del atentado contra la integridad de datos informáticos contempla varios verbos rectores como introducir, borrar, deteriorar, alterar y/o suprimir datos informáticos falsos. Expuesto así, se desprende que el hecho no se configura por la sola utilización del usuario y contraseña, sino que se debe alterar, introducir, y/o modificar los datos informáticos, supuesto fáctico que también se les atribuye a los encausados como parte de los elementos objetivos del delito de falsedad genérica (simular, suponer y alterar la verdad); por lo que, en aplicación del principio

de especialidad⁷, no cabe atribuir a los encausados dos conductas distintas respecto al mismo hecho que típicamente calza, por especialidad, en el delito informático.

4.7. En consecuencia, en aplicación del principio de concurso aparente de leyes el hecho imputado se subsume, por resultar más específico, en la conducta descrita en el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos u no en el de falsedad genérica, en tanto que el primer delito abarca la totalidad del hecho criminal, por tratarse de una normal especial.

Quinto. Respecto de la responsabilidad penal. Determinada la subsunción correcta de los hechos atribuidos a los recurrentes como atentado contra la integridad de datos informáticos, corresponde determinar si existen los elementos necesarios y suficientes para ratificar el juicio de condena al que arribó la Sala Superior.

5.1. En ese sentido, respecto de la responsabilidad de Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, está probado y no es el objeto de cuestionamiento que este laboró en el área de Migraciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre enero y julio de dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave para el desempeño de sus funciones, los mismo que revelan indicios de oportunidad para delinquir. A esto se aúna que se cuenta con los Informes número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, y número cero.cero treinta y ocho-dos mil diez-MTC/ quince.cero tres, del ocho de septiembre de dos mil diez, el mismo que concluye que los administrados Ernesto Javier Huaira, Isaías Jeremías Sedano Ychipas, Titov Oyague Malpartida, Antonio Lanasca Huayra, Eleuterio León Rodríguez Valero, Walter Augusto Martínez Quinto y Manuel Gherman Oyague Malpartida lograron obtener o recategorizar una licencia de conducir sin haber cumplido con los requisitos previstos por ley, esto es, sin haber aprobado el examen médico, curso y/o examen de manejo, para ello se valieron de “tramitadores” a cambio de un beneficio económico. Los trámites de estas licencias tienen como usuario de creación al recurrente Néstor Ricardo del Carpio Villanueva.

7 Entre dos tipos penales, uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico sobre el tipo más general.

Asimismo, se cuenta con la versión de Edith Juana Carranza Quijano ante el plenario (sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete), quien se ratificó del referido informe del ocho de septiembre de dos mil diez; además, volvió a precisar sobre las irregularidades ocurridas en la oficina de Migración, específicamente en el cambio de categoría e incluso se logró precisar el usuario de creación, la hora y la fecha.

Igualmente, se advierten indicios de capacidad para delinquir, pues se dejó asentado que en el Expediente número diecinueve mil ciento ochenta y siete-dos mil trece, mediante sentencia del mismo Del Carpio Villanueva condena por los mismos delitos y hechos similares, lo que revela la capacidad y proclividad del encausado a cometer estos actos ilícitos.

Finalmente, se advierten indicios de mala justificación dado que el recurrente, como parte de su tesis defensiva, afirmó que su usuario y clave asignados eran compartidos por otros trabajadores, orden que había sido impartida por Rómulo Rangel Navarro, jefe del área de informática; sin embargo, este testigo en la sesión de audiencia del veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, negó que haya impartido dicho orden, y por el contrario afirmó que el perfil de usuario y la contraseña entregados a los trabajadores eran personales e intransferibles. En ese mismo sentido, la testigo Rut Elizabeth Vásquez Correo, ante el plenario, en la sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete, ratificó que las claves eran personales y remarcó que los migradores podían ingresar, modificar y anular cualquier tipo de datos.

5.2. En ese mismo sentido, sobre la responsabilidad de Elizabeth Maitén Bautista Llerena, está probado que la encausada laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la sede Orrego, durante el año dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave. La encausada realizaba labores de revalidación, recategorización, duplicados, entre otros trámites, como sostuvo durante el plenario.

A esto se aúna que se cuenta con el Informe número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/ quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de recategorización del administrado Alejandro Doroteo Palacios Quiñones, quien pretendía obtener un duplicado de su licencia de conducir pero bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro,

de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre de la recurrente Bautista Llerena. Abona al juicio de condena las testimoniales de Edith Juana Carranza Quijano, Ruth Elizabeth Vásquez Correo y Rómulo Rangel Navarro, quienes ante el plenario fueron enfáticos en afirmar que tanto los usuarios como las contraseñas eran de carácter personal e intransferible.

5.3. Respecto de la responsabilidad de Gino Ytalo Mergoni Ortega, está probado que laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, específicamente realizó labores de migración al sistema nuevo, durante el año dos mil diez y que además se le entregó un usuario y clave para sus labores. Asimismo, se cuenta con el Informe número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de duplicado de la licencia de conducir del administrado Luis Ginez Garate Sánchez, pues se advirtió que este pretendía un duplicado de su licencia bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre del usuario de Wimer Taboada Canchis.

Se adiciona que Taboada Canchis ante el plenario reiteró que el encausado Mergoni Ortega fue quien ese día (treinta de abril de dos mil diez) utilizó su usuario y contraseña, versión que a nivel preliminar el propio Mergoni Ortega reconoció. Sin embargo, como tesis exculpatoria afirmó que en la hora de creación de esta falsa categoría (doce horas cuarenta y cinco minutos) no se encontraba en su puesto de trabajo, pues salió a comprar un regalo para una actividad extralaboral; no obstante, no acompañó medio de prueba alguno que refuerce su versión exculpatoria, por el contrario, su solo dicho resulta insuficiente para revertir la carga incriminatoria en su contra.

5.4. De las pruebas glosadas se desprende que está acreditado que las licencias de conducir cuestionadas fueron creadas de manera irregular y sin los documentos sustentatorios, en esta actividad ilegal participaron los encausados recurrentes, quien se aprovecharon de su condición de empleados del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y utilizaron la información confidencial proporcionada para el desempeño de sus funciones (usuario y

contraseña) para ingresar al sistema informático con la finalidad de modificar ingresando datos falsos para lograr que los administrados obtengan un duplicado de licencia pero bajo una categoría que no les correspondía. Por ello, más allá de los cuestionamientos planteados por la defensa de los recurrentes sobre la valoración de algún elemento de prueba (informes técnicos, pantallazos, testimoniales), estos no resultan suficientes para revertir la carga incriminatoria que pesa sobre los encausados recurrentes, convicción judicial a la que se arriba luego de la valoración conjunta del caudal probatorio.

5.5. Sobre la indebida aplicación de la Ley número treinta mil noventa y seis se debe precisar que esta norma no descriminalizó el comportamiento típico previsto en la ley anterior (artículo doscientos siete-A concordado con el artículo doscientos siete-C del Código Penal; por el contrario, aclaró aspectos sustantivos relacionados con los elementos objetivos del tipo penal derogado, acorde con los avances de la tecnología por tratarse de delitos informáticos. En consecuencia, a efectos de determinar la ley aplicable al caso concreto, se debe verificar la que resulte más favorable a los intereses de los imputados. En ese sentido, resulta de aplicación la Ley número treinta mil noventa y seis, en tanto que el marco punitivo previsto en su artículo tercero resulta menor a la anterior norma, como bien se dejó asentado en un extremo del auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete (véase a folios dos mil seiscientos noventa y siete, fundamento dos punto dos), cuyo extremo no fue impugnado por la defensa de los encausados, con lo que se descarta cualquier afectación al principio de legalidad como sostiene la defensa de los recurrentes.

Sexto. Respecto a la pena. Acreditado que el hecho incriminado y calificado típicamente como falsedad genérica y delito informático constituye un solo ilícito como atentado contra la integridad de datos informáticos, en aplicación del concurso aparente de leyes, corresponde determinar el nuevo quantum punitivo, teniendo como límite la pena impuesta a los recurrentes en la sentencia impugnada. En este caso, para Del Carpio Villanueva la pena no deberá ser superior a los cinco años mientras que para Bautista Llerena y Mergoni Ortega la pena no puede ser superior a los cuatro años de privación de libertad.

6.1. Cabe precisar que el nuevo marco punitivo deberá situarse entre la pena mínima del delito de atentado contra la integridad de datos informáti-

cos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis (tres años de pena privativa de libertad) y la pena máxima antes precisada. En ese sentido, para determinar la pena se debe considerar lo previsto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis de Código Penal, sobre individualización y cuantificación de la gravedad del delito, su modo de ejecución, el peligro ocasionada y la personalidad o capacidad del imputado; asimismo, la forma y las circunstancias de la comisión el delito, todo ello concordado con los principios de proporcionalidad, lesividad, legalidad y culpabilidad.

6.2. Dentro de ese contexto, en el caso específico de los procesados Bautista Llerena y Mergoni Ortega no se cuenta con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de agentes primarios, que cuentan con carga familiar y con grado de instrucción superior, dicha circunstancia permite establecer como pena concreta la mínima fijada para el delito informático, en este caso tres años de pena privativa de libertad, la misma que tendrá el carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

6.3. Respecto a Del Carpio Villanueva tampoco concurre con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de un agente primario, que cuenta con carga familiar y con grado de instrucción superior. No obstante, como se precisó contra este encausado, la misma Sala Superior dictó sentencia condenatoria en otro proceso (Exp. Número diecinueve mil ciento ochenta y siete dos mil diecisiete), por hechos similares, lo que pone en evidencia su proclividad a cometer estos tipos de delitos informáticos. Asimismo, se logró acreditar su participación en la alteración de más de una licencia de conducir, lo que evidencia un compartimiento delictivo mayor al de sus coprocesados; por lo que la pena concreta a imponer será de cuatro años, con carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal, y se deberá disponer su inmediata libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON:**

I. NO HABER NULIDAD en la misma sentencia en el extremo que condenó a Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, Elizabeth Maitén Bautista Lle-

rena y Gino Ytalo Mergoni Ortega como autores del delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, en perjuicio del Estado (Ministerio de Transportes y Comunicaciones)

II. HABER NULIDAD en el extremo de la referida sentencia que le impuso cinco años de pena privativa de libertad efectiva a Néstor Ricardo del Carpio Villanueva y cuatro años de pena suspendida a Bautista Llerena y Mergoni Ortega; y, **REFORMÁNDOLA**: impusieron al referido Del Carpio Villanueva tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo término. Asimismo, le impusieron a Mergoni Ortega y Bautista Llerena tres años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años; a todos bajo el cumplimiento estricto de las siguientes reglas de conducta: **a)** no variar de domicilio, ni ausentarse de la localidad de residencia, sin autorización judicial; **b)** concurrir cada sesenta días a la oficina de registro de control biométrico para que registren su firma; **c)** cumplir con el pago de la reparación civil en el plazo de cuatro meses computables desde la fecha de la presente ejecutoria; todo ello bajo apercibimiento de aplicárseles de manera alternativa lo dispuesto por el artículo cuarenta y nueve del Código Penal en caso de incumplimiento. **DISPUSIERON** la inmediata libertad de Néstor Ricardo del Carpio Villanueva siempre y cuando no cuente con mandato de detención en su contra emanado de autoridad competente en otro proceso penal. Por consiguiente, **OFÍCIESE** vía fax, para tal efecto, a la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

III. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por licencia del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CHÁVEZ MELLA
BERMEJO RÍOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**RECURSO NULIDAD N°. 2471-2017/APURÍMAC
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO****Suficiencia probatoria para condenar.**

Sumilla. El imputado no solo admitió parcialmente el *modus operandi* para la apropiación de materiales y la adquisición indebida de los mismos para su ulterior apropiación, sino que, objetivamente, la prueba pericial (contable y grafotécnica) da cuenta del monto de la apropiación y de la falsedad documental que confesó. No existe, hasta el momento, prueba de descargo, que refleje una intervención secundaria, en el sentido de que se limitó a mediar en la tramitación delictiva y que quienes dirigieron la apropiación fueron los tres cargos que mencionó. Tampoco consta categóricamente que se le obligó a firmar el acta de la reunión. Pero, más allá de la aceptación de la aceptación del imputado en sede administrativa, lo fundamental es la prueba pericial, la prueba documental y la prueba personal, ya citadas, que dan cuenta del atentado al patrimonio institucional y de su intervención en un contexto delictivo.

Lima, tres de octubre de dos mil dieciocho.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado ALFREDO PÉREZ PANDURO contra la sentencia de fojas tres mil cuarenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, que lo condenó como autor de los delitos de peculado doloso y falsificación de documentos en agravio del Estado -Gerencia Sub Regional Chanka - An-

dahuaylas a ocho años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación accesoria, así como fijó en tres mil soles el monto por concepto de reparación civil, sin perjuicio de restituir la suma apropiada; con lo demás que al respecto contiene.

OÍDO el informe oral.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DEL IMPUTADO RECURRENTE

PRIMERO. Que la defensa del encausado Pérez Panduro en su recurso formalizado a fojas tres mil ciento ochenta y uno, de quince de setiembre de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos. Alegó que no se acreditó la preexistencia de los bienes supuestamente apropiados; que tiene educación primaria y se desempeñó con transparencia su cargo de asistente administrativo; que no tuvo bajo su cargo la custodia o administración de los bienes cuestionados y la pericia grafotécnica descartó su responsabilidad en la falsedad documental que se le atribuyó; que en su declaración de diciembre de dos mil diez lo compelieron a que se acoja a la confesión sincera; que no existe una pericia valorativa de la obra y no se estableció el monto del presupuesto de la obra ejecutada; que la obra en cuestión está culminada y no existió perjuicio económico ni demora en su construcción.

§ 2. DE LOS HECHOS OBJETOS DEL PROCESO PENAL

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el encausado Pérez Panduro, asistente administrativo de la Subregión Chanka – Andahuaylas, aprovechó, para afectar el patrimonio institucional, que entre sus funciones le correspondía apoyar al residente de la obra “Ampliación y Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la Institución Educativa número cincuenta y cinco cero cero seis, provincia de Andahuaylas – Región Apurímac”, a cuyo efecto realizaba requerimiento de materiales, abastecía el almacén institucional de los mismos, formulaba documentos ante la Administración para su adquisición, pago e ingreso a obra, cuidaba que se cumplan los plazos de entrega y recepción en la sede central y en la obra mediante

requerimientos, pecosas, y otros documentos administrativos (contratos de servicios técnicos).

Es así que desde que la mencionada obra se inició en el año dos mil nueve hasta el cuatro de noviembre de dos mil diez el imputado Pérez Panduro continuamente se apropió de diversos materiales de construcción, luego de tramitar y obtener las órdenes de compras ante el área de abastecimiento y la gerencia subregional, pudo recoger tales materiales y venderlos en su beneficio particular. Con esa misma finalidad fraccionaba requerimientos de materiales, consignada la cantidad respectiva, falsificaba la firma y post firma del residente de la obra, arquitecto Marco Antonio Olave Quispe, así como llenó veinte pecosas e ingresos de materiales al almacén, por un total de trescientos cuarenta y ocho mil soles.

§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

TERCERO. Que, como consecuencia de la emisión (1) del Informe número cero cero sesenta y siete guión dos mil diez guión GRA guión GSRCH guión SGI guión Arq. diagonal MAOQ, de dos de noviembre de dos mil diez (fojas dieciséis), en el que se pone en conocimiento el hallazgo de órdenes de compra que no figuran en el archivo de obra de requerimiento, órdenes de compra y pecosas – las que se pagaron sin autorización respectiva de Supervisión, del residente de obra y del almacenero de obra-, al día siguiente, tres de noviembre de dos mil diez, (2) se realizó una reunión en la Gerencia Subregional Chanka (fojas ocho), ocasión en que el referido imputado Pérez Panduro reconoció que elaboraba sus propios requerimientos de obra, al igual que las pecosas de almacén y de conformidad con fines de pago, así como falsificaba las firmas del residente de obras, con las que sorprendía a la Ingeniera Supervisora y otros jefes inmediatos, de suerte que obtenía las órdenes de compra, algunas de las cuales fueron pagadas sin la respectiva pecosa de conformidad – asimismo, señaló que en tales hechos intervinieron Héctor Flores Berti y Salustio Juárez Sagastisaval-. También admitió que falsificó las firmas del residente y almacenero de obra para obtener autorización para el pago al proveedor.

Este hallazgo se consolidó con (3) el Informe Ampliatorio número sesenta y ocho guión dos mil diez guión GRA guión GSRCH guión SGI guión Arq. diagonal MAOQ, de cuatro de noviembre de dos mil diez (fojas diecisiete),

en el que incluso se precisó que el perjuicio económico ascendió a trescientos ochenta y cuatro mil setenta y cuatro punto ochenta y cinco soles.

En esa misma fecha se emitió (4) el Informe número trescientos treinta y nueve guión dos mil diez GRA diagonal GSRCH diagonal SGI, de fojas diecinueve, que apuntó que se detectaron materiales adquiridos por la entidad para la obra en cuestión, “Ampliación y mejoramientos de la Infraestructura Educativa de la Institución Educativa número cincuenta y cinco cero cero seis provincia de Andahuaylas – Región de Apurímac”, que fueron pagadas sin la autorización del residente ni del almacenero de obra; y, sobre la base de la información aportada por el encausado Pérez Panduro, se mencionó la intervención de algunos trabajadores de la dirección de abastecimiento y el almacén general de la entidad.

(5) El cuaderno de salida e ingreso, según el acta de constatación fiscal de fojas ciento cincuenta y dos se constata diversos materiales que fueron entregados en cinco ocasiones al encausado Pérez Panduro, entre el once de agosto de dos mil diez al diecinueve de noviembre de dos mil diez.

(6) El citado encausado fue contratado como asistente administrativo para la referida obra el día diecinueve de octubre de dos mil nueve, según se advierte del contrato de fojas doscientos cuarenta y dos.

(7) La denuncia fue presentada por el Gerente Subregional Chanka – Andahuaylas el mismo día cuatro de noviembre de dos mil diez (fojas una).

CUARTO. Que el encausado Pérez Panduro en su declaración preliminar de fojas noventa y dos, con fiscal, admitió parcialmente los cargos. Mencionó a Olave Quispe – residente de obra-, Juárez Sagastisaval – jefe de almacén- y Flores Berti – jefe de logística- desviaban los materiales de construcción de la obra, quien en diversas ocasiones le entregaron dinero por lo que le pedían que hiciera – todo fue verbalmente-, y que si bien falsificó las firmas del residente de obra lo hizo previa coordinación telefónica y autorización de este último.

En su instructiva de fojas cuatrocientos setenta y dos admitió los cargos que señaló que él no solo se benefició, sino también los tres funcionarios antes referidos y además, la finada Salomé Hurtado Luna – trabajadora de la Oficina de Abastecimiento-. En su instructiva de fojas mil ciento setenta y tres insistió en que efectuó la firma del Arquitecto Olave Quispe a su indica-

ción – en unos quince documentos aproximadamente-; que los cuadernos de Almacén y Obra no reflejan la realidad, pues fueron llenados con la intención de apropiarse de materiales; que por los requerimientos que realizaba, Olave Quispe le pagaba entre ochocientos y ochocientos cincuenta soles.

En sus declaraciones plenariales de fojas dos mil seiscientos treinta y nueve y dos mil seiscientos cuarenta y tres reiteró lo expuesto en sede sumarial, pero anotó que no se apropió ni vendió algún material, aunque reconoció que a veces firmaba por el almacenero, que por indicación del residente de obra hacía su firma – lo hizo de buena fe- y que por los trámites que realizó recibió dinero del residente de obra Olave Quispe.

QUINTO. Que es de puntualizar, primero, que la pericia contable de fojas dos mil ochocientos sesenta y siete, ratificaba plenariamente a fojas dos mil ochocientos sesenta y siete y tres mil cincuenta y ocho, estableció que en el cuaderno de obra no se encuentran registrados los ingresos de veinte órdenes de compra – guías de internamiento por un monto de trescientos noventa y ocho mil catorce punto ochenta y cinco soles, las que se canceló a los proveedores; y, segundo, que la pericia grafotécnica de fojas tres mil setenta y uno concluyó que las firmas a nombre de Olave Quispe en cinco comprobantes de salida son falsificadas, así como en cinco requerimientos y otros seis pedidos de comprobantes de salida.

SEXTO. Que las referencias del imputado Pérez Panduro, en las que involucra a Olave Quispe, Juárez Sagastisaval y Flores Berti, no tienen fuente de corroboración. Éstos en sus declaraciones negaron esas citas comprometedoras, como consta a fojas ochenta y dos y mil veinticuatro; setenta y tres y mil veintiséis y ochenta y siete y mil cuarenta. Por lo demás, el setenta y tres y mil veintiséis y ochenta y siete y mil cuarenta. Por lo demás, el Gerente Subregional, Guido Desiderio Medina Laura, reiteró que el propio encausado en la reunión que sostuvo con él voluntariamente reconoció y aceptó los hechos delictivos en que incurrió; dato que lo confirma el Subgerente de Infraestructura José Luis Viacava Espinoza (fojas ciento doce y dos mil ochocientos cuarenta y siete) y la Supervisora de Obra Mary Carmen Hernández Miranda (fojas ciento treinta y tres y dos mil ochocientos veinte).

SEPTIMO. Que, en suma, el imputado Pérez Panduro, no solo admitió parcialmente el *modus operandi* para la apropiación de materiales y la ad-

quisición indebida de los mismo para su ulterior apropiación, sino, que objetivamente, la prueba pericial (contable y grafotécnica) da cuenta del monto de la apropiación y de la falsedad documental confesó. No existe, hasta el momento, prueba de descargo que refleje una intervención secundaria, en el sentido de que se limitó a mediar en la tramitación delictiva y que quienes dirigieron la apropiación fueron los tres cargos que mencionó – incluso señaló a una cuarta persona-. Tampoco consta categóricamente que se le obligó a firmar el acta de la reunión del tres de noviembre de dos mil diez – todos sus asistentes insistieron en la voluntariedad de la admisión de cargos-. Pero, más allá de la aceptación del imputado en sede administrativa, lo fundamental es la prueba pericial, la prueba documental y la prueba personal, ya citadas, que dan cuenta del atentado al patrimonio institucional y de su intervención en un contexto delictivo.

OCTAVO. Que tanto la preexistencia de los bienes cuanto el pago que indebidamente realizó la Subregión Chankas fue determinado pericialmente. El carácter de funcionario público – para efectos penales – del imputado Pérez Panduro se demostró con el contrato de trabajo de fojas doscientos cuarenta y dos. La relación funcional con la apropiación se sostiene con el hecho de que intervenía funcionalmente en la tramitación y consiguiente gestión documental y de los materiales necesarios para la obra “Ampliación y Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la Institución Educativa número cincuenta y cinco cero cero seis, provincia de Andahuaylas – Región Apurímac” y, desde esa labor, en clave de administración de los bienes públicos, diseñó una estrategia criminal para afectar el patrimonio institucional vulnerando sus deberes como funcionario público.

NOVENO. Que el encausado Pérez Panduro se incurrió en la comisión de dos delitos continuados en concurso real (artículos 49 y 50 del Código Penal – este último modificado por la Ley número 28730, de trece de mayo de dos mil seis-): peculado doloso (artículo 387, primer párrafo del Código Penal, según la Ley número 26198, de trece de junio de mil novecientos noventa y tres) y falsedad documental pública (artículo 427 del Código Penal). Pese a ello no se impuso la pena de multa (prevista para el último delito) y se fijó una pena de inhabilitación superior a la establecida en el originario artículo 426 del Código Penal – pena, por lo demás, principal y conjunta con la pena privativa de libertad-.

No es posible imponer la pena de multa porque no se mencionó esa pena en la sentencia y el recurso solo proviene del imputado. Solo cabe reducir la pena de inhabilitación pues la pena máxima solo asciende a tres años.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil ciento cuarenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto condenó a ALFREDO PÉREZ PANDURO como autor de los delitos de peculado doloso y falsificación de documentos en agravio del Estado – Gerencia Subregional Chanka – Andahuaylas a ocho años de pena privativa de libertad, así como fijó en tres mil soles el monto por concepto de reparación civil, sin perjuicio de restituir la suma apropiada. **II. Declararon HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que impuso al citado encausado la pena de cinco años de inhabilitación accesoria; reformándola en este extremo: le **IMPUSIERON** tres años de inhabilitación principal. **III. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. **IV. DISPUSIERON** que el Tribunal Superior de origen de esta sentencia condenatoria. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por licencia de la señora juez suprema Elvia Barrios Alvarado. **Hágase** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA
BERMEJO RÍOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE CASACION N° 1459-2017/LAMBAYEQUE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTIN CASTRO

REINCIDENCIA

Sumilla. 1. La clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva. La Ley número 30076 varió el presupuesto material de la reincidencia – texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al sub-lite, instituido por el Decreto Legislativo número 1181-, pues ya no mencionó la expresión: “condena privada de libertad”, sino consignó la frase: “una pena”. Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva. 2. A los efectos del marco punitivo correspondiente, la reincidencia importa la asignación de nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que, para el delito de hurto con agravantes, será equivalente a “(...) no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”; la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal – que es el máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo- hasta este nuevo máximo legal; de seis años a diez años de pena privativa de libertad. 3. A los fines de individualización de la pena concreta, a continuación es de tener en cuenta los artículos 45-A y 46 del Código Penal.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veinte de setiembre de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por la defensa del acusado JOSÉ WALTER RUBIO CAMPOS contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete, que lo condenó como autor del delito de hurto con agravantes en agravio de Deisy Herrera Torres a nueve años y un mes de pena privativa de libertad y al pago de doscientos cincuenta soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito, en virtud de la acusación fiscal y de la aquiescencia del imputado y su defensor, fijaron formalmente como hechos que el día veintinueve de enero de dos mil diecisiete, como a las diecisiete horas, el encausado Rubio Campos sustrajo la suma de doscientos cincuenta soles de la habitación de la agraviada, situada en el tercer piso del restaurante “El Gustón”, ubicado en la avenida Salomón Vilchez Murga número doscientos dieciséis, de la ciudad de Cutervo, departamento de Cajamarca, cuando aquella salió de la misma para realizar unas compras al primer piso de dicho local que dejó abierta la puerta de la habitación.

SEGUNDO. Que la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete, condenó al imputado Rubio Campos como autor del delito de hurto agravado a nueve años y un mes de pena privativa de libertad y al pago de doscientos cincuenta soles por concepto de reparación civil.

En mérito del recurso de apelación interpuesto por el encausado Rubio Campos y culminado el trámite impugnativo, la Sala Descentralizada Mixta y de Apelación – Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitió la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, que confirmó la referida sentencia conformada de primera instancia en todos sus extremos.

Contra esta sentencia de vista el encausado Rubio Campos promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el acusado Rubio Campos en su recurso de casación de fojas ciento tres, de veintidós de agosto de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación; inobservancia de precepto constitucional (derecho de defensa y presunción de inocencia), vulneración de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículos 429, incisos 1,3 y 5, del Código Procesal Penal. Del mismo modo, solicitó el acceso excepcional al mencionado recurso de casación: artículo 427, numeral 4, del citado Código.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas veintidós, de dieciséis de febrero de dos dieciocho, solo es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal.
- B. El examen casacional está circunscripto a determinar lo concerniente a la correcta interpretación y aplicación del artículo 46-B del Código Penal y el juicio de medición judicial de la pena.

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación material de la resolución anterior – con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente-, se expidió el decreto de fojas cuarenta y uno, de quince de agosto de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día trece de setiembre último.

SEXTO. Que, conforme al acta adjunto, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado recurrente, doctor Freddy Enrique de los Ríos Espinoza. Concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la cusa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada en mismo acto, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó este día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la acusación fiscal de fojas veintiocho, de dos de febrero de dos mil diecisiete, calificó la conducta cometida por el encausado Rubio

Campos como delito de hurto con agravantes (artículos 185 y 186 del Código Penal); además, señaló que es reincidente. Por ello solicitó se le imponga la pena de diez años y ocho meses de pena privativa de libertad y doscientos cincuenta soles de reparación civil.

La sentencia conformada aceptó la calificación típica de la conducta juzgada y la condición de reincidente del imputado Rubio Campos. Igualmente aceptó el monto de la reparación civil – extremo finalmente no impugnado-, pero redujo la pena a nueve años y un mes de privación de libertad.

Este criterio fue ratificado por la sentencia de vista. Citó, al respecto, la sentencia casatoria número 1150-2016/La Libertad, de veinte de marzo de dos mil diecisiete, que interpretó los alcances del artículo 46-B del Código Penal.

SEGUNDO. Que, conforme ha quedado precisado, el delito de hurto con agravantes materia de autos se cometió el veintinueve de enero de dos mil diecisiete. Según la sentencia recaída en el proceso que se siguió contra el citado encausado Rubio Campos por delito de violación sexual de menor de edad, corriente a fojas cuarenta y nueve – del cuaderno de casación-, de veinticuatro de julio de dos mil trece, se le condenó a veinte años de pena privativa de libertad y se dispuso su inmediata ubicación y captura. Empero, la sentencia de vista respectiva, que corre a fojas sesenta y cinco – del cuaderno de casación-, de cinco de diciembre de dos mil trece (véase el informe de antecedentes penales de fojas cuarenta y ocho), si bien confirmó la condena revocó la pena y la fijó en cuatro años de privación de libertad efectiva, a la vez que la convirtió en doscientos cuatro jornadas de prestaciones de servicio a la comunidad, conforme al artículo 52 del Código Pena, y dispuso su excarcelación.

TERCERO. Que, fijado el marco fáctico, la subsunción típica y las fechas de las sentencias en análisis, es de rigor determinar si se interpretó correctamente la circunstancia agravante cualificada de reincidencia y si la pena impuesta corresponde a esa previa determinación.

Al respecto, el artículo 46-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince, vigente cuando se cometió el delito de hurto con agravantes, estatuye lo siguiente: *“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito*

dolosos en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente (...).- La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.- El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos (...) 186, (...) del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menor de dos tercios por encima del máximo legal fijado para tipo legal...”

Es relevante puntualizar que la clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente – desde la ley número 28726, de nueve de mayo de dos mil seis- se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva (es decir, cumplida en todo o en parte). En las tres sucesivas reformas se mantuvo esta opción, hasta que la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, varió el presupuesto material de la reincidencia – texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al sub-lite, instituido por el Decreto Legislativo número 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince-, pues ya no mencionó la expresión: “*condena privativa de libertad*”, sino consignó la frase: “*una pena*”. Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva – después de haber cumplido en todo o en parte-, esto es, (i) pena privativas de libertad – que incluye la pena de vigilancia electrónica personal, incorporada por el artículo 29-A del Código Penal, según la Ley número 29499, de diecinueve de enero de dos mil diez-, (ii) penas limitativas de derechos y (iii) pena de multa (artículo 28 del Código Penal).

Sobre el particular cabe finalizar que el Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116 tuvo como referencia el texto normativo que estipulada que unió de los presupuestos materiales de la reincidencia era una pena privativa de libertad. Con posterioridad al indicado Acuerdo Plenario se modificó tal presupuesto material para incluir toda clase de pena efectiva.

CUARTO. Que la pena de prestación de servicios a la comunidad, conforme al artículo 34 del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1191, veintidós de agosto de dos mil quince, por su propia naturaleza, siempre es efectiva – la ejecución de esta pena ha sido desarrollada por el Decreto Supremo número 004-2016-JUS, de once de mayo de dos mil dieciséis-.

Obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos, o en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

En el presente caso, el encausado Rubio Campos durante el procedimiento de apelación de sentencia fue capturado y estuvo cumpliendo provisionalmente la pena privativa de libertad impuesta en primera instancia (autorizado por el artículo 418, apartado 2, del Código Procesal Penal), como consta de la resolución de citación a la audiencia de apelación de fojas ochenta y nueve y del acta de la audiencia de apelación de fojas noventa y dos; además, en la propia sentencia de vista de fojas de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, al imponer, como conversión de la pena privativa de libertad efectiva, la pena de prestación de servicios a la comunidad dispuso su libertad. Luego, es de entender que ya estaba cumpliendo la pena respectiva, posteriormente sustituida o convertida.

No existe información en autos de que el imputado Rubio Campos se presentó a la autoridad penitenciaria para la implementación de la prestación de servicios comunitarios, pero a estos efectos es suficiente que antes estuvo preso – según el artículo 52 del Código Penal la conversión de la pena privativa de libertad es de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad-.

QUINTO. Que si se toma en cuenta la fecha de la sentencia de vista que impuso la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad y ordenó la excarcelación del imputado y la fecha del nuevo delito cometido, este último se cometió antes de los cinco años del cumplimiento parcial de la pena de prestación de servicios comunitarios. En todo caso, es de aplicación el párrafo final del artículo 46-B del Código Penal que determina la inaplicación del plazo de cinco años antes referido. Por consiguiente, la reincidencia se ha producido.

SEXTO. Que, a los efectos del marco punitivo correspondiente, la reincidencia importa la asignación de nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que, para el delito de hurto con agravantes, será equivalente a “(...) *no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal*”. Es decir, la pena básica se extenderá del nuevo mí-

nimo legal – que es el máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo – hasta este nuevo máximo legal: de seis años a diez años de pena privativa de libertad.

A los fines de individualización de la pena concreta es de tener en cuenta los artículos 45-A y 46 del Código Penal. Al no recurrir circunstancias agravantes genéricas ni atenuantes genéricas es de fijar la pena concreta dentro del tercio inferior; es decir, en el presente caso, entre seis años y siete años y cuatro meses. Atendiendo a la forma y circunstancias de comisión del delito y a la culpabilidad por el hecho será del caso establecer como pena siete años de pena privativa de libertad. Sobre esa pena es de reconocer a continuación la aplicación de la regla de reducción de pena por bonificación procesal en los casos de conformidad procesal determinada por el Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, de suerte que la pena final será de seis años de privación de libertad.

SÉPTIMO. Que el Tribunal Superior en materia del marco punitivo y determinación de la pena concreta y, luego, final, no interpretó correctamente los alcances de las disposiciones del Código Penal antes invocadas, por lo que el recurso de casación por infracción de precepto material debe ampararse parcialmente.

Respecto al motivo de casación de apartamiento de doctrina jurisprudencial no es del caso ampararlo por el precepto legal que regulaba la reincidencia fue modificado, al contemplar como presupuesto para institución cualquier clase de pena, no solo la privativa de libertad.

DECISIÓN

Por estos motivos: I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el acusado JOSÉ WALTER RUBIO CAMPOS contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete. II. Declararon **FUNDADO** parcialmente el recurso de casación por infracción de precepto material promovido por JOSÉ WALTER RUBIO CAMPOS contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete lo condenó como autor del delito

de hurto con agravantes en agravio de Deisy Herrera Torres a nueve años y un mes de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene. **III.** En consecuencia **CASARON** la referida sentencia de vista; y, actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia conformada de primera instancia en la parte que impuso a **JOSÉ WALTER RUBIO CAMPOS** nueve años y un mes de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad, que computada desde el veintinueve de enero de dos mil diecisiete vencerá el veintiocho de enero de dos mil veintitrés. **MANDARON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que por ante el Juez de la Investigación Preparatoria se inicie la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **IV. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

EQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/amon

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE NULIDAD N° 753-2018

Proporcionalidad y razonabilidad de las penas impuestas

Sumilla: La determinación de las penas de multa e inhabilitación debe guardar proporcionalidad y razonabilidad con el quantum de la pena privativa de libertad impuesta.

Lima, siete de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica del procesado César Huayta Rengifo contra la sentencia del dieciocho de enero de dos mil dieciocho, emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, de folios quinientos cincuenta y uno, que condenó al citado procesado como autor del delito contra la salud pública-promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, en perjuicio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, doscientos días multa e inhabilitación por el plazo de dos años para ejercer el comercio por cuenta propia o por intermedio de tercero, conforme al inciso cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal y fijó en dos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar de forma solidaria a favor del agraviado. De conformidad, en parte, con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Chávez Mella.

CONSIDERANDO

§ EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

PRIMERO. La defensa técnica del procesado César Huayta Rengifo, en el recurso de nulidad de folios quinientos setenta y seis, insta la inocencia de su detenido, arguyendo que:

- 1.1. No se valoró debidamente la declaración del condenado Jair Enrique Salcedo Valverde, pues a pesar de que refirió a nivel preliminar que la droga hallada le pertenecía a su patrocinado, en sede plenarial dijo que la droga le pertenecía a él y que se reunió con el recurrente con la finalidad de fumar.
- 1.2. Por otro lado, se valoró indebidamente el acta de registro vehicular, hallazgo y recojo de droga, pues no fue suscrita por los efectivos policiales ni por los intervenidos. Del mismo modo, en dicha acta no se consignó la ubicación de los encausados al momento de la intervención, lo cual resulta importante, puesto que el recurrente siempre refirió haber estado al costado del copiloto, mientras que la droga fue hallada en la parte posterior del vehículo, detrás del asiento del copiloto, donde se encontraba el condenado Jair Enrique Salcedo Valverde.
- 1.3. Entonces, se descarta la responsabilidad penal del recurrente.
- 1.4. La ausencia de valoración de las pruebas de descargo, así como la indebida valoración de las pruebas de cargo, perjudican su posición en cuanto a los hechos, razón por la cual no acepta el monto pecuniario de días multa establecido en la sentencia.
- 1.5. Finalmente, no acepta el monto de la reparación civil dado que no se acreditó el daño causado a la víctima.

§ IMPUTACIÓN FISCAL

SEGUNDO. Según acusación fiscal de fojas cuatrocientos siete, se imputó a los encausados César Huayta Rengifo, Ricardo Alberto Cabrera Oré y Jair Enrique Salcedo Valverde, que el diez de abril de dos mil diecisiete, personal PNP de la comisaría de Monserrat realizó el plan operativo “Impacto 2017” y en circunstancias en que realizaban patrullaje motorizado por las inmediaciones de la cuadra uno del jirón Guillermo Dansey, del Cercado de Lima, tomaron conocimiento de la existencia sospechosa de un vehículo estacionado con personas dedicadas al asalto y robo a mano armada, intervinieron a los encausados, quienes se encontraban en el interior del vehículo de placa A cuatro K- doscientos treinta y seis, de color verde, marca Fiat, en aparente estado de abandono, al parecer fumando marihuana. Al realizar el registro vehicular correspondiente, se halló sobre el asiento posterior una bolsa plástica

de color negro, que contenía un paquete forrado con plástico de color negro, asegurado con cinta de embalaje transparente, en cuyo interior se halló restos vegetales secos (hojas, tallos y semillas) de *Cannabis sativa*-marihuana, que arrojó un peso aproximado de quinientos gramos. Asimismo, se hallaron cinco bolsitas de plástico transparente con cierre hermético, que contenían restos vegetales secos-*Cannabis sativa*-marihuana, conforme al acta de hallazgo y recojo de drogas y el análisis químico de drogas.

§ ANTECEDENTES PROCESALES

TERCERO. En el presente proceso se emitió la sentencia anticipada del nueve de enero de dos mil dieciocho (folios quinientos doce), que condenó a Jair Enrique Salcedo Valverde, como autor de la comisión del delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado, a ocho años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por el plazo de dos años, para ejercer el comercio por cuenta propia o por intermedio de tercero y fijó en dos mil soles el monto de la reparación civil. En dicha sentencia se ordenó proseguir con la causa conforme su estado contra los encausados César Huayta Rengifo y Ricardo Alberto Cabrera Oré; posteriormente, al emitirse la presente sentencia, se ordenó la reserva de juzgamiento contra Cabrera Oré, que fue declarado contumaz.

§ FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO. La materialidad del delito no es materia de cuestionamiento y por el contrario se halla acreditada con el acta de hallazgo y recojo de drogas (folios sesenta y tres), efectuada luego de la intervención policial en mérito al operativo que desplegaron los efectivos policiales de la comisaría de Monseerrat, en la cuadra uno del jirón Guillermo Dansey del Cercado de Lima, luego de recibir la noticia de la existencia sospechosa de un vehículo estacionado con personas dedicadas al asalto y robo a mano armada. Por esta razón intervinieron a los encausados, quienes se encontraban en el Interior del vehículo de placa A cuatro K-doscientos treinta y seis, de color verde, marca Fiat, en aparente estado de abandono, donde también se halló la sustancia ilícita que corresponde a un total de quinientos veinticuatro gramos de marihuana, conforme se desprende del Dictamen Pericial de Análisis Químico de Drogas número cuatro mil ciento ochenta y seis/diecisiete (folios ochenta).

QUINTO. Señalado lo anterior, el punto de partida para analizar la sentencia de mérito es el principio de impugnación limitada que fija los términos de revisión por este Supremo Tribunal, en cuya virtud se reduce el ámbito de la resolución, únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

SEXTO. Ahora bien, el procesado negó tener responsabilidad en el ilícito y sostuvo, como primer agravio, que se debe considerar la declaración a nivel plenarial de su coencausado Jair Enrique Salcedo Valverde, donde refirió que la sustancia ilícita hallada le pertenece a él y que aquel día estuvieron en el lugar de los hechos únicamente con el fin de fumar marihuana.

SÉPTIMO. Del análisis de los actuados se aprecian las declaraciones brindadas, a nivel preliminar, por el condenado Jair Enrique Salcedo Valverde (folios veintisiete) y por el encausado contumaz Ricardo Alberto Cabrera Oré (folios treinta y tres), quienes señalaron que la sustancia ilícita que iban a consumir el día de los hechos la trajo el encausado César Huayta Rengifo. Incluso el condenado Salcedo Valverde señaló que fue el procesado Huayta Rengifo quien les enseñó una bolsa grande de color negro, que contenía marihuana, y les refirió que para recuperar su dinero lo iba a vender en bolsitas al menudeo. Dichas manifestaciones policiales fueron recabadas en presencia del representante del Ministerio Público y los abogados defensores de los procesados; en tal sentido, adquieren valor probatorio de cargo.

OCTAVO. Por otro lado, también se aprecia de los actuados que el condenado Jair Enrique Salcedo Valverde en la diligencia de confrontación, a nivel instruccional, con el encausado recurrente (folios doscientos sesenta y tres), señaló que al inicio afirmó que existía droga, pero lo cierto es que no hubo drogas; es decir, que ninguno de ellos estuvo en posesión de la sustancia ilícita. A nivel plenarial (folios quinientos veinticinco) dicho testigo impropio refirió que la sustancia hallada le pertenecía. Las declaraciones vertidas por el referido testigo impropio resultan contradictorias entre sí.

NOVENO. En ese sentido, conforme el señor fiscal supremo sostiene y este Supremo Tribunal comparte, para otorgar valor a una u otra declaración, se debe considerar lo expuesto en el fundamento quinto del Recurso de Nulidad número tres mil cuarenta y cuatro-dos mil cuatro-LIMA, que como doctrina vinculante expone:

Es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles - situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referida a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezcan mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto al contradictorio con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad.

DÉCIMO. En esa línea de pensamiento, al aplicarse el citado recurso de nulidad se concluye que corresponde otorgar mérito probatorio a la primera declaración vertida por el testigo impropio Salcedo Valverde, y no a la posterior, por reunir (la inicial incriminación) en sí misma consistencia y coherencia sobre el relato, a diferencia de su declaración ante el juez y ante el plenario, que denota el ánimo de favorecer al encausado. En efecto, al inicio el testigo impropio relató detalles de cómo aconteció el hecho, accionar que vincula al procesado con el ilícito. Asimismo, se considera que dicha declaración fue recabada con las garantías de ley, pues estuvo presente el fiscal como titular de la acción penal, así como los abogados defensores respectivos, conforme se tenía expuesto.

UNDÉCIMO. Cabe afirmar que la declaración incriminatoria inicial efectuada por el condenado Salcedo Valverde contra el recurrente César Huayta Rengifo, cobra fuerza con la declaración de los efectivos policiales que intervinieron en la diligencia policial. En efecto, se cuenta con la declaración a nivel policial, instruccional y plenarial del jefe de la Sección de Investigaciones de la comisaría de Monserrat, SS. PNP Yuri Baldemar Cuadros (folios cuarenta y cuatro, doscientos ochenta y tres y quinientos veintiuno, respectivamente), donde refirió que tomó conocimiento de que por el lugar se estaban dedicando a vender droga.

DUODÉCIMO. En el mismo sentido, se tiene la declaración del efectivo policial Olmedo Arturo López Vera, a nivel preliminar, instruccional y plenarial (folios cuarenta y nueve, doscientos ochenta y uno y quinientos veintitrés), que fue el que confeccionó el acta de registro vehicular, hallazgo y recojo de drogas, y afirmó que el procesado se encontraba en la parte posterior del vehículo. Este último dato fue confirmado por el procesado ausente Ricardo Alberto Cabrera Oré, conforme se desprende de la declaración a nivel preliminar (ver respuesta a la pregunta cuatro, de folios treinta y cuatro).

DECIMOTERCERO. En cuanto al agravio que informa que el acta de registro vehicular, hallazgo y recojo de drogas no fue suscrita por los intervinidos, ni por los efectivos policiales, ni se especificó el lugar donde se encontraban los intervenidos; conforme sostuvo el fiscal supremo, y esta Suprema Sala comparte, la negativa de los encausados a firmar el acta no la invalida, pues los procesados tienen el derecho a no auto incriminarse. Por otro lado, el efectivo policial López Vera sostuvo en juicio oral a fojas quinientos veintitrés - vuelta- que no consideró necesario consignar en el acta la ubicación de los intervenidos, lo cual tampoco invalida el contenido del acta que da cuenta del hallazgo de la sustancia ilícita, pues la ubicación de los procesados fue corroborada con prueba personal.

Respecto a las penas de multa e inhabilitación impuestas

DECIMOCUARTO. Las copenalidades de multa e inhabilitación, al momento de su imposición, deben guardar proporcionalidad y razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta.

DECIMOQUINTO. Como se aprecia en la sentencia impugnada, se impusieron doscientos días multa, dimensión que no guarda relación proporcional con la extensión de la pena privativa de libertad fijada; por lo que debe ser rebajada hasta ciento ochenta días multa.

DECIMOSEXTO. Del mismo modo, en cuanto a la copenalidad de inhabilitación, se aprecia en la sentencia impugnada que el *quantum* impuesto de dos años resulta desproporcional, por lo que se debe rebajar al extremo mínimo contemplado en el artículo treinta y ocho del Código Penal, vigente al tiempo de los hechos, adecuado para sus fines, esto es, seis meses.

Reparación civil

DECIMOSÉPTIMO. La indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal, por lo que el monto que se consigne en la

sentencia debe encontrarse en función de la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados. En el caso concreto, el ilícito de tráfico de drogas afecta a la sociedad, en principio debido a que afecta la salud de las personas, del mismo modo afecta la economía. Dichas razones se configuran al haberse acreditado la comisión del delito, motivo por el que se torna suficiente requerir el pago de la reparación civil. Por otro lado, el Colegiado Superior apuntó que en cuanto a la reparación civil fijada, se considera que la sentencia del nueve de enero de dos mil dieciocho (aludida en el fundamento tercero de la presente ejecutoria suprema) tiene la calidad de firme, por lo que se aplicó el precedente vinculante doscientos dieciséis-dos mil cinco Huánuco⁸, y se fijó el mismo monto establecido en aquella sentencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del dieciocho de enero de dos mil dieciocho, emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, de folios quinientos cincuenta y uno, en cuanto condenó a César Huayta Rengifo como autor del delito contra la salud público- promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, en perjuicio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad.

8 La Ejecutoria Suprema número doscientos dieciséis-dos mil cinco-HUÁNUCO, que tiene el carácter de precedente vinculante, señala que: “En ese contexto, la restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, **debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme**, esto con el objeto de que: a) Exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento b) Se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación y c) No se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestos mediante los artículos noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal”.

II. HABER NULIDAD en la misma sentencia en el extremo que impuso doscientos días multa; y, reformándola le **IMPUSIERON** ciento ochenta días multa a razón de siete soles días multa, haciendo un total de mil doscientos sesenta soles, que deberá abonar a favor del tesoro público.

III. HABER NULIDAD en la misma sentencia en cuanto Impuso dos años de Inhabilitación; y, **reformándola** la **FIJARON** en seis meses de inhabilitación.

IV. NO HABER NULIDAD en lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

ChM/jj

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO APELACION N° 24-2017/CUSCO

PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Prueba testifical y suficiencia probatoria

Sumilla: Cabe puntualizar que cuando un testigo ofrece testimonios contradictorios en momentos procesales distintos, el Tribunal Superior puede fundar su convicción en declaraciones anteriores a las proporcionadas en el juicio oral, en tanto en cuanto se cumplan dos requisitos de carácter formal: (i) que éstas se hayan presentado sin violación de garantía alguna, con observancia de las normas de procedimiento que las rigen; y, (ii) que el testimonio se incorpore al plenario mediante el interrogatorio respectivo-solo se requiere una consideración genérica al testimonio anterior, no en sus detalles específicos-, de suerte que se incorpore al debate del plenario de modo que las partes hayan tenido oportunidad de contrastar la mayor veracidad de unas y otras, de suerte que la condena no se basó en el interrogatorio previo sino en el resultado del juicio oral.

- SENTENCIA DE APELACIÓN -

Lima, treinta de abril de dos mil dieciocho

VISTOS; en Audiencia Pública: el recurso de apelación interpuesto por el encausado RAÚL LUQUE MACHACA contra la sentencia de Primera Instancia de fojas doscientos noventa y ocho, de diez de octubre de dos mil diecisiete, que lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo específico

(artículo 395, segundo párrafo, del Código Penal) en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación por cinco años, así como fijó en cuarenta mil soles el monto de la reparación civil; con lo demás que sobre este contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sala Mixta Descentralizada de La Convención dictó la sentencia de fojas doscientos noventa y ocho, de diez de octubre de dos mil diecisiete, que declaró como hechos probados los siguientes :

A. En la Segunda Fiscalía Provincial Penal de La Convención se tenía como procesado a Jhon Carlos Flores Machaca por delito de lesiones culposas – derivadas de un accidente de tránsito -. En esa causa se dispuso la incautación de la moto lineal marca Honda, color rojo, modelo Storm, de placa de rodaje número MV – veintiséis mil cuatrocientos setenta y cuatro, que se depositó en el Almacén del Ministerio Público.

B. La investigación estaba a cargo del Fiscal Provincial, encausado Raúl Luque Machaca. Al culminar la investigación y aplicarse el principio de oportunidad, el propietario de la motocicleta Fhary Pérez Rado, a través de su apoderado José Luis Zagaceta Soria, el día veintiséis de octubre de dos mil nueve presentó el escrito de fojas cinco, mediante el cual solicitó la devolución de la motocicleta, pero el Fiscal señaló que debía concurrir personalmente el titular del bien incautado.

C. El veintiuno de diciembre del dos mil nueve, como a las nueve horas, Pérez Rado se hizo presente ante el Despacho del Fiscal encausado, Luque Machaca. Al exigírsele los documentos del vehículo menor, el primero afirmó que se encontraban en trámite, a lo que el Fiscal le dijo que no podía atender su pedido, y que debía presentar un escrito acompañando copia de la tarjeta de propiedad y firma de abogado. Sin embargo, ante su insistencia le dice que vuelva a las catorce horas.

D. El encausado Luque Machaca finalmente atendió en su Despacho al solicitante Pérez Rado a las dieciséis horas con cuarenta minutos. Tenía el expediente en su escritorio, comentó sobre el mismo y ordenó a un personal de su Oficina que verifique la moto en el Almacén y que él acompañe al servidor.

Al regresar de esa verificación, el Fiscal encausado le exigió que compre tres regalos de treinta soles – según dijo – para el personal y, luego, le demandó cincuenta soles como regalo, pero Pérez Rado le dijo que no tenía dinero para entregarle y/o comprar regalos.

E. El vehículo menor fue entregado a fin que Pérez Rado lo lleve a una llantería porque se encontraba con las llantas bajas – lo que en efecto hizo -. Al regresar a la Fiscalía y entrevistarse con el Fiscal encausado Luque Machaca, éste le leyó el documento de devolución de la moto y le hizo señas para salir del despacho, ocasión en que exigió el pago de dinero planteado. Pérez Rado se vio obligado a entregarle cincuenta soles por temor a que no se le entregue su motocicleta.

F. Esas conversaciones fueron grabadas por Pérez Rado, quien el día cuatro de enero de dos mil diez presentó una denuncia contra el imputado en la Oficina Desconcentrada del Ministerio Público del Cusco, adjuntando las grabaciones respectivas.

SEGUNDO.- Que dicha sentencia de Primera Instancia, en su parte resolutive o fallo, condenó a Luque Machaca como autor del delito de cohecho pasivo específico (artículo 395, segundo párrafo, del Código Penal) en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación por cinco años, así como fijó en cuarenta mil soles el monto de la reparación civil.

TERCERO.- Que contra la sentencia condenatoria de Primera Instancia el acusado Luque Machaca interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas trescientos sesenta y ocho, de diecisiete de octubre de dos mil diecisiete;alzada que fue concedida por auto de fojas trescientos noventa y res, de diecinueve de octubre de dos mil diecisiete. Asimismo, por escrito de fojas trescientos noventa y seis, de dieciocho de dos mil diecisiete el imputado amplió los fundamentos de la apelación, que mediante resolución de fojas cuatrocientos dieciocho, de diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, se dispuso se agregue a sus antecedentes.

CUARTO.- Que elevada la causa a esta Sala Penal Suprema se corrió traslado a las demás partes procesales por decreto de fojas ciento catorce, de veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, sin que se presenten alegatos escritos.

Por auto de fojas ciento cuarenta y dos, de veintiséis de febrero de dos mil dieciocho, se declaró bien concedido el recurso de apelación y se corrió traslado a las demás partes procesales para que ofrezcan pruebas. Solo lo hizo el encausado Luque Machaca a través de su escrito de fojas ciento cincuenta, de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho. Mediante resolución de fojas ciento cincuenta y dos, de tres de abril de dos mil dieciocho, se declaró admisible la declaración del testigo César Quintanilla Muñiz.

QUINTO.- Que la Audiencia de apelación de sentencia se realizó el día diecinueve de abril del presente año, en la que se actuó como nueva prueba la testifical de César Quintanilla Muñiz. Culminada la declaración, sin necesidad de lectura de piezas procesales, se formularon los alegatos de la defensa del imputado Luque Machaca, Doctor Abraham Ávila Trivelli y de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, Doctora Jackeline Del Pozo Castro. A su terminación, se dio por clausurado el debate oral.

SEXTO.- Que 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 vista y leerla en la Audiencia de la fecha en los términos que a continuación se consigna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que el encausado Luque Machaca en su recurso formalizado de fojas trescientos sesenta y ocho, ampliado a fojas trescientos noventa y seis, de diecisiete y dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, respectivamente, instó la absolución de los cargos. Alegó que no se tomó en cuenta la declaración del testigo presencial Víctor Hugo Sotomayor Tejada, quien señaló que en la verificación de la moto no participó él como Fiscal; que el Tribunal le restó mérito porque se sustentó en una declaración en sede sumarial, pese a que el carácter de prueba solo la tiene la declaración en sede plenarial; que el perito Vadick Acurio Carrasco expresó en el juicio que los audio analizados son copias grabadas, no el original; que los peritos señalaron que los audios pueden haber sufrido algún tipo de manipulación no detectada en la continuidad de la grabación de audios; que, en suma, se trata de una prueba ilegal; que el Fiscal Superior violó las reglas de designación pericial porque indicó con nombre propio al perito Acurio Carrasco para que realice una pericia

acústica; que es falso que el perito fue designado por la Unidad de Servicios Judiciales de la Corte Superior del Cusco, por lo que el origen de la pericia es irregular, que el perito no tiene conocimientos de fonoaudiología; que en el juicio oral se admitieron tres testimoniales (testificales de Ortiz de Orué, Villavicencio Olarte y Cornejo Cabrera) que en la fase intermedia se rechazaron, por lo que se trata de prueba irregulares que no deben ser valoradas.

SEGUNDO.- Que la sentencia de Instancia valoró no solo la declaración del denunciante Pérez Rado (fojas cuatrocientos noventa y siete y ciento sesenta y seis) y las respuestas del encausado Luque Machaca (fojas veintitrés, trescientos sesenta y cinco y ciento sesenta y uno) – incluso la diligencia de careo de fojas ciento sesenta y nueve-, sino también el informe pericial de determinación de la edición de las audiencias que presentó a la Fiscalía el denunciante (fojas quinientos cuarenta y cinco) y, específicamente, el examen del perito en el acto oral (fojas doscientos tres), así como las actas de constatación y reconstrucción de los hechos, de transcripción de los CD, la versión de la Fiscal que participó en la transcripción del CD y quien dirigió la investigación disciplinaria (fojas ciento noventa, doscientos cuatro, trescientos sesenta y uno, ciento noventa y cuatro, ciento noventa y cinco y doscientos dos). Asimismo, estimó que el relato del denunciante Pérez Rado fue coherente y verosímil, y carente de toda incredibilidad subjetiva – no existió ánimo de venganza ni odio contra el Fiscal Luque Machaca, a quien recién conocía-.

TERCERO.- Que, respecto del testigo Víctor Hugo Sotomayor Tejada, asistente administrativo que elaboró y suscribió el acta de devolución de la moto lineal en cuestión, se cumplió con interpretar su testimonio y se le otorgó una credibilidad parcial. Esto es, se aceptó que él y el denunciante Pérez Rado fueron al Depósito del Ministerio Público para entregar la motocicleta incautada, pero se rechazó que, con anterioridad, vio al denunciante, para lo cual el Tribunal se basó en el testimonio de este último y en lo declarado por el Fiscal encausado – era la primera vez que acudía a la Fiscalía-. Esta versión solo apunta a un hecho colateral, no está referido a la exigencia de regalos o de dinero, menos a la entrega de dinero. Por lo tanto, su importancia es relativa y no puede contribuir a restar fiabilidad al testimonio inculcador del denunciante.

Cabe resaltar, sin embargo, como se anotó en el folio diecisiete de la sentencia de Instancia, que el testigo reconoció que en su declaración en sede de

investigación preparatoria consta que escuchó que el Fiscal le manifestaba al señor Pérez Rado que compre unos regalitos, quien respondió que no contaba con el dinero necesario – el tenor del acta de declaración realizada en sede administrativo-disciplinaria (Fiscalía de Control Interno) de fojas ciento ochenta y ocho es contundente-. Dicho testigo, empero, en el acto oral, señaló que no quiso decir lo que está escrito, que no escuchó esas frases – no se formuló, en cambio, una explicación razonable al respecto – (fojas ciento sesenta y cuatro).

CUARTO.- Que, respecto de los Discos Compactos – en adelante, CD- que forman parte del material probatorio, no se ha cuestionado la diligencia de transcripción íntegra de los mismos en sede fiscal ni se formularon observaciones a su contenido (fojas ciento noventa y doscientos cuatro). El propio imputado en esa diligencia de transcripción reconoció su voz y, luego, señaló, al finalizar la misma, que todo era una broma, que el denunciante era su amigo. Así lo confirmaron en el acto oral las Fiscales Cornejo Cabrera y Villavicencio Olarte (fojas ciento noventa y cuatro), pero su declaración no es relevante no obstante ser Jefe de Control Interno de la Fiscalía Superior y haber intervenido en parte de la indagación disciplinaria abierta contra el encausado Luque Machaca – no mencionó nada resaltante en relación a los hechos en relación a la conducta del imputado-.

Las declaraciones de Cornejo Cabrera y Villavicencio Olarte, cuyo testimonio – al igual que el de la Fiscal Ortiz de Orué de Ladrón de Guevara – se admitieron en el período inicial del juicio oral, como fluye de su objeto y contenido eran pertinentes y útiles (relevantes). Se cumplió con los presupuestos legales para su admisión, contemplados en el artículo 373, numeral 2 del Código Procesal Penal. Si bien en la etapa intermedia se denegaron la actuación plenaria esos testimonios, es evidente que la solicitud probatoria correspondiente cumplía con las exigencias de pertinencia (relación con los hechos objeto del debate), conducencia (legalidad de su aporte) y utilidad (entidad o relevancia del aporte probatorio). Luego, la objeción recursal a su actuación no es de recibo. El motivo impugnativo no puede prosperar. En consecuencia, fue jurídicamente correcta su valoración en la sentencia.

QUINTO.- Que, cabe señalar, vista la legalidad de los testimonios en cuestión, que según la transcripción de los CD entregados por el denunciante

Pérez Rado, el Fiscal imputado Luque Machaca exigió al primero tres regalos de treinta soles para el personal de la Fiscalía y, luego, que debía que darle cincuenta soles, por lo menos un regalo. Aunque, éste, sin embargo, en la diligencia de reconocimiento de audio de fojas veinte, luego de su audición señaló que es su voz la que aparece allí, pero acotó que nunca expresó: “al grano, anda compra tres regalos de treinta soles para cada uno”-

La afirmación del acusado, en todo caso, obliga a examinar la pericia de determinación la presencia o no de una edición en los CD aportados como prueba material.

SEXTO.- Que el Ingeniero Vadick Acurio Carrasco (Ingeniero Informático y de Sistemas, con Registro de Colegiatura número quince setenta y siete trece) fue designado perito para establecer si los audios fueron editados, quien cumplió con emitir el informe pericial respectivo a fojas quinientos cuarenta y cinco, y ser examinado en el acto oral (fojas doscientos tres).

El informe pericial concluyó que los CD son copias regradas de su original; que la calidad de los audios es muy –asimétrica– al interesado que graba se le escucha mucho mejor que al grabado-; que no se detectó ningún corte o indicio de Edición Acústica, aunque se mantienen reservas porque se trata de copias regradas de su original; que las fechas de creación oscilan entre el veintiuno de diciembre de dos mil nueve y el cuatro de enero de dos mil diez; que se requiere la fuente original.

El perito Acurio Carrasco en el acto oral (fojas doscientos tres) precisó, luego de ratificarse en el informe pericial, que la finalidad de la pericia fue determinar si los audios habían sido editados; que se concluyó que no hubo manipulación, edición, ni alteración de los cuatro audios del formato AMR; que no analizó los audios en formato MP3 porque podrían sufrir alteración; que son audios regrados de sus originales; que no existe impedimento para realizar peritajes en copias de los originales.

SEPTIMO.- Que, ahora bien, se cuestionó impugnativamente, primero, la licitud del nombramiento del perito; y, segundo, su idoneidad profesional.

El artículo 173, apartado 1, del Código Procesal Penal estipula que es el Fiscal, en sede de investigación preparatoria, el que nombra un perito en función a su especialidad; y, en los casos de peritos que no son funcionarios

públicos, los designa entre los inscritos en el Poder Judicial para esa finalidad.

En el presente caso el Fiscal designó al perito Acurio Carrasco y ofició a la Unidad de Servicios Judiciales de la Corte Superior de Justicia del Cusco para contar con el concurso de ese perito (fojas cuatrocientos treinta y uno). En mérito a ese pedido, la indicada Oficina seleccionó al indicado profesional para esa labor pericial (fojas cuatrocientos cuarenta y nueve). Siendo así, no se vulneró la ley – base sustancial del principio de legalidad procesal- al nombrarse al perito Acurio Carrasco.

En cuanto a la idoneidad del perito, éste no solo está inscrito en el Registro respectivo de la Corte Superior de Justicia del Cusco como perito especializado en temas de fonética, acústica y videos, sino que el propio informe pericial denota conocimientos y equipos especializados para cumplir con este cometido. Nada indica que sus conocimientos son impropios para un pronunciamiento especializado en la materia encomendada.

Por tanto, este motivo se debe desestimar y así se declara.

OCTAVO.- Que el informe pericial y las explicaciones del perito Acurio Carrasco llevadas a cabo en el juicio oral son relevantes. Si bien los CD que entregó el denunciante no son los originales – de ahí que registran tiempos distintos en su creación (véase página cuarenta y cuatro del informe pericial)-, del examen de los mismos no consta que hubo manipulación, edición, ni alteración en ellos. Es verdad que una mayor fuerza en la conclusión importaría haber contado con los originales – se grabó utilizando un celular del propio denunciante, lo que hubiera determinado que no pudiera contar con él para sus comunicaciones diarias-, pero sus conclusiones siguen siendo sólidas.

En todo caso, el carácter indiciario de toda pericia requiere según los casos, que otros medios de prueba confirmen su contenido. En este caso se tiene la persistente declaración del denunciante Pérez Rado en sede de investigación y en sede plenaria (fojas cuatrocientos noventa y siete y ciento sesenta y seis). Éste narró las exigencias de dinero en los dos momentos en que se efectuaron: 1) luego de verificar la identificación de la motocicleta, 2) cuando se le iba a hacer entrega de la moto. Esos dos momentos fueron grabados y son los que reflejan los CD objeto de peritación.

NOVENO.- Que, como ya se indicó, el Tribunal Superior valoró la declaración del asistente administrativo Víctor Hugo Sotomayor Tejada y si bien éste indicó que, por orden del Fiscal Luque Machaca, redactó el acta de entrega de la moto y cumplió con entregarla a Pérez Rado, previa verificación de los datos, su propio testimonio no descarta la exigencia de dinero que efectuó el Fiscal al denunciante.

Lo relevante es que en el interrogatorio se incorporó las actas de su declaración en sede administrativo disciplinaria, las que se consideraron con mayor fuerza probatoria que lo que expresó en el plenario, tanto más si lo que señaló en esa ocasión – escuchó que el fiscal procesado le dijo a Pérez Rado que compre unos regalitos, a lo que éste respondió que no tenía dinero – guarda concordancia con lo que expuso el denunciante.

Cabe puntualizar que, como ya tiene fijado este Tribunal Supremo como doctrina legal, que cuando un testigo ofrece testimonios contradictorias en momentos procesales distintos, el Tribunal Superior puede fundar su convicción en declaraciones anteriores a las proporcionadas en el juicio oral, en tanto en cuanto se cumplan dos requisitos de carácter formal: (i) que éstas se hayan prestado sin violación de garantía alguna, con observancia de las normas de procedimiento que las rigen; y, (ii) que el testimonio se incorpore al plenario mediante el interrogatorio respectivo – solo se requiere una consideración genérica al testimonio anterior, no en sus detalles específicos-, de suerte que se incorpore al debate del plenario de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre esos extremos (Conforme: STSE de veinticuatro de marzo de mil novecientos cuatro). Al proceder así el Tribunal Superior, tuvo la oportunidad de contrastar la mayor veracidad de una y otras, de suerte que la condena no se basó en el interrogatorio previo sino en el resultado del juicio oral (Conforme: STCE 217/1989, de veintiún de diciembre). No se incurrió en vicio alguno al asumir esta declaración.

El motivo de impugnación sobre el examen y preferencia en el caso concreto de un testimonio anterior del testigo Sotomayor Tejada deviene infundado y así se declara.

DÉCIMO.- Que en la audiencia de apelación de sentencia, en esta sede procesal, prestó testimonial César Quintanilla Muñiz, servidor de las Fiscalías Provinciales de La Convención como chofer. Expresó que cuando se encon-

traba en el interior del local de la Fiscalía, el Fiscal Luque Machaca le ordenó que verifique el número de chasis y motor de una motocicleta que se hallaba en el Almacén de la institución – que queda ubicado a una cuadra y media del local institucional-, lo que hizo en compañía del señor Pérez Rado – los dos únicamente-; que, realizaba la verificación, regresó a la Fiscalía con el denunciante e ingresó con él al Despacho del Fiscal Luque Machaca; que en ese ambiente se encontraban la Fiscal Adjunta y otros servidores, y escuchó que entre ellos conversaban sobre los regalos de navidad, al punto que el Fiscal Luque Machaca le pidió que compre tres regalos de treinta soles cada uno, el mismo que le entregó el dinero y se retiró a efectuar la compra.

Esta declaración no es fiable, no solo por el vínculo de dependencia con el Fiscal recurrente, sino porque extraña que el imputado no mencionó, en el curso de sus declaraciones, la presencia del testigo en su Despacho y el diálogo que tuvo con su personal delante de aquél, tanto más si se trató de un diálogo directo con él, frente a varias personas y en presencia del propio denunciante. No es que el testigo escuchó esas conversaciones ocasionalmente y cuando se encontraba en el ambiente anterior de la Fiscalía sin que lo viera el Fiscal. Por lo demás, ese testimonio solo prueba que fue a realizar la diligencia de verificación – el propio denunciante indicó que el Fiscal llamó a un tal “César” – el nombre del testigo- para que previamente verifique los números de la motocicleta incautada, y que lo hizo solo con el denunciante.

Esta testifical, por consiguiente, no altera las conclusiones arribadas en la sentencia de instancia.

ÚNDECIMO.- Que, en conclusión, las objeciones impugnativas no son consistentes, y la declaración en sede de apelación del servidor César Quintanilla Muñiz no enerva las conclusiones fácticas arribadas en la sentencia de Instancia.

El Tribunal Superior no solo examinó prueba lícita y actuada con las debidas garantías – además, realizó un análisis individual y de conjunto de la prueba-, sino que la valoración que materializó no vulneró las reglas de la sana crítica judicial (leyes lógicas, máximas de experiencia y conocimientos científicos). Además, la prueba de cargo es fiable, plural, convergente entre sí, y suficiente. La motivación no presenta defectos constitucionales (relativos a la motivación omisiva, incompleta o insuficiente, vaga, genérica, confusa, hipotética o contradictoria, y/o ilógica en relación a sus inferencias probatorias.

DUODÉCIMO.- Que, siendo así, no cabe sino confirmar la sentencia. No se cuestionó el juicio jurídico de la sentencia de instancia en relación a la tipicidad, subsunción normativa y determinación judicial de la pena. En todo caso la pena impuesta corresponde al mínimo legal prevista en el tipo penal materia de condena (pena privativa de libertad y multa). Empero, respecto de la pena de inhabilitación no se respetó esa equivalencia, pues de la concordancia del segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal, según la Ley número 28355, de seis de octubre de dos mil cuatro, con el artículo 38 del Código citado, según la Ley número 29106, de dieciocho de octubre de dos mil siete, el mínimo legal es de seis meses.-

En atención a lo expuesto, por razones de favorabilidad y atento a que el apelante es el imputado quien introdujo una pretensión absolutoria, es posible disminuir la pena de inhabilitación para concordarla con las demás penas principales.

DECIMO TERCERO.- Que, por último, el encausado Luque Machaca cuestionó el monto de la reparación civil por estimar que no se tuvo en cuenta el daño a la persona. Se trata de un mero argumento teórico, pues si se sigue el razonamiento del recurrente será posible una cuantificación distinta, e incluso más alta, de la entidad del daño en el caso concreto.

Cabe añadir, por lo demás, que el afectado con la conducta del imputado es el Estado y lo que entraña en orden a la violación del principio de legalidad y la imparcial actuación de los funcionarios públicos – allí se concreta el daño, siempre en perspectiva institucional y no personal o individual -. Dado el cargo que ejercía el imputado la afectación a estos ámbitos es relevantemente más intenso. Nada hay que objetar al monto fijado por el Tribunal Superior.

El motivo, igualmente, se debe desestimar y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I. CONFORMARON** la sentencia de Primera Instancia de fojas doscientos noventa y ocho, de diez de octubre de dos mil diecisiete, en cuanto condenó a RAÚL LUQUE MACHACA como autor del delito de cohecho pasivo específico (artículo 395, segundo párrafo, del Código Penal) en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad y trescientos sesenta y cinco días multa, así como fijó en cuarenta mil soles el monto de la

reparación civil. **II. REVOCARON** la propia sentencia en el extremo que impuso la pena de inhabilitación por cinco años; reformándola en este extremo; **IMPUSIERON** a RAÚL LUQUE MACHACA seis mes de inhabilitación. **III. CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia en lo demás que contiene y es materia del recurso. **IV. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial y se remita la causa al Tribunal Superior para que ante el órgano jurisdiccional competente se inicie la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTIN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
SEQUEIROS VARGAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE NULIDAD N° 1637-2017

La pena de inhabilitación

SUMILLA: las modalidades de la pena de inhabilitación requieren ser individualizados en cada caso en concreto pues a través de ellas se suspende al sentenciado en el ejercicio de determinados derechos de las cuales abusó para cometer el delito acusado y juzgado.

Lima, diecisiete de enero de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA contra la sentencia del veinte de junio de dos mil diecisiete (foja dos mil setenta y seis) que, por mayoría, lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública- peculado de uso agravado, en perjuicio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, inhabilitación por término de tres años y en quinientos soles por concepto de reparación civil. De conformidad con el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA

PRIMERO. Conforme con el dictamen acusatorio (foja cuatrocientos sesenta y siete) se imputa al procesado el haberse aprovechado de su calidad de servidor público, como trabajador del área de la Central de Notificaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, el mismo que tenía asignado un

equipo de cómputo (Serie N. ° CPU KCU32 x IBM, Modelo 8191-LSP, color negro, con Código Patrimonial N. ° 23084894), a fin de que realice sus labores de notificación. De tal forma que el veinticuatro de setiembre de dos mil ocho habría dado uso distinto a dicha computadora, para elaborar escritos para terceras personas, las cuales no guardaban relación con sus labores ordinarias, conforme se aprecia del acta fiscal de fojas doscientos diecinueve. En ese entender, el representante del Ministerio Público consideró que la conducta del encausado se encuentra adecuada al tipo penal denunciado.

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

SEGUNDO. El recurrente fundamentó su recurso de nulidad (foja tres mil uno) en lo siguiente:

2.1. La Sala Superior no advirtió que no se ha configurado el delito por el cual fue condenado, al no haber hecho uso indebido de la computadora que supuestamente se le asignó cuando laboraba provisionalmente en la Corte Superior de Justicia de Cañete, que no obra documento a su nombre en el que conste la asignación de dicho bien para efectuar las labores de digitalización de cédulas de notificación, siendo falso lo afirmado por la testigo Jessika Vargas Hilasaca en ese extremo.

2.2. Constituye un error que se afirme que la computadora fue destinada a usos distintos a sus quehaceres diarios, habiéndola utilizado solo para las labores oficiales encomendadas, lo que fue verificado por el magistrado que lo intervino como se aprecia en el acta de intervención, en la que además se puede constatar que no se le encontró ningún escrito de terceras personas, siendo esta intervención solo para denigrarlo como persona.

2.3. Al no haberse acreditado en autos que funcionalmente hacía uso distinto del equipo de cómputo asignado a su persona, se le ha condenado únicamente en mérito a las declaraciones de terceros (Erick Alí Crispín Rodríguez; Aldo Daniel Chumpitazi Arias y la administradora de la Corte de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca), no habiéndose advertido que estas son contradictorias entre sí.

2.4. Los hechos no se encuentran tipificados en el artículo 388 del Código Penal, conforme lo establece la Ejecutoria Suprema N.°3763-2011/HUANCAVELICA, por lo que al no configurarse los supuestos de tipicidad y antiju-

ricidad, no existe culpabilidad del recurrente en los hechos imputados como delito.

2.5. Sobre el extremo de la pena impuesta, no aplicaron los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no se demostró la comisión del delito de peculado de uso, ni el daño causado, lucro o beneficio en que habría incurrido el procesado, por lo que no resulta aplicable una pena de Inhabilitación.

2.6. Respecto a las carpetas Tocto I y Tocto II, que se mencionan en la sentencia recurrida, señala que las afirmaciones en torno a ellas resultan una vaguedad genérica, pues nunca se negó a brindar la clave del equipo de cómputo asignado a su persona, como tampoco se encontró algún archivo inculpativo con contraseña ni se resistió a firmar el acta de diligencia llevada cabo en la fecha indicada, de ello se concluye que la condena impuesta carece de razonabilidad y proporcionalidad, siendo falso que se haya negado a que el magistrado interviniente ingrese a su computadora, pues tal hecho se corrobora con su firma en el acta de intervención.

2.7. El Colegiado Superior ha transgredido sus derechos constitucionales al haberle dado preferencia a una norma legal sobre otra constitucional, pues el magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila y la administradora Jessika Vargas Hilasaca indebidamente ingresaron el día de los hechos abruptamente a su área de trabajo y “vaciaron” la información contenida en la CPU del equipo de cómputo que se le asignó, circunstancia que oportunamente fue puesta a conocimiento de la Sala Superior en audiencia de tutela de derechos, donde se solicitó que no tome en cuenta dicha prueba ilícita, pedido que finalmente fue desestimado.

2.8. Asimismo, indica que resulta arbitraria la conducta del magistrado Paredes Dávila, pues el día de la indicada diligencia no acreditó estar autorizado para participar en ella, por lo que es falso lo alegado por la administradora Jessika Vargas Hilasaca respecto a que el recurrente estaba alterado al momento de la intervención, no pudiéndose tomar como válidas sus aseveraciones al servir dicha servidora a los Intereses del citado magistrado. Agrega que sus alegaciones sobre la falta de perjuicio al Estado quedan corroboradas con lo manifestado por el testigo Manuel Solo Torres, quien en la audiencia correspondiente manifestó que se hallaron ochenta y cuatro documentos privados que en nada afectan al patrimonio estatal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

TERCERO. Se entiende como prueba a: “Aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho alegadas por las partes en el proceso”⁹. De este concepto, se puede advertir que en un proceso penal no se busca probar el hecho o un acontecimiento, toda vez que esto ya existe en la realidad del mundo exterior, por lo que “no requieren ser probados”¹⁰. De acuerdo con esto, los hechos no constituyen en el proceso penal el objeto material sobre el cual va a recaer la actividad probatoria para pretender obtener la convicción judicial, sino simplemente se caracterizan en ser “fenómenos exteriores ya acontecidos”¹¹ y, a decir de Asencio Mellado¹², no son presenciados, por tanto, por el juez, ni susceptible de volver a acaecer. Entonces, el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes, esto es, que con la prueba se pretende lograr una convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho.

La presunción de inocencia, como principio constitucional o garantía básica del proceso penal, forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona¹³; y se configura desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado, si no existe una sentencia judicial que lo declare así, con pruebas de cargo válidas -mínima actividad probatoria realizada con escrupuloso respeto de las garantías necesarias- Para esto se debe haber desarrollado un proceso judicial, y dentro de este un juicio; en ello reside la construcción de la culpabilidad. Esto significa que solo la sentencia judicial tiene la virtud de declarar la culpabilidad jurídicamente construida; construcción implica la adquisición de un grado de certeza.

9 GIMENO SENDRA. Fundamentos del derecho procesal penal. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

10 SERRA DOMÍNGUEZ. “Contribución al estudio de la prueba”. En Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, 1969, p. 359.

11 GIMENO SENDRA, V. Fundamentos del derecho procesal. Madrid: Civitas, 1981 p. 214.

12 En: La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Lima: INPECCP, 2008, p. 2. En esta misma línea, GIMENO SENDRA, V., p. 214; SENTIS MELENDO, S. *Valoración de la prueba*. “R. D. Proc. ib-filip”, núms. 2-3, 1976, p. 288; SERRA DOMÍNGUEZ, M., p. 359.

13 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Tomo I. San José, C. R.: Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 122.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO. En ese sentido, conviene analizar si se han actuado suficientes pruebas de cargo que logren desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que esta haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal y que esta actividad y/o comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

4.1. En dicho orden de ideas, debe precisarse que el pronunciamiento de este Supremo Tribunal está circunscrito a los agravios contenidos en la impugnación del recurrente y descritos en el segundo considerando de la presente resolución, conforme con lo establecido por el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales y al principio de limitación recursal.

4.2. En tal sentido, en cuanto a los agravios transcritos en los ítems 2.1., 2.2 y 2.3, debe indicarse que conforme puede advertirse en el acta de Intervención, esta se efectuó el diecinueve de noviembre de dos mil ocho, a las catorce horas, en la Oficina Central de Notificaciones (Área de Digitación) correspondiente a la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Cañete, encontrándose en aquella al recurrente realizando sus labores cotidianas, tal como se consigna en dicha acta (véase fojas cuarenta y siete a cincuenta), lo que además ha sido ratificado categóricamente por aquel en el decurso del proceso, pero negando que se le haya asignado la citada computadora donde se encontraron los escritos que lo Incriminan debido a la inexistencia de documentos que lo vinculen al citado equipo de cómputo. Al respecto y de acuerdo con lo actuado en autos, tales argumentos no se condicen con la base táctica del proceso porque los testigos ofrecidos por la propia defensa técnica del Impugnante han sostenido todo lo contrario¹⁴, lo que además fue inicialmente reconocido por dicho encausado en torno a la participación del magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila (véase acta de folios mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres) en la acotada diligencia.

14 Véase declaración de Aldo Daniel Chumpitasi Arias comente a folios dos mil uno a dos mil siete y la de Erick Ali Crispín Rodríguez de fojas dos mil siete a dos mil doce

4.3. En consecuencia, el bien público objeto de la utilización indebida ha estado en posesión del ahora sentenciado, quien al tener la condición de servidor público al Interior de la Administración Pública posee una atribución sobre el mencionado equipo de cómputo conforme con lo dispuesto en el numeral 6 del Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116¹⁵, de lo que se infiere que la aludida documentación no resulta determinante como alega el Impugnante, siendo del caso indicar que las declaraciones de los citados testigos no son contradictorios entre sí, existiendo únicamente discrepancias en cuanto a la narración de los hechos (véase actas de fojas doscientos diecinueve y dos mil uno y dos mil veintidós), lo que no incide sustancialmente en los cargos formulados en contra del recurrente.

4.4. Igualmente, en cuanto al uso del equipo de cómputo asignado al ahora sentenciado para fines distintos, el cual constituye el núcleo central de la imputación, se debe indicar que aquel ha rechazado categóricamente tales cargos bajo el argumento que terceras personas pudieron ingresar a su computadora que era compartida con sus demás compañeros de trabajo, ya que la misma no tenía contraseña para su acceso; sin embargo, tal aseveración no guarda concordancia con lo actuado en autos, pues, si bien es cierto y conforme con la declaración de la administradora de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca (véase acta de fojas dos mil veintidós a dos mil veintiocho), en el Área de Digitación de la Central de Notificaciones laboraban varios servidores públicos pese al reducido espacio físico, entre ellos, Aldo Daniel Chumpitazi Arias y Erick Alí Crispín Arias, también es verdad que de conformidad con la declaración del encargado de informática de dicha Corte, Juan Manuel Solo Torres, el archivo que contenía el escrito inculpatorio que se menciona en el punto nueve del Acta Fiscal de folios doscientos diecinueve a doscientos veintitrés, e impreso posteriormente (véase a folios doscientos veintiséis a doscientos veintiocho), fue hallado y creado en la computadora asignada al impugnante, manifestando dicho testigo que el día

15 “(...) Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud a la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que hace referencia se encuentra íntimamente a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. (...)”

de los hechos no pudo ingresar al archivo porque se encontraba con contraseña, por ello tuvo que emplear un *software* especial para descriptarlo, lo que no se llegó a concretar porque el propio recurrente le otorgó la clave (véase folios dos mil cuarenta y dos a dos mil cuarenta y nueve), concluyéndose de todo ello que es incuestionable que el recurrente utilizó el equipo de cómputo asignado a su persona para labores del Poder Judicial, redactando un escrito a nombre de Mary Elena García Daorta dirigido al jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), dándole un fin ajeno a este bien mueble estatal, por lo que los citados agravios deben ser desestimados.

4.5. Ocurre lo propio con los agravios identificados con los ítems 2.4 y 2.5, pues conforme con lo expuesto precedentemente y a lo actuado en el proceso, se advierte que los hechos materia de la imputación contra el recurrente, tienen la connotación penal prevista y sancionada por el artículo trecientos ochenta y ocho del Código Penal, pues ha quedado Indubitablemente probado que aquel otorgó una finalidad particular al equipo de cómputo asignado para sus labores ordinarias -descargar cédulas de notificación- habiéndolo empleado para redactar escritos en favor de terceras personas, conducta que de por sí implicó la obtención de un beneficio al impugnante, por lo que la pena impuesta se encuentra ajustada a derecho al haberse configurado el aspecto objetivo y subjetivo del ilícito imputado.

4.6. En cuanto al agravio al que se contrae el cargo identificado como ítem 2.6. es pertinente indicar que, inicialmente, el día de los hechos, el sentenciado mostró una actitud renuente para entregar la clave para abrir los archivos que contenía el equipo de cómputo a su cargo en su centro de labores -materia de la aludida intervención- conforme puede advertirse del acta de constatación corriente a folios cuarenta siete al cincuenta. Posteriormente proporcionó la contraseña, conforme se describe en el acta fiscal de folios doscientos diecinueve a doscientos veinticinco, la que se negó a firmar a pesar de haber participado en el desarrollo de dicha diligencia en la que además se encontró la redacción del escrito inculminatorio que obra impreso a fojas doscientos veintiséis a doscientos veintiocho, por lo que los fundamentos que sustentan el referido agravio carecen de todo sustento, debiendo ser desestimados.

4.7. Sobre el Ítem 2.7 se puede verificar que si bien es cierto, el ahora sentenciado mediante escrito presentado el catorce de noviembre de dos mil

trece (véase folios setecientos ochenta y cuatro a setecientos noventa), promovió una audiencia de tutela de derechos en torno a una prueba ilícita; también es verdad que dicho pedido fue declarado improcedente en sesión de juzgamiento del cuatro de junio de dos mil catorce (véase fojas ochocientos setenta y cuatro a ochocientos setenta y nueve), por el simple hecho de que la acotada audiencia no se encuentra regulada en el Código de Procedimientos Penales, advirtiéndose que la impugnación a dicha decisión fue desestimada por inimpugnable, conforme con lo descrito en el artículo doscientos setenta uno del Código acotado, no advirtiéndose la transgresión de alguna garantía constitucional como lo manifiesta el impugnante, por lo que el agravio debe desestimarse.

4.8. Por último, en cuanto al ítem 2.8 lo sostenido por el recurrente respecto a la arbitraria intervención del magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila el día de la acotada diligencia, debe precisarse que tal circunstancia constituye un mera sindicación que no tiene sustento objetivo con la base táctica de autos, pues conforme lo ha declarado la administradora de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca (véase fojas dos mil veintidós a dos mil veintinueve), el dicho magistrado estaba autorizado para constituirse al lugar de los hechos, debido a que el encargado del Órgano de Control de dicha corte se encontraba presente en aquella, por lo que no se advierte la arbitrariedad que denuncia el impugnante.

DE LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN

QUINTO.- Una particularidad del delito de peculado de uso es que se reprime con una penalidad conjunta, compuesto por penas privativas de libertad, multa e inhabilitación¹⁶. Las copenalidades de multa e inhabilitación deben ser fijadas de forma proporcional a la pena privativa de libertad puesto que en ellas también se realiza el mismo procedimiento de individualización, esto es, sobre la base del marco legal conminado por el delito se evalúa la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Así, a medida que haya más situaciones de atenuación, la pena se fijará más cerca al mínimo legal y

16 PRADO SILDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho penal. Parte especial: los delitos. Colección Lo Esencial del Derecho. N° 27, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 163.

viceversa¹⁷, debiendo indicarse que la pena de inhabilitación ha sido objeto de análisis en los acuerdos plenarios números 02-2008/CJ-116¹⁸ y 10-2009/CJ-116¹⁹. Ahora bien, a efectos de determinar la pena de inhabilitación a imponerse al procesado Javier Francisco Tocto Inga debe tenerse presente lo siguiente:

5.1. El representante del Ministerio Público solicitó en su acusación fiscal que se le imponga un año de inhabilitación conforme con lo contemplado en el inciso 2, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

5.2. En la sentencia recurrida, la Sala Superior le impuso tres años de pena de inhabilitación, conforme con lo previsto en los artículos cuatrocientos veintiséis y treinta y seis, incisos 1 y 2, del Código Penal.

5.3. No obstante, si se tiene en cuenta lo señalado en la acusación fiscal, únicamente puede imponerse al impugnante el supuesto de inhabilitación, contemplado en los incisos 2, del artículo treinta y seis, del Código Penal, por lo siguiente:

- a) La imposición de los supuestos de inhabilitación contemplados en los incisos 1, del artículo treinta y seis, del Código Penal (consecuencia jurídica legal contemplada en el tipo penal de peculado de uso agravado) no fue solicitada por el representante del Ministerio Público; por ello, no puede imponerse dicha pena accesoria porque ello significaría contravenir el principio de congruencia procesal²⁰ a lo que agrega que por efecto de la condena impuesta al sentenciado la pérdida del cargo que ejerció es definitiva.

17 Recurso de Nulidad N° 106-2015 Lima del 12 de octubre de 2016; fundamento vigésimo.

18 Fijó los alcances de esta pena. Definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo; así como las exigencias procesales para su interposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o positivos); o por incapacitado para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad (pena principal o accesoria), dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito del que se trate y al principio de proporcionalidad.

19 Se abordó el tema de la ejecución de la pena de Inhabilitación.

20 Resulta Ilustrativo lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-1 16.

- b) En cambio, sí cabe la imposición de la pena prevista en el inciso 2, del citado artículo treinta y seis, del Código acotado.

5.4. Entonces, considerando que la pena impuesta al encausado Javier Francisco Tocto Inga, es el mínimo legal (cuatro años suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta), deviene en proporcional y razonable la imposición del plazo de inhabilitación mínimo (seis meses) regulado en el artículo treinta y ocho del Código Penal.

5.5. Ello significa que la sentencia recurrida, en el extremo de la pena de inhabilitación impuesta, debe ser revocada y, reformándola, es del caso disponer el mandato de inhabilitación descrito precedentemente, deviniendo en nulo el extremo de la citada pena referido al inciso 1, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del veinte de junio de dos mil diecisiete (foja dos mil setenta y seis), en el extremo que, por mayoría, condenó a JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA como autor del delito contra la administración de justicia-peculado de uso agravado, en perjuicio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años y en quinientos soles el monto por concepto de reparación civil.

II. HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo del plazo de tres años de inhabilitación impuesto a JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA, conforme con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; y, **REFORMÁNDOLO**, le **IMPUSIERON** seis meses de inhabilitación. **NULO** el extremo de la inhabilitación respecto al inciso 1, del artículo 36, del Código Penal.

III. NO HABER NULIDAD con lo demás que al respecto contiene. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Suprema Instancia.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

QC/arad

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 17112-2017, LIMA

Lima, veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

I. OBJETO DE LA CONSULTA

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha veinte de marzo de dos mil diecisiete, copiada a fojas veintiuno, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado, inaplica al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Estado.

II. ANTECEDENTES:

SEGUNDO.- Como antecedentes del proceso, tenemos que se ha atribuido al imputado Juan Carlos Rosales Hernández el delito contra la Administración Pública – Cohecho Activo en el ámbito de la función policial, previsto y sancionado en el artículo 398-A, primer párrafo, del Código penal, en agravio del Estado, debido a que, el día dos de marzo de dos mil diecisiete, aproximadamente a las nueve horas con veintidós minutos (09:22 h), por intermediaciones de la cuadra 50 de la Avenida Petit Thouars, la S03 PNP Doris Melisa Melgarejo Fretel, de la Unidad Policial de Control de Tránsito de Lima Sur, constató que el vehículo de la Empresa de Transportes “El Carmen”, de placa de rodaje N° A5J-733 incurrió en infracción al Reglamento Nacional de Tránsito (recoger y dejar pasajeros fuera del paradero y rutas autorizados), por lo que procedió a su intervención, siendo identificado el conductor

como el ahora imputado Juan Carlos Rosales Hernández, quien a solicitud de la autoridad policial, hizo entrega de sus documentos personales y los del vehículo, verificándose que dentro del Certificado de la Revisión Técnica se encontraba doblado un **billete de veinte soles**, dinero que, como ha referido el imputado, era para que la efectivo policial lo apoye y **no le imponga la papeleta de infracción**, por lo que, se procedió a su detención y traslado a la dependencia policial correspondiente. Ante tales hechos, mediante Sentencia Anticipada del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete (copiada a fojas uno), con motivo de la incoación de **proceso inmediato**, se presentó el acuerdo de Terminación Anticipada celebrado entre el Cuarto Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima y el imputado, el cual fue rechazado, basado en que la solicitud del representante del Ministerio Público sobre inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debe ser interpretado como un control o evaluación de constitucionalidad del citado artículo, control difuso -artículos 51 y 138 de la Constitución, debiendo verificarse la incompatibilidad de dicha norma con algún precepto constitucional, en ese sentido considera que la sanción de **cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir**, contenida en el numeral 7 del artículo 36 del Código Penal, no vulnera el derecho al trabajo del imputado **Juan Carlos Rosales Fernández**, consagrado en el artículo 2, numeral 15 de la Constitución, debiendo de entenderse el artículo cuestionado como una pena limitativa de derechos prevista en la ley, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal y al amparo del literal d) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución, por lo que, la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, en el presente caso no es posible; no pudiendo, por ende, aprobar el acuerdo arribado por contravención del principio de legalidad. Así y no encontrándose de acuerdo con la resolución, el representante del Ministerio Público formuló recurso de apelación (copiado a fojas siete), la misma que fue resuelta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, mediante la sentencia de vista consultada, obrante a fojas veintiuno, que declaró por mayoría nula la resolución apelada y declara inaplicable el artículo 398-B del Código Penal por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 15 de la Constitución Política del Estado, es por ello que realiza control difuso e inaplica la norma legal citada.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL:

TERCERO.- El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: Control Difuso y Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

CUARTO.- Asimismo, el artículo 138, segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal, que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso²¹ y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

QUINTO.- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, **Expediente N° 1109-2002-AA/TC**, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido:

“(…) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la

21 Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. 1ra edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional, b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia, c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²²

La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según **Edgar Carpio** no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto, penal, administrativo, constitucional, etc²³.

SEXTO.- Asimismo, esta Suprema Sala, con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016, Lima Norte**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituyen doctrina jurisprudencial vinculante; en el cual se precisó que:

22 Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000; 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL; 1383-2001-AA/TC, Luis Rabines Quiñones; y, 410-2002-AA/TC, Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301.

23 CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e Interpretación constitucional. Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, octubre 2004, p. 29.

“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, se ha fijado las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial:

(i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales,

(ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso,

(iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor Interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; y,

(iv) Dado que el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de Idoneidad, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto.”

Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal.

VALORACIÓN:

SÉPTIMO.- Como se advierte, la instancia de mérito vía **control difuso** ha inaplicado el dispositivo legal que contiene los supuestos de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial; al considerar que es incompatible con el derecho fundamental al trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, así como de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad.

lidad -en cuanto a la pena- y de resocialización del penado. Por consiguiente, esta Sala Suprema procederá analizar si estas premisas normativas contenidas en el artículo 398-B del Código Penal, materia de control difuso, vulneran el derecho fundamental a trabajar libremente, con sujeción a ley, consagrado por el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

OCTAVO.- Para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo de la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, en el supuesto del artículo **398-A del Código Penal**, contemplado en el artículo 398-B del Código Penal. Siendo ello así, tenemos que dicha norma establece expresamente lo siguiente:

“En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad al inciso 7 del artículo 36”. (El resaltado es nuestro).

Tal como se puede advertir, la norma penal establece **inhabilitación** expresa consistente en la cancelación definitiva para obtener autorización para conducir a los que se encuentren en los supuesto del artículo 398-A del citado cuerpo legal, esto es, a ofrecer, 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.

NOVENO.- Es preciso mencionar, que en relación a los hechos que son materia de controversia, se aprecia de autos que el imputado **Juan Carlos Rosales Hernández** se somete a la **terminación anticipada**, esto es, reconoce los hechos imputados, realizados el dos de marzo de dos mil diecisiete. Advirtiéndose que, durante la secuela del proceso, el imputado demostró una conducta de abierta colaboración, coadyuvando con las investigaciones, expresando la voluntad de corregir su conducta y acreditando el resarcimiento de los daños ocasionados; se verifica además que el citado imputado no cuenta

con antecedentes penales²⁴; el cual constituye un elemento a tener en cuenta.

DÉCIMO.- En tal sentido, la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir establecida en el artículo 398-B del Código Penal no hace más que vulnerar el derecho fundamental, de relevancia constitucional, a **trabajar libremente** -del inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado-, así como el derecho al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados, así como de los principios de **igualdad ante la ley**, de **proporcionalidad** -en cuanto a la pena- y de **resocialización del penado**, que proporciona evidencia respecto a la no inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, establecida expresamente por la norma penal cuya inaplicación es materia de la sentencia, objeto de consulta. Entonces, en el presente caso, estando a la tipificación del hecho como delito de **cohecho activo** en el ámbito de la función policial en su modalidad dolosa, la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, establecida en el artículo 398-B de la citada ley, priva y vulnera gravemente el **derecho a trabajar libremente**, y a su resocialización ante la sociedad, que tiene impacto en la dignidad de la persona humana; todo ello teniendo en cuenta las circunstancias particulares para este caso, por lo que de aplicarle dicha restricción de la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir se puede considerar como una medida excesiva desproporcionada que afectaría también a su entorno más cercano y con grave afectación a sus derechos constitucionales.

DÉCIMO PRIMERO.- En tal sentido, se recurre a los métodos de interpretación constitucional, como el *test de proporcionalidad*, referido a una antinomia entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la severa inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir prevista en el **artículo 398-B del Código Penal**, aplicable al imputado, y los derechos, bienes e intereses en torno al Estado como agraviado.

DECIMO SEGUNDO.- Al respecto, el juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. Éste, en términos de su

24 Véase punto 11 de la sentencia anticipada copiada a fojas 5.

principal expositor, no es más que la manifestación del principio de proporcionalidad (supra-principio rector del ordenamiento jurídico) y se descompone en tres partes²⁵:

1. **Subprincipio de adecuación**, por el cual se proscribe las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, a su vez, la vigencia o realización de algún otro.
2. **Subprincipio de necesidad**, el cual requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro.
3. **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto** o ponderación, por el cual se busca la optimización concreta de cada uno de los principios en conflicto, bajo la regla que reza “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”²⁶.

En estricto, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal, se justifica o no constitucionalmente. Veamos.

a) En relación al primer subprincipio, conocido también como el de **finalidad**, es preciso establecer si lo que se busca con la medida de inaplicación normativa, es lícito y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana.

Como se ha indicado líneas arriba, la sentencia consultada al inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, pretende la protección al proyecto de vida del imputado, así como el derecho al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados así como de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad -en cuanto a la pena- y de resocialización del penado; asimismo busca la protección a trabajar libremente derivada de la dignidad de la persona humana respecto al acusado y la excesiva pena acce-

25 ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, primera edición 2009, México, Porrúa, p. 8.

26 Idem, p. 9.

soria de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir a imponerse por el delito cometido en caso de autos; este Colegiado considera que la búsqueda de protección de tales derechos, de rango constitucional, resultan válidos, que aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y a la dignidad analizados precedentemente, se tiene por cumplido este subprincipio de adecuación o finalidad.

b) Respecto al segundo subprincipio, conocido como el de **necesidad**, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, al inaplicar la ley penal, es la única que permitía el logro de la finalidad -descrita líneas arriba-; es decir, el órgano jurisdiccional no tenía la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa que la adoptada para obtener la misma protección a los derechos fundamentales de la imputada. A la luz de lo expuesto en la sentencia materia de consulta y de lo actuado en autos, se advierte, que en este caso, dada la particular situación del imputado, esto es la ausencia de antecedentes penales, entre otros descritos en la sentencia consultada, el órgano jurisdiccional solo podía detener la gravosa aplicación de la pena accesoria prevista en la ley, inaplicando el artículo 398-B del Código Penal; entonces, no existiendo otra posibilidad, menos gravosa, que la adoptada por el Colegiado Superior, se cumple con este subprincipio.

c) En relación al tercer y último subprincipio, de **proporcionalidad en el sentido estricto**, se advierte que en este caso, los bienes protegidos por la decisión jurisdiccional -a trabajar libremente conforme se ha precisado líneas arriba, dan plena justificación a la inaplicación de la norma penal, solo en relación al artículo 398-B del Código Penal; la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección de los mencionados derechos fundamentales del imputado- de la medida adoptada. De lo que se concluye que también se cumple con este subprincipio.

DÉCIMO TERCERO.- En ese sentido, tenemos que el artículo 398-B del Código Penal, al establecer la cancelación o incapacidad definitiva, para obtener autorización para conducir, afecta el derecho a trabajar libremente, así como el derecho al libre desarrollo, bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados, además colisiona con los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de resocialización del penado. Por lo que resulta,

adecuado, proporcional y esencialmente igualitario, la inaplicación de dicha norma en el presente caso.

DÉCIMO CUARTO.- Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma cuestionada no guarda compatibilidad con las normas constitucionales, la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, se encuentra arreglada al artículo 138 de la Constitución Política del Estado, por lo que se aprueba el control difuso efectuado en la sentencia consultada.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veinte de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas veintiuno, en el extremo que, realizando el control difuso declaró inaplicable al caso el artículo 398-B del Código Penal; en el proceso seguido contra **Juan Carlos Rosales Hernández**, por el delito contra la Administración Pública, Cohecho Activo, en agravio del Estado Peruano; y los devolvieron.

Interviene como Juez Supremo Ponente el señor **Bustamante Zegarra.-**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

WONG ABAD

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A

EXPEDIENTE: 00008-2014-19-5001-JR-PE-01

Jueces Superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscoya / Burga Zamora
Especialista Judicial : Ruiz Riquero, José Humberto
Ministerio Público : Segunda Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Sentenciados : Carlos José Burgos Horna y otros
Delitos : Enriquecimiento ilícito y lavado de activos
Agravado : El Estado
Materia : Apelación de sentencia condenatoria

SUMILLA: *Enriquecimiento ilícito / Determinación de la pena*

1. En el delito de enriquecimiento ilícito el elemento valorativo “*alta dirección*” se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales. En ese orden de ideas, una lectura integral de una serie de normas extrapenales nos permite concluir que el cargo de alcalde distrital se corresponde al elemento normativo “*alta dirección*”.

2. Una aplicación orientada a la determinación de una pena justa exige la conservación de un mínimo *arbitrio discrecional* del juez para fijar la pena concreta dentro del espacio punitivo que corresponda a alguno de los *tercios*, siempre bajo la garantía de la

debida motivación. La razón que emerge descansa en el hecho de que, antes que *cuantificarse* las circunstancias, estas deben ser *valoradas* en función de su grado de incidencia en la culpabilidad del autor, y solo de una valoración conjunta de todas ellas, analizadas en su materialidad, podemos fijar la pena concreta a imponer.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Resolución N° 07

Lima, veinticinco de agosto de dos mil diecisiete

VISTOS; en audiencia pública, los recursos de apelación formulados por los imputados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar; las defensas técnicas de los terceros afectados con decomiso Luis Rafael Guillermo García Carcelén, Grupo Jezzy SAC, Publicidad y Servicios Generales Boga S.A., Los Emprendedores de San Juan S.A.C. y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S.A.C.; el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, contra la sentencia materia de grado. Interviene como ponente el juez superior GUILLERMO PISCOYA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Es materia de apelación la sentencia emitida por el Primer Juzgado Penal Colegiado Nacional, contenida en la resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, corregida mediante resolución de fecha doce de mayo de dos mil diecisiete, en los siguientes extremos: i) Los sentenciados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar en el extremo que se les condena por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos en agravio del Estado Peruano, y se les impone las penas privativa de la libertad, multa e inhabilitación, más el pago solidario de la reparación civil; precisándose que los dos últimos impugnan además las costas y la remisión de copias, respectivamente; iii) Los terceros, en el extre-

mo que se decreta el decomiso; iii) El Ministerio Público en el extremo de la pena privativa de la libertad impuesta a Burgos Horna, así como de la pena de multa impuesta a Nestares Silva; y iv) La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que fija el monto por reparación civil.

SEGUNDO: HECHOS IMPUTADOS

A. Respecto del delito de enriquecimiento ilícito

A.1 Carlos José Burgos Horna

2.1 Se imputa al acusado Burgos Horna, en calidad de autor directo, que durante el ejercicio del cargo de alcalde del Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho en el periodo comprendido entre enero de 2007 y junio de 2013, incrementó ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, presentando un desbalance patrimonial acumulado por la suma de S/ 8 445 210.01, como consecuencia del ejercicio abusivo del cargo público que ostentó, a través de la constitución y préstamos a favor de sus empresas, adquisición de bienes y mejores efectuadas a los inmuebles adquiridos. Para tal propósito se valió del más alto cargo de dirección y decisión en dicha institución edil.

2.2 Estos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como delito de enriquecimiento ilícito, en su modalidad agravada, tipificado en el artículo 401° primer y segundo párrafo del CP²⁷.

A.2 Jessica Karina Oviedo Alcázar

2.3 Se le imputa, en calidad de autora directa, que durante el ejercicio del cargo de Asesora Externa y Asesora II, del despacho de la Alcaldía del Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho, en el periodo de 2007 al 2008, incrementó ilícitamente su patrimonio, presentando un desbalance patrimonial por la suma de S/ 229 541.33, como consecuencia del ejercicio abusivo del cargo público que ostentó, a través de la constitución de empresas, adquisición directa de bienes inmuebles y vehículos.

27 Sobre la vigencia de ley aplicable, el Juzgado Colegiado decidió aplicar la ley más favorable (29703), al presentarse un conflicto de leyes en el tiempo.

2.4 Estos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como el delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401° del CP, primer párrafo²⁸.

A.3 David Elías Nestares Silva

2.5 Se le imputa, en calidad de autor directo, que durante el ejercicio del cargo de Regidor, en el periodo de 2007-2010, y Teniente Alcalde del Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho durante el periodo de 2011 hasta junio de 2013, incrementó ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, presentando un desbalance patrimonial acumulado ascendente a la suma de S/52 463.81.

2.6 Estos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401° del CP, primer párrafo²⁹.

B. Respecto del delito de lavado de activos

B.1 Carlos José Burgos Horna

a) Actos de Conversión

2.7 Se le imputa, en calidad de autor directo, **haber convertido** dinero de origen ilícito, mediante la expedición del cheque N° 96684822, con la finalidad de adquirir 02 inmuebles lotes 03 y 10 del Block 01 de la Urbanización Las Totoritas, desembolsando la suma total de USD 110 000.00 dólares; **haber adquirido** el 13 de noviembre de 2007, de su coimputada Oviedo Alcázar, en representación de su empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA, el inmueble sito en el lote 16 de la manzana “W”, comunidad campesina de Jicamarca, anexo 22, sector “El Pedregal”, Huarochirí, por la suma de S/1 800.00; haber convertido dinero de origen ilícito, a través de la figura de **testafer rato** (su coimputada Oviedo Alcázar), para adquirir el 10 de marzo de 2011 el vehículo de placa B3V-542, por la suma de USD 39 000.00; y los inmuebles ubicados en los lotes 08 y 11 de la manzana “W”, comunidad campesina de Ji-

28 Sobre la vigencia de ley aplicable, el Juzgado Colegiado decidió aplicar la ley más favorable (29703), al presentarse un conflicto de leyes en el tiempo.

29 Sobre la vigencia de ley aplicable, el Juzgado Colegiado decidió aplicar la ley más favorable (29703)

camarca, anexo 22, sector “El Pedregal”, Huarochirí, por la suma total de USD 12 000.00, en los días 03 de setiembre y 19 de octubre de 2009.

Los cuales, posteriormente en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA, adquirió. Asimismo, haber convertido dinero de origen ilícito tanto para la constitución como para la adquisición de bienes a favor de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC, además de administrar dicha persona jurídica y su patrimonio.

2.8 hechos han sido calificados jurídicamente como actos de conversión y de adquisición tipificados, como modalidades del delito de lavado de activos, según la ley vigente al momento de los hechos³⁰.

B.2 Jessica Karina Oviedo Alcázar

a) Actos de transferencia

2.9 De los siguientes bienes de origen ilícito conocido: el vehículo de placa CIE-387, por la suma de USD 5 000.00 (11 de octubre de 2008); el vehículo de placa C2O-593, por la suma simulada de USD 20 000.00, en favor de su esposo Rafael García Carcelén (23 de enero de 2013); el inmueble ubicado en el lote 16 de la manzana “W”, comunidad campesina de Jicamarca, anexo 22, sector “El Pedregal”, Huarochirí, a su coimputado Burgos Horna, por la suma de S/1 800.00 (12 de setiembre de 2011); los inmuebles ubicados en los locales comerciales 70 y 42, primer piso, Nivel B, avenida Camino Real N° 456, San Isidro-Lima, por las sumas de USD 25 000.00 y USD 81 000.00 (los días 29 de diciembre de 2009 y 28 de setiembre de 2010); la oficina N° 808 y los estacionamientos N° 174, 175 y 176 situados en la avenida Manuel Olguín N° 335-345, Santiago de Surco-Lima, por el monto total de S/631 732.02 (09 de diciembre de 2010); el estacionamiento N° 228 y el depósito N° 146 de la misma dirección, por el monto de S/76 513.29 (10 de setiembre de 2012); el departamento N° 201, ubicado en avenida San Borja Norte N° 1398-Lima, por USD 100 000.00 (07 de febrero de 2011); la suma de S/322 466.40, como préstamos bancarios a su empresa Grupo Jezzy SAC (efectuados los días 11 de enero, 01 de febrero, 02 de marzo y 07 de setiembre de 2010); transferencias

30 Los hechos acontecidos desde el 23 de julio de 2007 hasta el 19 de abril de 2012 quedaron bajo los alcances del Decreto Legislativo 986, mientras que los hechos ocurridos desde el 20 de abril de 2012 hasta el 30 de junio de 2013, quedaron bajo los alcances del Decreto Legislativo 1106.

a la cuenta bancaria ME 5-406169-636 del Citibank, por la suma de USD 100 000.00 (por medio de terceros a través de 16 depósitos de montos menores entre el 05 y el 06 de marzo de 2012); la suma de USD 30 000, realizada por la misma imputada (07 de marzo de 2012); y por la suma de USD 252 000.00 transferida a Classic Settlements INC, en los Estados Unidos (28 de marzo de 2012).

b) Actos de conversión

2.10 En la adquisición de los siguientes bienes (*algunos en representación de su empresa, Grupo Jezzy SAC*): el vehículo de placa RQS-681, por la suma de USD 23 800.00 (03 de julio de 2009); el vehículo de placa C2O-593, por la suma de USD 55 650.00 (19 de enero de 2012); el departamento N° 101, estacionamientos 19 y 20 y depósito N° 08 ubicados en Calle 30 N° 131, San Borja, Lima, por la suma total de S/ 495 000.00 (28 de setiembre de 2009); el inmueble ubicado en la manzana, lote 18, sector sexto, Grupo residencial 5, Villa El Salvador, Lima, por el monto de USD 20 000.00 (20 de abril de 2011); el departamento N° 201 de la avenida San Borja Norte N° 1398, por la suma de USD 70 000.00 (31 de marzo de 2010); el departamento N° 403, los estacionamientos N° 11 y 12 y el depósito N° 14 situados en la Calle 29 N° 275, San Borja, Lima, por la suma total de USD 140 000.00 (20 de abril de 2012) y todos los inmuebles de la avenida Manuel Olgúin N° 335 - 345, por la suma total de S/ 680 909.16 (09 de abril de 2013). **2.11** Estos hechos han sido calificados jurídicamente como actos de conversión y de adquisición tipificados, como modalidades del delito de lavado de activos, según la ley vigente al momento de los hechos³¹.

c) Actos de adquisición, a título de cómplice

2.12 Se le imputa haber colaborado con su coimputado Burgos Horna, en la adquisición del vehículo de placa B3V-542; los inmuebles ubicados en los lotes N° 8 y 11 de la manzana “W”, comunidad campesina de Jicamarca, Huarochirí; así como en la constitución, adquisición de bienes y administración de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC, hasta julio de 2012.

31 Los hechos acontecidos desde el 23 de julio de 2007 hasta el 19 de abril de 2012 quedaron bajo los alcances del Decreto Legislativo 986, mientras que los hechos ocurridos desde el 20 de abril de 2012 hasta el 30 de junio de 2013, quedaron bajo los alcances del Decreto Legislativo 1106.

B.3 David Elías Nestares Silva

2.13 Se le imputa en calidad de **cómplice primario**, el delito de lavado de activos, al haber coadyuvado al coimputado Burgos Horna, a convertir bienes de origen ilícito para la constitución y adquisición de bienes y administración de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC; asimismo, le transfirió, a un valor menor al real, el inmueble donde operaba el colegio Saint John's.

TERCERO: ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A. Respecto del delito de enriquecimiento ilícito

Los fundamentos del Juzgado Colegiado de la Sala Penal Nacional son los siguientes:

3.1 En la sentencia se fijan dos elementos típicos que justificaron la imputación de responsabilidad penal a los imputados respecto del delito de enriquecimiento ilícito: el ejercicio de la función pública y el incremento ilegítimo de su patrimonio durante los ejercicios señalados por el Ministerio Público. Para esto último, se consideraron los bienes y rentas al inicio del periodo imputado y los ingresos y gastos de los acusados durante este periodo.

3.2 Con relación al ejercicio de la función pública, tal como se señala en la sentencia materia de grado, se cuenta con información proveniente de la ONPE y de la misma Municipalidad de San Juan de Lurigancho, que hace evidente el ejercicio de la función pública de los imputados en los periodos señalados por el Ministerio Público. Estos tampoco rechazaron dicha calificación, aunque Burgos Horna se ha opuesto a la identificación del cargo de alcalde como de “alta dirección”, elemento objetivo del tipo agravado de enriquecimiento ilícito.

3.3 Para la determinación de los incrementos patrimoniales imputados, el Juzgado Colegiado señaló haber usado la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas que los imputados debían presentar en observancia de los artículos 40° y 41° de la Constitución, concordados con lo dispuesto en la Ley N° 27482. Estas disposiciones, sin embargo, no son aplicables a la imputada Oviedo Alcázar.

3.4 Además, es importante resaltar que, respecto de los ingresos y egresos de los imputados, el Juzgado Penal Colegiado, concluyó que *“no solo por haber sido elaborados con mayor información relacionada con los ingresos y gastos de los acusados, así como con información relacionada a las empresas vinculadas a ellos (...) llega al convencimiento que la indicada Pericia [001-2016-EC-MR], corresponde a la realidad de los hechos”*³²

A.1 Carlos José Burgos Horna

3.5 Basándose en lo actuado en el juzgamiento y específicamente, teniendo en consideración la información referida en las pericias presentadas al juicio, así como de la declaración jurada de bienes y rentas³³, el Juzgado de Fallo determinó que el patrimonio líquido, es decir, las suma de dinero disponible del imputado, al empezar el 2007, era de S/ 12 882.87, contenidas en cuentas bancarias de los bancos Financiero y Continental.³⁴

3.6 Indicó también que los ingresos de Burgos Horna durante el periodo de imputación correspondieron a *“las remuneraciones que ha percibido, tanto de la Municipalidad (...), como de (...) la empresa Intermóvil SA., además de los ingresos que en el periodo ha obtenido del alquiler de inmuebles, específicamente del alquiler de las instalaciones que ocupa el Colegio Los Emprendedores de San Juan”*³⁵. No se consideró, por ejemplo, ingreso alguno por la venta del inmueble ubicado en avenida Camaná N° 3859-3863, a su propia empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA (porque dicha operación se realizó sin acreditación del medio de pago, y no se registró contablemente en los libros de la empresa).

3.7 El Juzgado de Fallo, consideró además los préstamos efectuados por el imputado a sus empresas (Publicidad y Servicios Generales Boga SA, Publibur SA e Intermóvil SA), señalando que *“en los periodos de los años dos mil once y dos mil doce, donde aparecen los mayores montos de estos ‘préstamos’,*

32 Ver página 63 de la sentencia.

33 Ver página 58 de la sentencia.

34 Es de notar que su patrimonio total tenía un valor superior a S/. 1 500 000.00, pero prácticamente todo este monto corresponde el valor de acciones (más de S/ 850 000.00), bienes inmuebles (aproximadamente S/ 400 000.00) y bienes muebles (aproximadamente S/. 120 000.00)

35 Ver página 64 de la sentencia.

*el monto de los ingresos declarados por el acusado y determinados en la pericia indicada, no permite que se efectúen dichos aportes*³⁶.

Indicó que el dinero no podría haber provenido de las otras empresas del acusado por cuanto *“por los periodos en que estas empresas han obtenido utilidades, no se realizó distribución alguna de ellas, es más en algunos años, dichas empresas dejaron de operar e incluso tuvieron pérdidas”*³⁷. Finalmente, precisa que estos préstamos representan *“la mayor parte del dinero que se atribuye al gasto del referido acusado”*³⁸, préstamos que, desde el 2008 al 2012, suman más de S/ 6 500 000.00.

3.8 Finalmente, fueron de recibo por el Juzgado de Fallo los argumentos del Ministerio Público, que señaló que el Alcalde Municipal ejerce un cargo de “alta dirección” al considerar el sentido del artículo 194° de la Constitución. Por ello, y en atención a lo señalado anteriormente, el imputado fue condenado a ocho años de pena privativa de libertad (la pena mínima imponible) por el delito de enriquecimiento ilícito agravado, asumiendo como monto del enriquecimiento el señalado en la acusación.

A.2 Jessica Karina Oviedo Alcázar

3.9 Apoyándose en *“la información recabada al amparo del levantamiento del secreto bancario y tributario, el Banco de Crédito del Perú, así como el BBVA Banco Continental”*³⁹, el Juzgado Colegiado fijó el saldo inicial al 2007 de la imputada en S/ 8 329.43.

3.10 Respecto a sus ingresos, el Juzgado de Fallo señaló que las peritos autoras del informe pericial 001-2016-MR-EC acreditaron *“en el acto de juzgamiento, que su evaluación pericial se ha elaborado en base sobre todo a las declaraciones juradas presentadas ante las instancias correspondientes del Estado por dicha acusada”*⁴⁰; y, con base en estas, estimó que esta ostenta *“un resultado negativo acumulado ascendente a la suma de doscientos diecinueve mil novecientos cuatro con 46/100 soles”*⁴¹.

36 Ver página 65 de la sentencia.

37 Ver página 65 de la sentencia.

38 Ver página 67 de la sentencia.

39 Ver página 61 de la sentencia.

40 Ver página 69 de la sentencia.

41 Ver página 70 de la sentencia.

3.11 Aunque el Juzgado Penal Colegiado resaltó la existencia de un desbalance incluso posterior al periodo imputado (que alcanzaría hasta el 2013), ello no correspondía al periodo imputado, en el cual el desbalance es el que ya se mencionó en el párrafo anterior. Por estas consideraciones, la procesada fue condenada a cinco años de pena privativa de libertad por enriquecimiento ilícito, la pena mínima imponible.

A.3 David Elías Nestares Silva

3.12 Con base en la “*información remitida tanto por el BBVA Banco Continental, como por el Banco de Crédito del Perú*”⁴², la cual fue remitida al amparo del levantamiento del secreto bancario, el Juzgado Colegiado determinó que el imputado contaba con un saldo de S/ 226.47 al inicio del 2007, contenido en tres cuentas bancarias.

3.13 Los ingresos del imputado estimados por el Juzgado Colegiado fueron aquellos percibidos, en su calidad de regidor y luego de teniente alcalde, además de “*ingresos como consecuencia del arriendo de vehículos, así como proveniente de préstamos bancarios destinados a la adquisición de vehículos y pago de deudas bancarias previas*”⁴³. El Juzgado Colegiado no estimó ingresos por la transferencia de un ómnibus modelo Rosa, ni algún egreso por la compra de las acciones de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC a su coprocesada (transacción que estimó simulada).

3.14 El Juzgado de Fallo, al estimar que estaba determinado “*que solo en los años dos mil siete y dos mil diez, el referido acusado ha obtenido un equilibrio entre sus ingresos y gastos (...) mientras que en los años dos mil ocho, dos mil nueve, dos mil once al dos mil trece, sus gastos fueron mayores que sus ingresos lícitos*”, lo sentenció a cinco años por el delito de enriquecimiento ilícito (la pena mínima imponible). Los montos de los desbalances señalados se corresponden con los de la acusación.

B. Respetto del delito de lavado de activos

Los fundamentos del Juzgado Colegiado de la Sala Penal Nacional son los siguientes:

⁴² Ver página 60 de la sentencia.

⁴³ Ver página 67 de la sentencia.

3.15 Para los casos de Burgos Horna y Oviedo Alcázar, el Juzgado Colegiado realizó un análisis separado para cada uno de los hechos signados como correspondientes a la imputación por lavado de activos. En prácticamente todos ellos, siguió un esquema semejante. Luego de individualizar el acto de transferencia o conversión, señala el origen ilícito del bien involucrado (normalmente, una suma de dinero), al vincularla con el enriquecimiento ilícito que el sujeto que la realizaba ostentaba en ese periodo (y en los anteriores). Los imputados nunca negaron haber realizado dichas operaciones, sino que discutían que los movimientos patrimoniales no se hicieron en contextos de desbalance patrimonial pronunciado.

3.16 Para el caso de Nestares Silva, el Juzgado Colegiado señala que la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC fue constituida por Oviedo Alcázar con dinero del cual no disponía. Posteriormente, fue transferida sin pago real al imputado Nestares Silva (el que tampoco tenía, señala, la capacidad económica para realizar la adquisición de la empresa), quien, inmediatamente después de registrar sus poderes de representación, transfiere, por un monto ínfimo en relación con su valor real, el inmueble donde operaba el colegio Saint John's. La falta de capacidad financiera de los transferentes, la ausencia de acreditación de los pagos, la transferencia final por un valor reducido y los préstamos que, sin ser accionista, había realizado Burgos Horna a la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC generaron convicción en el juzgado de primera instancia en que estaban ante un acto de lavado de activos, desde la constitución de la empresa hasta la transferencia final. Acto del cual Burgos Horna, argumenta el Juzgado de Fallo, fue el autor, y sus coimputados colaboraron directamente para llevarlo a cabo.

3.17 Es por ello que Burgos Horna y Oviedo Alcázar fueron condenados a ocho años de pena privativa de libertad por ser autores de lavado de activos (la pena mínima imponible), y su coprocesado Nestares Silva recibió la misma pena por actuar en calidad de cómplice de este delito.

3.18 El Juzgado de Fallo señala que, durante el año 2012, el acusado Burgos Horna registró un desbalance patrimonial de S/1 2014 850.02 soles, y que dicho desbalance es un inicio fuerte que, valorado junto a otros indicios, y que forma la convicción respecto a que el acusado Burgos Horna ha incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito; en tal sentido, el Juzgado de Fallo

lo califica de delito previo o precedente. Por lo que llega a la convicción que el imputado convirtió dinero – adquisición de inmuebles con dinero ilícito y utilizando efectivo y un aporte de una empresa que no era más que la devolución del dinero inyectado por el imputado Burgos Horna– procedente de una actividad ilícita previa –enriquecimiento ilícito–, todo con el fin de dificultar su origen y posterior incautación y decomiso.

3.19 En cuanto al hecho imputado a la acusada Oviedo Alcázar, el Juzgado Colegiado señala que se ha demostrado la responsabilidad penal de la acusada respecto al delito de enriquecimiento ilícito –delito previo–. En tal sentido, sobre el delito de lavado de activos, en calidad de autora directa, este consiste en la transferencia de un vehículo, de los locales comerciales 70 y 42, del primer piso nivel B, de la avenida Camino Real N° 456, distrito de San Isidro, Lima, y distintos bienes. Asimismo, está probado que, a través de la exposición de los dictámenes periciales 001-2016-EC-MR y 002-2016-CD-JE-PPEDC-MINJUS, así como de la prueba documental actuada, la acusada, conociendo el origen ilícito de su adquisición, procedió a su transferencia.

3.20 En tal sentido, la adquisición de los inmuebles antes citada se hizo con dinero ilícito, siendo así que la acusada posteriormente vendió dichos inmuebles con la finalidad de hacerse de activos aparentemente legítimos y, con ello, dificultar su incautación o decomiso. La conducta de la agente, entonces, se subsume en el tipo penal de lavado de activos, modalidad de transferencia, tipificada en el artículo 1° de la Ley N° 27765, modificada por Decreto Legislativo N° 986. Por lo que el Juzgado de Fallo llega a la conclusión de que ha quedado probado el delito de enriquecimiento ilícito; en consecuencia, la adquisición de los inmuebles se hizo con dinero ilícito, siendo así que la imputada posteriormente vendió los inmuebles con la finalidad de hacerse de activos aparentemente legítimos y, con ello, dificultar su incautación o decomiso.

3.21 Asimismo, el Juzgado de primera instancia señala que la acusada Oviedo Alcázar ha inyectado dinero proveniente del enriquecimiento ilícito a su empresa Grupo Jezzy SAC, la misma que adquiere inmuebles (cuando ya no estaba funcionando). Esto resulta ser un acto típico de lavado de activos en la modalidad de conversión. Por tanto, le forma convicción al Juzgado de Fallo que el acusado Burgos Horna tiene la calidad de autor en el delito de lavado de activos en la modalidad de conversión y administración, y que contó

con el auxilio doloso de los acusados Nestares Silva y Oviedo Alcázar, quienes, por su intervención, consiguieron transferir los bienes a Burgos Horna.

3.22 En cuanto a los fundamentos de la reparación civil, el Juzgado Colegiado ha señalado lo siguiente: La reparación civil se rige siempre por el principio del daño causado que protege el bien jurídico violentado en su totalidad. De este modo, apreciando lo actuado en el proceso, la reparación determinada con esta resolución judicial será proporcional y racional con el daño producido, comprendido el resarcimiento del daño causado, más la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al ente agraviado.

3.23 En el caso juzgado, siendo claro por acto de juzgamiento que las acciones desplegadas por los acusados si bien es cierto han creado daño patrimonial y extrapatrimonial, afectándose entonces a la administración pública, al haber abdicado de la función pública que debieron observar en la custodia de los intereses del gobierno local de San Juan de Lurigancho, la pretensión civil seguida por el Procurador; sin embargo, no es acorde, debiendo materializarse en un monto racional y proporcional, que deberá abonarse en todo caso en forma solidaria por los acusados en esta causa.

3.24 En cuanto a los fundamentos de la multa, el Juzgado Colegiado ha señalado: “Si bien es cierto nuestro vigente CP (Decreto Legislativo 635) no es enfático, cuál es el momento en que se debe calcular dicha exigencia legal, el Colegiado considera tener en cuenta el momento consumativo de los hechos, pues, la multa es igualmente una pena; en todo caso, sería lo más justo y equitativo. En esta ocasión, en el caso del acusado Burgos Horna, el cálculo se hará con base en el sueldo percibido como alcalde de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, mientras que en el caso de los acusados Nestares Silva y Oviedo Alcázar, el cálculo tomará como base el sueldo mínimo vital o remuneración mínima vital de la época.

3.25 Finalmente, en cuanto a los fundamentos del pago de costas, el Juzgado Colegiado ha señalado: Conforme a lo actuado expresamente en este proceso judicial, dada la forma como han procedido fácticamente en el *iter criminis*, los coacusados Burgos Horna, Nestares Silva y Oviedo Alcázar, y, considerando en particular, de un lado, la programación y el desarrollo del suceso; y, de otra parte, el hecho de que los mencionados agentes han incidido en la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito de funcionarios

públicos y de lavado de activos mediante actos de conversión y transferencia, que tiene en este último aspecto el carácter de delito continuado, conforme a lo acotado en el artículo 407° del CPP, y habiendo resultado vencidas en juicio las partes acusadas, deben tales sentenciados abonar las costas de rigor, las mismas que serán calculadas oportunamente en etapa de ejecución de sentencia”.

CUARTO: AGRAVIOS DE LOS IMPUTADOS RECURRENTES

A. Del imputado Burgos Horna

4.1 En su recurso escrito, pretende que se declare la nulidad absoluta de la sentencia venida en grado, en todos sus extremos. Expresa los siguientes agravios: la aplicación de una *lex tertia* vía interpretación en el delito de enriquecimiento ilícito, la aplicación del elemento valorativo “carga de alta dirección” en contravención del principio de legalidad, la aplicación retroactiva del artículo 45°-A del CP para la graduación de la pena impuesta (sistema de tercios) que era inexistente en la fecha de los hechos, el quiebre del juicio por lectura de sentencia fuera del plazo de ley, la incongruencia entre el adelanto del fallo y el fallo final respecto de las reglas impuestas al suspenderse la ejecución de la sentencia, la violación del principio de imputación necesaria por imprecisión, la incorporación en la sentencia de un dato falso sobre renuncia al cargo de alcalde el año 2013 cuando lo real es que ha ejercido funciones hasta 2014, la falta de valoración de ventas totales por S/209 414 164.12 de las empresas del imputado que justificarían su capacidad adquisitiva; no se valoraron los ingresos percibidos por la venta del inmueble ubicado en el distrito de San Luis por USD 40 000.00, no se tuvo en cuenta que el monto de S/6 454 563.20 no corresponde a préstamos sino a transacciones comerciales lícitas dentro de los montos facturados por sus empresas, la falta de contraste del informe pericial contable financiero 01-2016-EC-MR con documentos fuentes (información bancarizada), lo que genera que solo constituya un inicio sin corroboración periférica; la ausencia de un debate pericial en primera instancia a pesar de las divergencias en los resultados existentes entre el peritaje oficial y los de parte; falta de valoración contable en el sentido que las inversiones en Jicamarca han sido realizadas por las empresas (Publibur, Intermóvil y Boga) y no por el imputado Burgos Horna; la falta de valoración de las ganancias en el casino Golden Palace por la suma de USD 1 500 000.00 que serían ingre-

sos legítimos a considerar, la intervención en el proceso de personas jurídicas no incorporadas en él formalmente como partes; la ausencia de informes negativos (de entidades como la Contraloría OSCE, SUNAT, UIF) sobre la gestión del alcalde que serían contraindicios al informe contable oficial; la falta de precisión al sostener que la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA. realizó un gasto que luego fue devuelto directamente al procesado sin señalar en qué parte de los libros contables figura la devolución; error al señalar que se convirtió dinero ilícito por medio de la adquisición de una camioneta; la falta de precisión al momento de condenar por la conversión en la constitución de la empresa Asesoría, Consultoría y Formación Integral SAC. Sin haber señalado cuál fue el aporte específico del imputado; y finalmente, la falta de suficiencia probatoria en tanto que el Ministerio Público solo habría probado dos hechos, por haberse desistido de veintidós testigos (siete en el control de acusación y el resto durante el juicio oral).

B. De la imputada Oviedo Alcázar

4.2 En su recurso escrito, pretende la revocatoria de la sentencia venida en grado y, por tanto, se le absuelva de los delitos que se le imputan, dejándose sin efecto la pena impuesta, la reparación civil fijada y la remisión de copias. Expresa como agravios los que a continuación se exponen: El haberse otorgado calidad de prueba privilegiada a la declaración jurada de rentas y bienes de la procesada; no haberse tomado en cuenta que el saldo inicial de Oviedo Alcázar al año 2006 resulta positivo siendo diferente a la pericia oficial; las declaraciones testimoniales no aportan a la teoría de la Fiscalía y, pese a ello, utilizan en la sentencia a favor de la condena soslayando circunstancias relevantes; falta de valoración de incoherencias y errores en el informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR, el Grupo Jezzy SAC no fue incluido como parte y el análisis de sus ingresos se basa solo en testimonios; respecto del delito de lavado de activos, no se ha tomado en cuenta que la adquisición de bienes adquiridos responden a una evolución económica y profesional de un saldo inicial mayor al que señala la pericia oficial y a una actividad profesional y empresarial constante; con relación a las transferencias de las acciones de Asesoría, Consultoría y Formación Integral SAC. se ha dejado de lado una declaración rectificatoria de rentas de segunda categoría del año 2012 que según la perito oficial es válida ante la SUNAT; respecto de la reparación

civil, señala que no se ha precisado cuál habría sido el accionar individual que produjo que Oviedo Alcázar cause algún daño al Estado, la existencia de una doble oralización de documentales que ya habían examinados por los peritos que sustentaron el informe pericial contable financiero 001 2016-EC-MR; se ha citado un hecho falso cuando se señala que el testigo Benjamín Puente Záciga había sindicado como comprador de su terreno a Burgos Horna.

C. Del imputado Nestares Silva

4.3 En su recurso escrito, pretende la revocatoria de la sentencia venida en grado, y, por tanto, sea absuelto de los delitos que se le imputan, dejándose sin efecto la pena impuesta, la reparación civil y el pago de costas. Expresa como agravios los siguientes: indebida valoración del informe pericial contable financiero 001-2016- EC-MR, el cual carece de los requisitos formales y sustanciales para considerarse como prueba válida de cargo para acreditar la responsabilidad; indebida valoración y motivación de las declaraciones del imputado al haber sido consideradas como medio de prueba de cargo válido para probar su responsabilidad; inexistencia de prueba para acreditar el supuesto típico objetivo “incremento injustificado de patrimonio”, ausencia de un debate pericial en primera instancia, a pesar de las divergencias en los resultados existentes entre el peritaje oficial y los de parte, insuficiencia probatoria para concluir en una supuesta complicidad de Nestares Silva en el delito de lavado de activos supeditándose básicamente en el informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR que ha servido de prueba de cargo para el delito de enriquecimiento ilícito; inexistencia de fundamentación respecto del hecho acusado por el delito de lavado de activos; se ha fijado el pago de una reparación civil de forma solidaria cuando ha debido fijarse de manera diferenciada y proporcional; se le ha condenado al pago de costas pese a que solo se ha ejercido su derecho de defensa sin actitudes dilatorias ni maliciosas.

QUINTO: AGRAVIOS DE LOS TERCEROS RECURRENTES AFECTADOS CON EL DECOMISO

A. De Luis Rafael García Carcelén

5.1 Dueño del vehículo de placa C2O-593, mediante su recurso escrito, sustentado en audiencia por su abogado defensor, pretende la revocación de la sentencia impugnada en el extremo que ordena el decomiso de dicho bien.

Señala como agravios que no se valoró la calidad del bien como perteneciente a la sociedad conyugal formada por él y su esposa (la sentenciada Jessica Karina Oviedo Alcázar), ni la transferencia que la mencionada procesada hizo del bien a su persona por medio de escritura pública conforme obra a folios 12925 y 12926 del expediente judicial. Finalmente, señala que nunca actuó como parte en el proceso.

B. De la empresa Gerupo Jezzy SAC

5.2 Empresa cuyas acciones también han sido objeto de decomiso en la sentencia condenatoria, interpone recurso de apelación y pretende la revocación de la sentencia en el extremo en que ordena el decomiso de dichas acciones, así como del vehículo de placa RQS-681. Señala como agravios que en el decomiso no se han tomado en cuenta las boletas que acreditan que la señora Oviedo tenía ingresos que percibía del Congreso de la República, por haber laborado en dicha institución, así como en otras empresas, y que sirvieron para constituir la sociedad, y en cuanto al vehículo de placa RQS-681, este fue adquirido con los préstamos efectuados por la señora Oviedo Alcázar a favor del Grupo Jezzy SAC. Por último, anota que jamás actuó como parte en el proceso ni como tercero civilmente responsable.

C. De la empresa Los Emprendedores de San Juan SAC

5.3 Empresa titular de los inmuebles ubicados en los lotes 9 y 10, manzana W, comunidad campesina de Jicamarca, anexo 22, sector “El Pedregal”, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí (Lima), cuyo decomiso fue ordenado en la sentencia, interpone recurso de apelación y pretende la nulidad de dicha resolución.

Manifiesta como agravios que nunca se le incorporó a la investigación o al proceso y que fue el mismo fiscal quien formuló el desistimiento del requerimiento de incorporación de personas jurídicas al proceso, que el Ministerio Público no ha solicitado la nulidad de los bienes que supuestamente han sido transferidos como efecto del delito de lavado de activos conforme lo prevén los artículos 15° y 91° del CPP, que la sentencia no muestra suficiente motivación respecto del decomiso ordenado; además, que existe una insuficiente motivación en materia de la prueba o indicio utilizado para generar convicción en el colegiado.

D. De la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA

5.4 Empresa titular de los inmuebles ubicados en los lotes 8, 11 y 16, manzana W, comunidad campesina de Jicamarca, anexo 22, sector “El Pedregal”, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí (Lima), así como del predio ubicado en la parcelación semirrústica Canto Bello, lote 3, manzana N42, Canto Grande, distrito de San Juan de Lurigancho (Lima), y el vehículo de placa B3V-542, bienes que han sido objeto de decomiso en la sentencia recurrida. Interpone recurso de apelación solicitando se declare la nulidad de dicha resolución, manifestando similares agravios a los expuestos por la empresa *Los Emprendedores de San Juan SAC*.

E. De la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral SAC

5.5 Empresa conformada con 28000 acciones, titular del vehículo de placa A9O-770 y del predio ubicado en el lote 08-C del proyecto integral “El Refugio”, distrito de Cieneguilla (Lima), acciones y bienes que han sido objeto de decomiso en la sentencia materia de grado. Interpone apelación y pretende que se declare la nulidad de la misma, manifestando agravios similares a las dos empresas antes citadas (*Los Emprendedores de San Juan SAC* y *Publicidad y Servicios Generales Boga SA*).

SEXTO: AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES: MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

A. Del Ministerio Público

6.1 Pretende se revoque la sentencia materia de grado, en el extremo del *quantum* de la pena privativa de la libertad impuesta a Burgos Horna en calidad de autor del delito de lavado de activos, así como el *quantum* de la pena de multa impuesta a Nestares Silva en calidad de cómplice primario del mismo delito. Señala que la sentencia vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, por lo que solicita se reformulen las sanciones impuestas. Respecto de la pena privativa de libertad impuesta a Burgos Horna, sostiene que esta no es proporcional a la lesividad del delito cometido, precisando que el lavado de activos es un delito pluriofensivo, y la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional de gran importancia. Solicita que se reformen las penas impuestas y, en su lugar, se le imponga a Burgos Horna, por el delito de lavado de activos, la pena privativa de la libertad de

10 años que se ubica dentro del espacio punitivo máximo que corresponde al tercio inferior. Respecto de la multa impuesta a Nestares Silva, alega que la misma no resulta proporcional, y debe fijarse en 200 días-multa, sobre la base de un ingreso diario máximo imponible de S/20.92, lo que da un monto total de S/4 184.00.

B. De la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

6.2 Solicita que se revoque la sentencia en el monto de la reparación civil de S/500 000.00 y sea fijada en el monto de S/30 222 436.94. En tal sentido, señala los agravios siguientes: falta de proporcionalidad en la fijación del monto, al ser menor en contraposición al monto solicitado inicialmente (igual al ahora pretendido mediante apelación) y al desbalance patrimonial detectado a los condenados; asimismo, alega una falta de motivación al no señalarse respecto a qué ilícito corresponde la reparación civil ordenada en la sentencia, o cuál parte corresponde al daño patrimonial y cuál al extrapatrimonial.

SÉPTIMO: DEL TRÁMITE IMPUGNATIVO EN SEGUNDA INSTANCIA

A. Desarrollo de la audiencia de apelación

7.1 Culminada la fase de traslado de impugnación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 423°.1 del CPP, se llevó a cabo la audiencia de apelación conforme a las reglas establecidas en el artículo 424° del citado Cuerpo Adjetivo. Esta audiencia se llevó a cabo en cinco sesiones en la Sala de Audiencias del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, los 1, 2, 10, 11 y 15 de agosto de 2017, en las cuales se han registrado en audio y en acta correspondientes, habiéndose contado en todas ellas con la asistencia de los representantes del Ministerio Público, de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, de los tres imputados con sus respectivos abogados defensores y de los defensores de los terceros afectados con el decomiso.

B. Estación probatoria

7.2 En la sesión del 1 de agosto de 2017 se escucharon los alegatos de apertura, los imputados manifestaron su decisión de no declarar en audiencia de apelación. No se actuaron nuevos medios de prueba en sede de apelación, pues, los ofrecidos únicamente por las defensas técnicas de los sentenciados Burgos Horna y Nestares Silva, fueron declarados inadmisibles mediante auto

de fecha 20 de julio de 2017. Luego, en las sesiones de los días 2, 10 y 11 de agosto de 2017 se procedió a la oralización de las actuaciones de primera instancia que fueron solicitadas por las partes. Cabe anotar que mediante auto de fecha 20 de julio de 2017, se declararon inadmisibles los medios probatorios ofrecidos por las defensas técnicas de los sentenciados Burgos Horna y Nesteres Silva. Asimismo, mediante resolución número seis emitida oralmente en la sesión del 6 de agosto de 2017, se denegó el pedido de visualización de videos correspondiente al examen y al contraexamen de peritos, que fuera formulado por el Ministerio Público y por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción.

C. Alegatos finales de las partes recurrentes, pronunciamiento de las partes recurridas y autodefensa de los sentenciados

7.3 Finalmente en la sesión del 15 de agosto de 2017, se escucharon los alegatos de clausura y, para efectos de un mejor desarrollo de la audiencia, se establecieron tres estaciones, escuchándose en *la primera*, los alegatos finales de los imputados; *en la segunda*, la de los terceros afectados con el decomiso; y en *la tercera*, la del Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, habiéndose pronunciado en cada estación las respectivas partes recurridas, respecto de las pretensiones de los recurrentes. Durante esta fase, las partes recurrentes se han ratificado en los agravios formalizados en el recurso de apelación y los han sustentado oralmente, argumentos que se tendrán en cuenta al momento de emitir pronunciamiento. Los sentenciados, haciendo uso de su derecho a la *autodefensa*, sostuvieron su inocencia.

C. Deliberación

El estado de la causa es la de resolver las pretensiones impugnatorias de las partes recurrentes. Llevada a cabo la deliberación y votación, el resultado es el siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: COMPETENCIA DE LA SALA

1.1 El artículo 419°.1 del CPP prescribe que la apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar

la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

1.2 Conforme a lo dispuesto en el artículo 409°.1 del mismo Cuerpo Adjetivo, la impugnación confiere a este Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por las partes. Según lo dispuesto en el artículo 425°.3 del CPP, la Sala está en la facultad de declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y, dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la misma.

1.3 Asimismo, debe quedar claro que conforme a la Casación N° 413-2014 Lambayeque, las salas de apelaciones deben circunscribir su pronunciamiento *respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y antes de su concesorio, y no los efectuados con posterioridad a ello*, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se estaría vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación del derecho de defensa⁴⁴. El principio de congruencia está consagrado en el artículo 409° del CPP y se exterioriza en la vigencia de los aforismos *tantum devolutum quantum appellatum* y el de la prohibición de la *reformatio in peius*.

SEGUNDO: DELIMITACIÓN DE LOS TEMAS OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

2.1 Atendiendo a los agravios expuestos por la defensa de Burgos Horna, corresponde verificar si el juzgado *a quo* ha incurrido en causal de nulidad por infracción al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, que habiliten a este Colegiado a declarar la nulidad de la sentencia materia de grado.

2.2 Igualmente, corresponde verificar si la actividad probatoria desarrollada en el plenario resulta insuficiente y defectuosa, que genere como ineludible consecuencia la revocación de la sentencia contra los imputados Oviedo Alcázar y Nestares Silva, y, por ende, se les absuelva de los delitos por los que han sido condenados, dejando sin efecto las demás consecuencias jurídicas impuestas en la sentencia.

44 Ej. 35 de la citada sentencia expedida el 07 de abril de 2015.

2.3 Por otro lado, se debe verificar también si los agravios expuestos por los terceros afectados por el decomiso, radicados en la inobservancia del contenido esencial del debido proceso, tutela jurisdiccional y motivación de las resoluciones judiciales, permiten amparar su pretensión revocatoria.

2.4 En la eventualidad que se desestimen las pretensiones anulatorias y revocatorias de los imputados y terceros impugnantes, corresponderá evaluar si merecen amparo las pretensiones revocatorias del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que persiguen un mayor *quantum* de pena y de reparación civil, respectivamente.

TERCERO: CONSIDERACIONES PREVIAS

3.1 Teniendo en cuenta los agravios expuestos en los recursos de apelación de las partes recurrentes, esta Sala considera necesario, como marco general, efectuar algunas precisiones en torno a temas sobre los cuales giran las distintas pretensiones de las partes.

A. Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales y las nulidades procesales

3.2 El artículo 139º.5 de la Constitución Política del Estado consagra como principio y derecho 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 los fundamentos de hecho en que sustenta su decisión.

Ello implica que el juez exponga sus razones con una justificación interna llamada razonamiento lógico interno, y una justificación externa, que se refiere a la motivación y argumentación judicial, ya que, de producirse ello los justiciables tendrán resoluciones justas y de calidad⁴⁵. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vi-

45 Casación N° 87-2011 Arequipa, f.j. 1.

gente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso⁴⁶.

3.3 La motivación de las resoluciones judiciales encuentra su *fundamento* en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce a un fallo o a una decisión del juez, y de controlar la aplicación del derecho por los órganos judiciales a través de los recursos, y permite a su vez contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales⁴⁷. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: i) En la apreciación –*interpretación y valoración*– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –*se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico*–, y ii) En la interpretación y aplicación del derecho objetivo⁴⁸.

3.4 Por otra parte, en virtud del *principio de legalidad* en materia de nulidades procesales, consagrado en el artículo 149° del CPP, la sanción de nulidad de un acto procesal solo puede ser declarada en los casos expresamente previstos en la ley. La inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución es uno de los supuestos previstos de nulidad absoluta que puede ser declarada aun de oficio, según lo prescrito en el artículo 150°.d) del CPP.

3.5 Es legítimo fundar una nulidad procesal por infracción del derecho a la debida motivación de las resoluciones, y ello ocurre cuando el vicio que afecta al acto procesal, influya de manera *decisiva* sobre la resolución objeto de cuestionamiento. No hay que olvidar que no es admisible declarar la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, sino que debe existir un *agravio real* (no hay nulidad sin agravio)⁴⁹.

46 STC N° 1480-2006-AA/TC del 27.03.2006, f.j. 2. Caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador

47 Casación N° 87-2011 Arequipa, f.j. 7.3.

48 Acuerdo Plenario N° 006-2011/CJ-116, f.j. 11.

49 Según el f.j. 11 del Acuerdo Plenario N°006-2011/CJ-116: “*La nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha de tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152° y siguientes del NCPP–)*”.

B. Sobre el valor probatorio otorgado a la prueba personal

3.6 De inicio, debe quedar claro que nuestra Suprema Corte ha señalado que con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, salvo que, tratándose de las llamadas “*zonas abiertas*”⁵⁰, el *relato fáctico* asumido por el juez *a quo* como hecho probado: i) haya sido entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo–; ii) sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o iii) haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia⁵¹.

3.7 En el presente caso, el valor probatorio de la *prueba personal* actuada durante el juicio oral, no ha sido enervado por ninguna prueba actuada en sede de apelación, único camino que habilitaría a esta Sala a otorgar un valor diferente a la *prueba personal* tal y como lo prescribe el artículo 425°.2° del CPP. Solo queda verificar si conforme a los agravios expuestos por las partes recurrentes, se presentan alguno de los supuestos de “*zonas abiertas*” a los que se hace referencia en el numeral anterior.

C. Sobre la prueba pericial

3.8 Este Tribunal considera que es un yerro frecuente considerar que “*el juez es perito de peritos*”: los roles del juez y del perito son diferentes. Al magistrado se le exige solvencia en el conocimiento del derecho; en cambio, al perito se le exige un profundo conocimiento científico, técnico o práctico, propio de su especialidad.

3.9 RUBÉN A. CHAIA sostiene que, mediante la prueba pericial, un tercero designado por el Tribunal, en función de sus habilidades, conocimientos científicos, artísticos o prácticos, informa, comprueba o concluye respecto

50 Según el f.j. 7 de la Casación N° 05-2007-Huaura: “Se trata de aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos 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 científicos”.

51 Ver Casación N° 05-2007-Huaura, f.j. 7.

de hechos, circunstancias, causas o efectos, con el propósito de ayudarlo a formar su convicción para decidir el caso⁵².

3.10 La función de prueba-garantía impide que los jueces se valgan del conocimiento privado que pudieran tener sobre una cuestión técnica y, además, no le está permitido contratar o consultar a expertos extraprocesales a fin de conformar su opinión, pues, de esta forma, se violaría el debido proceso y los principios que lo guían, concretamente: acusatorio, defensa, inmediatez, contradicción, oralidad y publicidad. Ello es así, pues las conclusiones de los expertos deben ventilarse en presencia de los interesados en la audiencia respectiva⁵³.

3.11 Con razón, apunta EDUARDO M. JAUCHEN que, por su finalidad y naturaleza, la pericia no es un medio de prueba destinado exclusivamente al juez para suplir su deficiencia, sino a todos los sujetos procesales y a la sociedad toda, para que, desde el interior y exterior del proceso, unos y otros, respectivamente, ejerzan el control de las pruebas, de las decisiones judiciales y del porqué de sus fundamentos⁵⁴.

D. Sobre el apartamiento de la prueba pericial por parte del juez

3.12 Es necesario recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen suma cautela al magistrado que pretende apartarse de la prueba pericial, pues, el hecho, que no sea vinculante no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la misma. La pericia provee determinada constatación fáctica de una base científica, técnica o artística, y carecería de sentido hacer comparecer al perito para que explique sus conclusiones, y luego prescindir de ellas de forma irrazonable y sin base científica alguna.

3.13 Como sostiene RUBÉN A. CHAIA, si bien el dictamen no resulta vinculante, es innegable que, para apartarse de él, el magistrado deberá expresar en forma clara los motivos técnicos o científicos, que lo llevan a sostener

52 CHAIA, RUBÉN A. *La prueba en el proceso penal*. 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 549.

53 Idem.

54 JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la prueba en materia penal*. 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Buenos

Aires, 2009, p. 380.

que el perito se ha equivocado, que no ha realizado un razonamiento recto y congruente⁵⁵.

3.14 En efecto, el juez puede apartarse de las conclusiones de los peritos cuando resulten contradictorias con el resto de las pruebas, resulten inverosímiles, estén viciadas de alguna falencia que las descalifique como tales, o que corresponda su nulidad o que resulten vacías de contenido; sin embargo como sostiene EDUARDO M. JAUCHEN, si la prueba no adolece de ninguna de aquellas falencias en forma evidente, y el juez decide apartarse del resultado pericial, no podrá fundar su discrepancia solo en su íntimo parecer, basándose exclusivamente en su particular modo de apreciar la cuestión, sino que deberá apoyar su disenso, a su vez, en pautas y conceptos científicos o técnicos relativos a la misma materia sobre la que se refirió el experto. No puede sustentarse en genéricas y subjetivas opiniones suyas que surjan de sus profanos conocimientos, por más sentido común o experiencia a los cuales se apele. Es menester que el criterio disidente tenga un serio y lógico apoyo científico que demuestre claramente, además, por qué los expertos han errado en su dictamen. Ello es así porque no sería coherente que el juez recurra al auxilio de un perito debido a sus falencias de conocimiento (además del principio de necesidad de prueba) y luego, arbitrariamente, se aparte del dictamen sin razones técnicas, basándose en su particular y profano parecer sobre cuestiones que desconoce⁵⁶.

3.15 La valoración de las pericias a nivel judicial ha sido materia del Acuerdo Plenario N° 04-2015, en el cual se reconocen criterios para poder dar valoración a la prueba pericial de carácter científico y técnico. Con respecto a la prueba eminentemente científica, el acuerdo reconoce cuatro criterios empleados en la jurisprudencia norteamericana e identificados por la doctrina: controlabilidad de los resultados y falsabilidad (la capacidad abstracta de demostrar empíricamente lo afirmado), la determinación del margen de error, el que el método o teoría haya sido publicado y sometido a la revisión de la comunidad científica y, finalmente, que exista un consenso científico general positivo sobre ella. A ellos deben agregarse también los criterios de valora-

55 CHAIA, RUBÉN A. Ob. cit. p. 560.

56 JAUCHEN, EDUARDO M. Ob. cit. pp. 416 y 417.

ción contenidos en el fundamento 22° de dicho acuerdo: la acreditación del perito y sus cualidades o títulos, la utilización y explicación de un método técnico o científico explicado en el informe, la evaluación de las condiciones en que se generó la pericia, y, si es científica, valorar si se hizo de conformidad con los estándares de la comunidad científica relevante.

3.16 También es necesario hacer hincapié en la distinción, reconocida en el fundamento 23°, entre la pericia formal y la pericia fáctica. La *pericia formal* será aquella realizada en un ambiente eminentemente científico, con criterios altamente formalizados y, con métodos y herramientas de gran especialización. Son *pericias formales* las pruebas de ADN, los exámenes toxicológicos, los análisis químicos, los exámenes médicos en general, etc. La *pericia fáctica* será aquella que se basa en técnicas especializadas y en métodos relativamente uniformes, pero fuera del ámbito de la ciencia, estrictamente hablando, y, en general, realizados con criterios con cierta flexibilidad. Son *pericias fácticas* la pericia psicológica, la artística, la antropológica, la económica, la grafotécnica, la balística y, con interés para nosotros, la contable.

3.17 En tal sentido, esta Sala, al momento de realizar una evaluación coherente con su rol de órgano jurisdiccional de segunda instancia, se valdrá de la sana crítica y la aplicación de los criterios antes descritos. En ese orden, la convicción que genere en este Tribunal la pericia contable financiera actuada en primera instancia, dependerá de la utilización de métodos contables y de cálculo que sean de aplicación general, que resulten razonables, que se ajusten a las máximas de experiencia (en lo que no sea incompatible con su naturaleza técnica); ya con conocimiento de que, habiéndose debatido ello en la instancia correspondiente, las capacidades de los peritos no han sido cuestionadas en esta segunda instancia.

3.18 Esta Sala no está constreñida de forma absoluta al resultado contenido en la pericia. Esto es así porque se estructura en relación a varios niveles de agregación: está dividida en sujetos, ingresos y egresos, y actos con significación contable. En otras palabras, pueden existir errores o confusiones en diferentes niveles del análisis y deben ser considerados en su magnitud. En tal sentido, el resultado de la pericia, desde esta perspectiva, puede ser tomado parcialmente (siempre respetando las reglas de la lógica y la coherencia) cuando se determine una confusión o error (independientemente de

su posible significado penal) en uno de los elementos que, de manera compartimentalizada, dan forma al resultado final. Esto es posible en la medida en que estamos ante una pericia de naturaleza fáctica. Sería imposible tomar parcialmente el resultado de una prueba toxicológica sin hacer un control estrictamente científico, y con las mismas herramientas, del procedimiento para su obtención. En el caso de una *pericia fáctica*, en cambio, aunque se aplican técnicas y herramientas normativizadas y de naturaleza especializada y profesional, el control descansa también sobre criterios de razonabilidad general.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRE-TENSIÓN ANULATORIA DEL IMPUTADO BURGOS HORNA

A. Respecto de la aplicación de una *lex tertia*

4.1 El imputado Burgos Horna, plantea como uno de sus agravios que para sancionar el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401° del CP, el juzgado *a quo* utilizó partes de leyes distintas, es decir, aplicó una *lex tertia* a partir de la aplicación conjunta de las leyes 28355 y 29703, causándole agravio constitucional, pues conforme al artículo 139°.11 de la Constitución, el juzgador solo tiene la potestad constitucional de elegir una norma.

4.2 La Sala considera que dicho agravio debe ser desestimado, porque el tribunal de primera instancia, asumió la existencia de un conflicto de normas penales en el tiempo, en atención a que durante el periodo materia de imputación (2007-2013), estuvo vigente el artículo 401° del CP con las modificaciones que se efectuaron a través de las Leyes N° 28355, 29703 y 29758⁵⁷. Consideró que el marco penal establecido por la Ley 29703 resultaba más favorable al imputado Burgos Horna, razón por la cual decidió la *aplicación retroactiva* del artículo 401° del CP, modificado por Ley 29703, el cual incluso cita para el análisis de su configuración legal⁵⁸. Si bien al momento de justificar la determinación judicial de la pena⁵⁹, expresó que la Ley 28355 es la que resulta

57 Publicadas en el diario oficial *El Peruano*, los días 06 de octubre de 2004, 10 de junio de 2011 y 21 de julio de 2011, respectivamente.

58 Ver páginas 52 a 55 de la sentencia impugnada.

59 Ver páginas 107 de la sentencia impugnada.

aplicable, claramente se desprende del tenor de la sentencia que se trata de un *error material* que no incide en el fondo de la decisión.

4.3 Ahora bien, el cuestionamiento de la defensa, se sustenta además en el hecho de que se le ha aplicado al imputado Burgos Horna la pena de inhabilitación, pese a que dicha pena no estaba prevista en la Ley N° 29703, sino en la ley anterior, N° 28355. Este argumento también debe ser rechazado porque, si bien la Ley N° 29703 no incorporó en el tipo penal del artículo 401° del CP la pena de inhabilitación, también es cierto que estaba vigente el artículo 426° del mismo cuerpo normativo, cuyo texto legal obligaba al juzgador a que, adicionalmente a la pena privativa de libertad, imponga la pena de inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2 del mismo cuerpo de leyes, lo que en efecto se hizo en la sentencia impugnada.

4.4 No hay que olvidar que nuestra Suprema Corte señaló con precisión que la pena de inhabilitación contenida en el artículo 426° tiene la calidad de principal y conjunta⁶⁰, y si ello es así, la autonomía de la inhabilitación principal, que se impone como pena conjunta cuando va asociada a la pena privativa de la libertad, obliga al órgano jurisdiccional a imponerla sobre la base de la *garantía de la legalidad penal*, tal y conforme a los alcances de la pena de inhabilitación que fueron desarrollados en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116⁶¹ del 18 de julio de 2008.

B. Sobre el elemento valorativo “*alta dirección*” del tipo penal agravado del delito de enriquecimiento ilícito

4.5 También formula como agravio que, para aplicar la agravante prevista en el segundo párrafo del artículo 401° del CP, se ha calificado al imputado

60 En el R.N. N° 3332-04 Junín, séptimo considerando, la Corte Suprema, precisó: “*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”

61 En el f.j. 12 C del citado acuerdo, se señala: “*Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo penal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla*”.

Burgos Horna, en su condición de ex alcalde distrital, como un funcionario de “alta dirección”, lo cual vulnera el principio de legalidad. Alega que, en el caso de un alcalde, que es un funcionario electo, de acuerdo a la normativa aplicable, no existe la figura de “alta dirección”, por lo que a esta categoría de funcionarios, no se les puede aplicar la referida agravante.

4.6 Este Colegiado considera que el elemento valorativo “alta dirección” se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales. En ese orden de ideas, una lectura integral de una serie de normas extrapenales⁶² nos permite concluir que el cargo de alcalde distrital se corresponde al elemento normativo “alta dirección”.

4.7 Una de las leyes que cumple dicho propósito es la Ley N° 28212, que desarrolla el artículo 39° de la Constitución Política en lo que se refiere a la jerarquía y remuneraciones de los *altos funcionarios y autoridades del Estado*, comprendiendo en su artículo 2°, dentro de la jerarquía de los altos funcionarios y autoridades del Estado, a los *alcaldes distritales*. Otra de las normas que podemos citar es el Decreto Supremo N° 043-2006-PCM que aprueba los lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) por parte de las entidades de la Administración Pública, que define al nivel jerárquico de “alta dirección” como aquella que se encarga de “*dirigir la entidad, supervisar sus actividades, reglamentar y aprobar políticas públicas, en general ejercer las funciones de dirección política y administrativa de la entidad*” (artículo 11°), y está integrada, entre otros, según el artículo 14°, por “*el órgano que constituye la máxima autoridad de la entidad*” (literal a), así como “*el órgano que constituye la más alta autoridad administrativa de la entidad*” (literal c).

4.8 Es de anotar que la defensa del imputado cuestionó la aplicación del Decreto Supremo N° 043-2006-PCM, aduciendo que al ser su patrocinado un

62 En ese sentido RAMIRO SALINAS SICCHA, señala que: “Para saber cuándo se agrava la conducta, debemos revisar las normas extrapenales que bien pueden ser constitucionales o administrativas, donde normalmente se indica qué cargos son de alta dirección de las empresas y organismos estatales y también se indican qué funcionarios tienen el privilegio del antejuicio y la acusación constitucional”. (En *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª edición. Iustitia/Grijley, 2016, p. 719.

funcionario electo, no le eran aplicables sus disposiciones, sino que debería de aplicarse la Ley Orgánica de Municipalidades; sin embargo, cabe precisar que el referido decreto no excluye a los alcaldes de su alcance, bajo el criterio de que son funcionarios electos; antes bien, los incluye expresamente al señalar en su artículo 3° que se sujetan a lo dispuesto en dicha norma, entre otros, los gobiernos locales.

4.9 Preciado lo anterior, corresponde interpretar dichas disposiciones de manera articulada con lo que prevé la Ley N° 27972 —*Ley Orgánica de Municipalidades*—, de fecha 6 de mayo de 2003, que en su artículo 4° establece que: “*La estructura orgánica de las municipalidades está compuesta por el consejo municipal y la alcaldía*”. Agrega en su artículo 6° que: “*La alcaldía es el órgano ejecutivo de gobierno local. El alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa*”

Como se puede apreciar, la propia Ley Orgánica de Municipalidades, define al alcalde como la *máxima autoridad administrativa*, lo que concuerda con la definición que da el Decreto Supremo respecto de los funcionarios que pertenecen a la *alta dirección*.

4.10 Finalmente, revisada la Ordenanza N° 107 publicada el 31 de marzo de 2007 en el diario oficial mediante la cual se aprueba el organigrama estructural y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho —refrendada por el propio imputado Burgos Horna en calidad de alcalde— dentro de la Estructura de la Organización Municipal (artículos 16° y 17°), se considera como órganos de *Alta Dirección* al Concejo Municipal, la *Alcaldía* y la Gerencia Municipal, estructura que permaneció hasta su derogatoria a través de la Ordenanza N° 265 publicada en el diario oficial el 07 de febrero de 2014, que también fue refrendada por el imputado Burgos Horna en calidad de alcalde, y que igualmente consideró dentro de su estructura organizativa a la alcaldía como órgano de *Alta Dirección*. Por todo lo anterior, el agravio esgrimido por la defensa debe desestimarse.

C. Sobre el argumento de aplicación de una ley inexistente (artículo 45°-A del CP)

4.11 La defensa del sentenciado Burgos Horna sostiene como agravio que el Juzgado de Fallo habría aplicado el artículo 45°-A del CP, que regula

la determinación judicial de la pena con el *sistema de tercios*, sin considerar que este dispositivo legal fue introducido al ordenamiento penal mediante Ley 30076 publicada el 19 de agosto de 2013, es decir, con posterioridad a los hechos imputados, que datan de enero de 2007 a junio de 2013; y con esto, habrían incurrido en afectación del *principio de legalidad*.

4.12 Es verdad que el artículo 45°-A del CP, aplicado en la sentencia, se incorporó con posterioridad al periodo temporal de la imputación penal, y se ha discutido sobre su naturaleza, para efectos de determinar si siendo una *norma procesal* se justifica su aplicación inmediata (vigencia del principio *tempus regit actum*) o siendo una *norma sustantiva*, está prohibida su *aplicación retroactiva*, salvo que resulte más favorable al reo.

4.13 Este Colegiado estima que, para determinar el carácter sustantivo o procesal de una norma, se debe verificar la función que cumple, pues, en puridad, su naturaleza no depende de su inclusión en un determinado código. Una separación radical entre estas clases de normas, heredada de la codificación, es la que no permite un cabal entendimiento de la función que cumplen las normas en nuestro ordenamiento jurídico⁶³. En ese orden de ideas, si una norma tiene una función instrumental continuará siendo procesal aunque se le incluya en un código sustantivo y, consecuentemente, si regula el fondo de una situación jurídica, preservará su naturaleza sustantiva a pesar de estar disciplinada en una legislación procesal. Un ejemplo muy ilustrativo de esta cuestión lo constituye la prescripción, cuya naturaleza sustantiva o procesal se discute en la doctrina.

4.14 Ahora bien, el doctor PRADO SALDARRIAGA sostiene que “*En el artículo 45°-A está diseñado el procedimiento operativo que permite construir técnicamente la pena aplicable al autor o partícipe culpable de un delito. A esta*

63 No le falta razón a RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, cuando afirma que “*Durante muchos años, las relaciones entre la ciencia del derecho penal sustantivo y la ciencia procesal penal se han caracterizado en buena medida por la mutua ignorancia, como si estas dos disciplinas se ocuparan de sectores del ordenamiento jurídico sin ningún tipo de relación entre sí. Probablemente los orígenes de esta actitud se sitúan en la época de la codificación, cuando los legisladores optaron por reunir los preceptos que tipificaban los delitos y las penas en textos denominados códigos penales y reservaron las normas relativas al procedimiento para los llamados códigos procesales o leyes de enjuiciamiento*”³⁷. (En *Derecho Penal Sustantivo y de Derecho Procesal Penal: Hacia una visión integrada*. En Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano, p. 129).

disposición legal corresponde en sentido estricto regular las etapas y efectos de la 'individualización de la pena'."⁶⁴ En efecto, esta norma consagra las etapas que debe seguir el juez, para la dosificación de la pena, específicamente el *sistema de tercios* que resulta aplicable a un esquema operativo de determinación judicial de la pena, en el caso de delitos sin circunstancias agravantes o atenuantes específicas.

4.15 En ese orden de ideas, y aun cuando la defensa considere que la norma contenida en el tercer párrafo del artículo 45°-A del CP es de naturaleza sustantiva, los artículos 103° y 139° de la Constitución, así como el artículo 6° del CP, habilitan la posibilidad de su *aplicación retroactiva* cuando resulte más favorable al reo. Siendo ello así, el argumento de la no aplicación de la norma en cuestión, en palabras del doctor PRADO SILDARRIAGA —que este Colegiado comparte, resulta una falacia⁶⁵.

En consecuencia, su aplicación retroactiva queda supeditada a la verificación de que, en el caso concreto, resulte más favorable. De ocurrir lo contrario, no cabría su aplicación retroactiva. Esto es así, pues los criterios "tasados" del artículo 45°-A del CP vigente, se caracterizan por una rigidez tal que en determinados supuestos pueden llevar a la fiscalía y al juzgador a solicitar e imponer, respectivamente, penas más graves a las que cabría aplicar de acuerdo al criterio judicial, característico de la regulación anterior.

4.16 En el caso en concreto, se puede apreciar de la sentencia impugnada que, efectuado el procedimiento de dosificación de pena, al imputado Burgos Horna se le ha sancionado con los extremos mínimos del marco punitivo previsto para los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, no

64 PRADO SILDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO. *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, 2016, p. 174 (resaltado agregado).

65 El doctor PRADO SILDARRIAGA, cuestiona la ausencia de una *vacatio legis* en la promulgación de la Ley 30076, que ha producido dos efectos colaterales: "*por un lado una actitud recelosa de la judicatura para aplicar las nuevas normas, procurando, más bien, eludir las y mantener en operatividad las derogadas disposiciones y reglas del texto original del artículo 46°. Esta actitud que podría dar lugar a actos indirectos de prevaricación se ha buscado respaldar en falacias como que el nuevo modelo no es aplicable por ser una norma desfavorable al condenado y que sólo se le debe considerar en supuestos de condenas por hechos posteriores a la vigencia de la Ley 30076. Y, por otro lado, ha generado una aplicación muy heterogénea y distorsionada que desmerece el significado y utilidad del innovado sistema legal de construcción judicial de las penas*" (En *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, 2016, p. 189).

explicando la defensa cómo es que este proceso de dosificación de la pena perjudica cualitativa o cuantitativamente a su patrocinado. En suma, la aplicación del sistema de tercios, propuesta por el fiscal y acogida por el Juzgado Colegiado, de acuerdo a los hechos del caso, no agravó la pena concreta a imponer, antes bien, ubicándolo en el tercio inferior, permitió la imposición de la pena mínima en ambos casos. En consecuencia, el pretendido agravio que se le habría causado al imputado Burgos Horna, por la aplicación retroactiva y contra reo del artículo 45°-A del CP, no es tal y debe ser desestimado.

D. Sobre el delito de lavado de activos

4.17 El recurrente señala que en la sentencia se le sindicó como autor del delito de lavado de activos por la adquisición de dos bienes de la urbanización Las Totoritas el 12 de marzo de 2012 por la suma de USD 110 000.00 (de los cuales el imputado habría desembolsado USD 53 300.00). Indica que no se ha explicado en la sentencia en qué parte exactamente de los libros contables de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SAC se registra la devolución al imputado del monto afrontado por dicha empresa, ni las circunstancias en que tuvo lugar la devolución.

4.18 Al respecto, la Sala debe señalar que la omisión del señalamiento exacto de dónde se encontraría consignada la operación contable en los libros, aunque no es ideal en la exposición de un razonamiento judicial, no puede ser motivo para declarar su nulidad, especialmente considerando que, al tratarse de una operación contable, necesariamente está regida por las normas básicas de las técnicas contables, por lo que, evidentemente, se encontrará debitado de una cuenta correspondiente a los préstamos de accionistas, consignado en la fecha mencionada, pues en el Libro Diario se registran las operaciones de acuerdo con su fecha de ocurrencia). Más aún, esta Sala también observa que dicha precisión ya había sido realizada en la pericia oficial contable⁶⁶ donde se indica que la operación quedó registrada como cargo contra la cuenta “Préstamo Accionistas - Cta. Burgos”, y pasó al Libro Mayor Ene-Jun 2012⁶⁷.

4.19 Con relación a las circunstancias de devolución, es evidente que estas no son relevantes en la imputación penal pues la conversión de los fondos

⁶⁶ Ver página 54 de dicha pericia.

⁶⁷ Ver Tomo 1, folio 3101.

ilícitos se efectuó con la incorporación patrimonial ilegítima del bien inmueble a cambio de la disposición efectuada por la empresa y con la entrega de los fondos ilícitos a cargo de la empresa. Por todo lo anterior, este extremo del agravio queda desestimado.

4.20 Por otro lado, el recurrente se manifiesta respecto de la conversión que se le imputa en la adquisición y transferencia del vehículo de placa B3V-542, adquirido originalmente por su coimputada Oviedo Alcázar en el 2011, y luego transferido a Publicidad y Servicios Generales Boga SAC en el 2012. Señala que no tiene sentido esperar un año para hacerse con la propiedad del bien y que, dado que la compraventa no fue registrada, no podría hablarse de una introducción del bien al tráfico financiero.

4.21 En tal sentido, la Sala debe señalar que la demora en la transferencia de la propiedad no es un contraindicio relevante si se tiene en cuenta que el lavado de activos representa no solo un acto delictivo sino un proceso de integración al tráfico económico. Además, la ausencia del registro contable de la operación se dio solo respecto de Publicidad y Servicios Generales Boga SAC, cuando ya existía una transferencia anterior del mismo bien. Por ello, estaríamos ante una continuación del proceso por el que se logra el lavado del bien. En todo caso, al existir un contrato de compraventa suscrito por la mencionada empresa y la imputada, ya se cuenta con un medio idóneo para ocultar la naturaleza ilícita del origen del bien en cuestión. La ausencia de un registro contable en la empresa de la transacción representa un error contable, pero debe tenerse presente la distinción entre actos *inidóneos* para el fin ilícito y la *ejecución torpe* o inacabada de actos idóneos⁶⁸. Por ello, corresponde desestimar este extremo del agravio.

4.22 El recurrente también se manifiesta de la imputación por lavado de activos relacionada con la conversión de dinero ilícito en la constitución de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC (el 24 de diciembre de 2010), en la adquisición de bienes para ella, valiéndose de sus coimputados, en calidad de cómplices, para la administración de dicha empresa.

68 Sobre dicha distinción descansa el tratamiento radicalmente distinta entre la tentativa y la tentativa *inidónea* (arts. 16 y 17° del CP, respectivamente). En la segunda, se realiza cabalmente el tipo subjetivo en el hecho, pero el medio empleado es absolutamente inútil para lograr el fin. En el presente caso, el medio era el adecuado (el uso de contratos).

4.23 Respecto de la compra del vehículo de placa A9O-770, efectuada por su coimputada Oviedo Alcázar, señala que no se ha mencionado la conducta específica del imputado en dicho acto de lavado. Respecto de la compra del inmueble de la avenida Canto Bello, manzana N42, lote 03, señala que no se explica el aporte de Burgos Horna en el acto. Igual razonamiento aplica para las compras del inmueble ubicado de Cieneguilla (el 30 de marzo de 2011) y del vehículo IVECO a la empresa Transportes Huáscar SAC. Recalca la necesidad de probanza del delito fuente.

4.24 Respecto de lo último, esta Sala estima que la comisión del delito fuente de los tres imputados, está suficientemente probada, y no son de recibo los cuestionamientos que, de manera genérica, enuncia la defensa.

4.25 Respecto de la intervención del imputado en los actos de transferencia, se debe comprender que la imputación realizada por el Ministerio Público respecto de ellos se enmarca en una conducta por testaferros que actúan en complicidad con él (en este caso, los coimputados). Por lo tanto, al haberse señalado el lugar de funcionamiento de la empresa –un inmueble propiedad de Publicidad y Servicios Generales Boga SAC– con las testimoniales de las trabajadoras de Grupo Jezzy SAC actuadas en primera instancia y con las transferencias consignadas en la sentencia⁶⁹ se ha generado convicción respecto de la dirección de los actos que ejerció Burgos Horna. En tal sentido, carece de sustento la exigencia que hace la defensa respecto de que se indique el aporte del imputado en cada acto concreto de transferencia, cuando el aporte criminal por el que fue sentenciado se dio desde la dirección y financiamiento de las transferencias, mediadas por Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC.

4.26 En la sentencia recurrida⁷⁰ se explica con claridad cómo se genera esta convicción, al exponerse las circunstancias en que las transferencias tuvieron lugar, los indicios relativos al valor de transferencias, la incapacidad económica de los transferentes para soportar los negocios que, supuestamente, realizaron, así como el destino final de los bienes de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC. En otras palabras, no se aprecia el

69 Ver página 90 de la sentencia impugnada.

70 Ver páginas 90-91.

defecto señalado por el recurrente, respecto de una motivación aparente. Por el contrario, la sentencia motiva de forma suficiente, en este extremo, la decisión y, por ello, el agravio debe ser desestimado.

E. Respecto a la pericia contable 001-2016-EC-MR

E.1 Respecto a la falta de valoración de ventas totales por S/ 209 414 164.12 de las empresas del imputado Burgos Horna

4.27 El recurrente señala que en la sentencia no se valoró el monto de las ventas totales de las empresas del imputado entre los años 2004 al 2013, ascendente a la suma de S/ 209 414 164.12 y que, dado que el Juzgado Colegiado tomó la pericia 01- 2016-EC-MR como un reflejo de la realidad, incurrió en contradicción al considerar que dichas ventas no estaban acreditadas.

4.28 Corresponde a esta Sala hacer notar que la cifra fue tenida por no acreditada, en la medida en que no obra ningún documento que pruebe fehacientemente que tuvieron lugar. Como la sentencia recurrida señala, dichos montos no se encuentran corroborados con elemento de prueba alguno. Es cierto que en el juicio, las peritos afirmaron que han revisado los PDT (Programa de Declaración Telemática), presentados a la SUNAT; sin embargo, lo relevante para efectos del presente proceso, no radica en alegar un monto total de ventas, sino las utilidades que se habrían obtenido. Además, como lo ha señalado tanto el Ministerio Público como la Procuraduría, se trata del valor de ventas brutas (más IGV) que corresponderían, a cuatro empresas (Publibur SA, Intermóvil SA, Publicidad y Servicios Generales Boga SA y Los Emprendedores de San Juan SA) que no repartieron utilidades. Incluso, las empresas mencionadas, a pesar del volumen de ventas que se señala, tuvieron pérdidas en varios ejercicios financieros. En tal sentido, aun cuando las cifras fueran reales, no implican capacidad adquisitiva alguna del imputado.

4.29 Finalmente, el hecho de que el Juzgado Colegiado haya asumido que la pericia 001-2016-EC-MR se corresponde con la realidad, no implica que asumiera como ciertas todas las declaraciones y el contenido de todos los documentos anexos a ella. Más aún si la pericia tuvo por objeto determinar las situaciones económicas de los imputados, no de sus empresas.

E.2 Respecto a la falta de valoración de la venta del inmueble situado en San Luis por USD 40 000.00 en la pericia contable oficial

4.30 Como ha ocurrido con diversas operaciones y transacciones que han sido evaluadas en la pericia 001-2016-EC-MR, y que luego han sido materia de análisis por el Juzgado Colegiado, nos encontramos frente a una transacción que el imputado manifiesta que debería haber sido valorada contablemente como un ingreso a su favor, siendo que no se le asignó ningún valor contable.

4.31 Es lugar común respecto de las impugnaciones de los procesados el señalar como un defecto de parcialización del órgano jurisdiccional, que en la pericia y en la sentencia se dé valor contable a egresos que no contaban con medio de pago acreditado, pero no a ingresos en igual situación.

4.32 Ante ello, esta Sala considera que un defecto de parcialización o de juzgamiento indebido se apreciaría solamente en la medida en que la valoración del juzgador respecto de dos supuestos fuera diferente y estos fueran sustancialmente iguales.

Por ende, si existen diferencias objetivas que justifiquen la valoración diferenciada de dos realidades, estaremos ante un juicio legítimo. Por tanto, corresponde que – para determinar si los agravios manifestados guardan relación con estas valoraciones de operaciones consignadas en la pericia contable y en la sentencia– se analicen cuáles son los factores que han generado apreciaciones diferentes entre los ingresos que se mencionan y los egresos.

4.33 Respecto de la venta del inmueble situado en San Luis, corresponde anotar que se trata de una transferencia realizada por el imputado a favor de una empresa de su propiedad, siendo prácticamente dueño de la totalidad de las acciones, a la cual él mismo representaba legalmente, sin que exista medio de pago acreditado, y en cuyos libros contables no se había consignado la operación.

4.34 A todo ello debemos agregar que nos encontramos en el marco de una imputación por enriquecimiento ilícito y lavado de activos. En un contexto de blanqueo de capitales, debe tenerse presente que existen diversas formas en las que los sujetos, especialmente aquellos que tienen vinculación con empresas con cierta capacidad adquisitiva, buscan ocultar el patrimonio ilícitamente adquirido, o intentan justificarlo mediante transacciones simuladas que les generan, supuestamente, ingresos.

4.35 Por ello, no puede darse valor contable a la operación antes descrita. Aunque esta transacción es jurídicamente posible dentro de nuestro ordenamiento civil y comercial –lo cual, por cierto, no está en discusión– las circunstancias en las cuales se realizó (con la existencia de un desbalance mucho mayor al monto en cuestión), los sujetos que la realizaron (el imputado y una empresa absolutamente controlada por él) y el tratamiento contable en la empresa que tuvo (no se encuentra en libros); sirven para generar convencimiento de que la operación fue simulada. En tal sentido, la ausencia de un medio de pago sirve para confirmar dicho convencimiento; no es, como indica el recurrente, su base. Por ello, esta Sala desestima este agravio.

E.3 Sobre los préstamos a las empresas y la documentación fuente en el examen pericial

4.36 La defensa del imputado ha señalado, tanto en sus agravios escritos como en sus alegatos orales en audiencia, que en la pericia fueron indebidamente considerados montos por S/ 6 454 563.20 como préstamos realizados en favor de sus empresas, cuando en la documentación fuente (boletas de depósito, en estos casos) no se consigna como concepto de dichas operaciones un préstamo, sino pagos de proveedores, cobros de facturas, entre otros.

4.37 Al respecto, esta Sala ha dado cuenta de que dicha argumentación fue planteada a nivel de las observaciones a la pericia contable, y que fue debidamente absuelta por las peritos. En dicha absolución⁷¹ hacen referencia al Anexo-10 del informe pericial, en el que detallan las entradas de los libros contables en las cuales se encuentra, de forma clara, la consignación de diferentes ingresos, cuyos montos fueron asignados a las cajas banco, caja, y otras, con la consiguiente contrapartida en cuentas por pagar, donde figura incluso el nombre del accionista en cuestión: Burgos Horna.

4.38 La defensa, sin embargo, insiste en que la Sala otorgue un valor superior a la documentación fuente (en este caso, las boletas de depósito), y que, en tal sentido, adopte un criterio valorativo diferente de las pruebas actuadas en primera instancia, en tanto que la convicción generada en el Juzgado Colegiado de que esta pericia, introducida por sus autoras, refleja la realidad.

71 Ver páginas 2 y ss. del documento de absolución de observaciones a la pericia oficial

4.39 Al respecto, cabe señalar que, como puede apreciarse del examen y contraexamen de los peritos autores de la pericia contable 022-2015-ÚP-FE-DCFMP⁷², y en concordancia con las máximas de experiencia, el concepto consignado en las boletas de depósito solo constituye una declaración de la persona que lo realiza (en el caso concreto: Alfredo Raúl Toledo Fernández). Incluso, la misma defensa afirma⁷³ que la mayor parte de las operaciones no se encontraban bancarizadas, por lo que se explica claramente la referencia a los libros contables que hicieron los peritos.

4.40 En tal sentido, esta Sala no encuentra una razón de peso suficiente como para dar valor absoluto al documento fuente en cuestión. Esto con mayor razón si tenemos en cuenta que los libros contables fueron presentados por las mismas empresas del imputado. Finalmente, no debe olvidarse que estas mismas empresas no entregaron los estados financieros que se les requirieron, estos hubieran permitido esclarecer cualquier duda sobre la cancelación de las cuentas. En tal sentido, esta Sala debe desestimar el agravio anotado, y sostiene la valoración de las pericias que hizo el Juzgado Colegiado en primera instancia.

E.4 Sobre la valoración de las inversiones en Jicamarca

4.41 En sus agravios, el recurrente manifiesta que no se realizó una debida valoración de su inversión realizada en Jicamarca, con la construcción del colegio Los Emprendedores de San Juan. Señala que no se tomaron en cuenta las facturas emitidas por sus empresas, fijándose una inversión que no habría realizado él, por lo que se habría incrementado innecesariamente el monto de sus egresos.

4.42 Esta Sala, al respecto, debe hacer notar que, durante la realización del contraexamen a las peritos oficiales, en juicio oral, se les cuestionó respecto de los actos de las empresas de Burgos Horna –entre las que se cuentan aquellas que, según la defensa, emitieron las facturas por los materiales de construcción–. Frente a ello, estas señalaron que se limitaron a la revisión de los libros y registros contables entregados por ellas mismas, sin precisar el haber tenido acceso a las mencionadas facturas.

72 Ver audiencia de fecha 28 de febrero de 2017.

73 Ver nota al pie N° 19 de su recurso escrito.

4.43 En todo caso, era de interés de la defensa el desvirtuar la valoración realizada en la pericia. Para hacer ello contaron con pericias de parte - cuyos autores fueron examinados y contraexaminados en juicio oral-, con la posibilidad de plantear una observación por escrito a la pericia respecto de este punto, la posibilidad de contraexaminar a las mismas peritos, la capacidad de oralizar las facturas en ambas instancias –de haber sido admitidas durante la etapa intermedia. La defensa, por estrategia, negligencia, o por no contar con dichos documentos, no ha tomado ninguna de estas vías. Esta Sala no puede arrogarse las responsabilidades y cargas de las partes procesales y, existiendo una valoración de las peritos contables, esta generó convicción en el Juzgado Colegiado que no fue desvirtuada por la defensa, por las omisiones antes descritas. Esta convicción es compartida por la Sala.

4.44 A ello se agrega que la defensa no señala cuáles son esas facturas, dónde están y por qué montos fueron emitidas. Con ello, la Sala tiene buenas razones para dudar de la verdadera fuerza probatoria de los documentos mencionados y, en consecuencia, debe desestimar el agravio manifestado.

E.5 Sobre la valoración de las ganancias en el casino Golden Palace.

4.45 Manifiesta la defensa que no se tomó en cuenta para los ingresos del imputado el monto de USD 1 517 000.00, que, de acuerdo a la defensa, el representante legal del casino señaló que había obtenido Burgos Horna como ganancias por *jackpots* en las máquinas tragamonedas, lo cual a su vez implicaría que el Juzgado Colegiado no tomó en consideración las ganancias de la casa de juegos en su valoración de los hechos.

4.46 En tal sentido, esta Sala observa que, en el informe pericial contable N° 001- 2016-EC-MR, adoptada por la sentencia, sí se toman en cuenta los premios documentados por promociones en el casino⁷⁴, así como se indica el valor contable asignado a las ganancias por las apuestas en máquinas tragamonedas. Igualmente, en la sentencia⁷⁵, de manera contraria a lo que señala la defensa, el Juzgado Colegiado sí hace referencia a la testimonial del representante legal del casino del cual el imputado es cliente.

74 Ver páginas 37 y siguientes de la mencionada pericia.

75 Ver página 18 de la sentencia recurrida.

4.47 Dicha apreciación corresponde a las declaraciones del representante legal de Golden Investments, Fernando Calderón Castro, en las cuales el testigo enfatizó que los montos reportados por *jackpots* no constituían ganancia neta. Ello, sumado a lo sindicado por las peritos en su informe, respecto a que, conforme ha informado la empresa operadora del casino –y confirmando una máxima de experiencia respecto del funcionamiento de las casas de apuestas–, el porcentaje de retorno al cliente ronda el 95%. En otras palabras, el cliente pierde, en promedio, el 5% de lo que invierte en el casino, mientras que este último siempre percibe ganancias.

4.48 Por todas estas consideraciones, esta Sala estima que no puede acogerse el agravio indicado, ni modificar la valoración de la prueba personal que realizó el Juzgado Colegiado respecto del representante legal de la empresa operadora del casino.

E.6 Sobre la tasación de inmuebles realizada por las peritos contables

4.49 En sus alegatos finales de segunda instancia, la defensa técnica del imputado ha manifestado que, respecto de los inmuebles de la localidad de Jicamarca, las peritos contables habrían realizado una tasación que, dada la naturaleza normativizada de dicha actividad, sería ilegítima, además de inexacta (por haberse usado categorías contables para una actividad que compete más a categorías propias de la ingeniería civil). La Sala es competente para revisar este aspecto de la pericia, en la medida en que implicaría la utilización de métodos ajenos a la técnica necesaria, sin mencionar una contravención a la ley.

4.50 En tal sentido, la Sala anota que en la pericia contable en cuestión⁷⁶, no se realiza, en ningún momento, una tasación de los bienes inmuebles, sino que, únicamente, se adoptan los valores consignados en los autoaválúos para determinar la inversión realizada por el imputado para generar estos valores. Una tasación hubiera implicado la *determinación* de dichos valores, no su simple *incorporación* de una fuente preexistente. Por ello, el agravio debe ser desestimado.

E.7 Respecto a la valoración del informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR sin considerar la ausencia de prueba periférica y de informes negativos de órganos de control

⁷⁶ Ver páginas 47 y ss. del informe pericial N° 001-2016-EC-MR.

4.51 La defensa del imputado Burgos Horna ha señalado que la pericia, al no incluir los documentos fuentes, no puede ser considerada prueba válida para acreditar el delito y por tanto la sentencia nula. Al respecto, esta Sala ya se refirió suficientemente a dichos documentos en la sección correspondiente, no requiriéndose mayor pronunciamiento.

4.52 Señala, en línea paralela a la argumentación antes señalada, que, no existe ningún informe negativo emitido por los distintos órganos de control (autónomos o al interior de otras entidades), como la Contraloría General, OSCE (Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado), SUNAT (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), respecto de su gestión como alcalde. Esta ausencia debe considerarse, según la defensa, como un *contraindicio* que “*cuestiona frontalmente la veracidad y confiabilidad del Informe Pericial Contable 001-2016-EC-MR*”.

4.53 Al respecto, debe tenerse presente que un *contraindicio* ataca la conclusión del indicio a que se opone cuestionando los hechos en que se basa y ofreciendo una explicación diferente a la que el indicio hace inferir⁷⁷. En ese orden de ideas, si bien la ausencia de los informes mencionados podría apuntar a que la gestión como alcalde del imputado sea positiva, sin embargo, ello no le da a este “*contraindicio*” resaltado por la defensa la misma *fuerza probatoria*, porque el peso valorativo que puede dársele es ínfimo, y ello es así porque, de un lado, esta ausencia es perfectamente compatible con un adecuado ocultamiento de las actividades ilícitas cometidas, y por otro, porque lo que está en cuestión es, específicamente, la comisión de dos delitos que, por su naturaleza y tipicidad, no necesariamente comprometen el patrimonio de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho o el reconocimiento y pago de impuestos a que está obligado el imputado.

4.54 Finalmente, puede afirmarse que, desde la óptica planteada por la doctrina extranjera y nacional calificada, este hecho ni siquiera sería tomado como “*contraindicio*”, en la medida en la que no ofrece explicación alterna-

77 MITTERMEIER, K. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires, 1999, pág. 413; citado por TALAVERA, P., *La prueba en el nuevo proceso penal*. Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ). Lima, 2009, pág. 143.

tiva a los indicios actuados en el proceso. En contraposición, a la prueba de cargo (en particular, la pericia contable oficial), esta Sala, con igual criterio que el Juzgado de Fallo, le asigna un peso elevado, considerando las técnicas empleadas, así como la amplitud de su alcance. Por ello, el agravio debe desestimarse.

F. Respecto a los aspectos procesales

F.1 Sobre el quiebre del juicio por lectura de sentencia fuera del plazo de ley, que finalizó en la madrugada del noveno día después del adelanto de fallo

4.55 Respecto a la inobservancia del plazo fijado en el artículo 396°.2 del CP, la defensa técnica del acusado Burgos Horna cuestiona que se haya llevado a cabo la audiencia de lectura de sentencia pasado el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva, ello al indicar que terminó de leerse a horas de la madrugada (01:30), esto es, al día siguiente –noveno día–, por lo que sería extemporánea, vulnerándose el plazo fijado en la ley procesal; teniendo como consecuencia que el juicio deba repetirse por quiebre de este, al haberse producido la pérdida de la competencia y jurisdicción por mandato expreso de la ley.

4.56 Este Colegiado considera que no son de recibo los argumentos del impugnante, ya que la lectura de la sentencia de primera instancia se inició dentro del plazo máximo señalado en el ordenamiento procesal (artículos 396° del CPP). Es verdad que la lectura culminó a la 1:30 de la madrugada del día siguiente, pero esto no genera, como se ha afirmado, el “quiebre del juicio”, pues, resulta razonable que la misma se haya extendido en un tiempo mayor al previsto, en mérito de la extensión de la misma que se pronunció respecto de variadas y complejas pretensiones formuladas por las partes.

4.57 Además, si bien el artículo 142°.1 del CPP prescribe que las actuaciones procesales se practican puntualmente en el día y horas señalado, sin admitirse dilación, también lo es que el indicador con respecto a la hora, está en función al inicio del acto procesal, y si incurre en una dilación, lo máximo que podría acarrear es una responsabilidad funcional, a lo que se debe agregar que la Corte Suprema de Justicia, en el R.N. N° 4040-2011 Lima, estableció como precedente vinculante que la audiencia final en la que se da lectura a la sentencia “*solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión*”. Siendo ello así, el solo hecho de que la sentencia haya terminado de leerse una

hora y media después del octavo día, no puede enervar la validez y eficacia de todos los actos procesales que tuvieron lugar hasta ese momento, pues, tal supuesto de hecho, no genera *per se*, violación del *contenido esencial* de los derechos y garantías previstos en la Constitución, tal como lo exige el artículo 150°.d) del CPP, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

4.58 Por otro lado, tampoco se puede admitir el argumento de la defensa en el sentido que al haberse leído la sentencia fuera del plazo se habría producido la pérdida de competencia y jurisdicción. Esto es así, no solo porque la defensa confunde las instituciones de jurisdicción y competencia, sino porque fundamentalmente la competencia del juzgado de juzgamiento no concluye necesariamente con el acto de lectura de sentencia, sino en el momento en que, ejerciendo las facultades de control de admisibilidad, concede el recurso impugnatorio contra la sentencia. En tanto ello, no ocurra, por ejemplo, tiene facultades para disponer la notificación de los acusados no concurrentes a la audiencia de lectura de sentencia (artículo 401°.2 del CPP), o de ejercer facultades de corrección, aclaración y adición de la sentencia (artículo 124° del CPP).

F.2 Incongruencia entre el adelanto del fallo y el fallo final respecto de las medidas de coerción impuestas a los sentenciados durante la suspensión de la ejecución de la sentencia

4.59 El recurrente indica que el Juzgado de Fallo impuso a los sentenciados como única regla de conducta, *registrar su firma cada quince días*, sin embargo, en la sentencia notificada, en el quinto fundamento del fallo, se establecen dos reglas de conducta distintas que no forman parte del adelanto del fallo, esto es: *concurrir el primer día útil de cada semana a la Oficina de Control Biométrico e impedimento de salida del país contra los sentenciados*. Sostiene que si se admite la validez de la lectura del nuevo fallo, tendríamos la existencia de dos fallos, vulnerándose la garantía constitucional del debido proceso y el derecho al libre tránsito.

4.60 En efecto, revisado el audio y el acta correspondiente de fecha 21 de marzo de 2017, se aprecia que el Juzgado de Fallo, haciendo uso del artículo 402° del CPP, suspendió la ejecución de la sentencia hasta que quede consentida, imponiéndose como regla de conducta la de “*concurrir cada quince días (15) a la sede de la Sala Penal Nacional a firmar el registro correspondiente*”

(voto decidido por mayoría). Siendo ello así, la sentencia impugnada, cuya lectura integral se produjo el 31 de marzo de 2017, no guarda correspondencia en este extremo con el adelanto de fallo citado.

4.61 Sin embargo, el agravio expuesto por la defensa, también debe ser desestimado, pues, la aplicación del 402°.2 del CPP, **no altera la sentencia condenatoria en su extremo penal**, que en este caso, consistía en la imposición de una pena privativa de la libertad de dieciséis años al imputado Burgos Horna, por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, pues, aun cuando el Juzgado de primera instancia tenía la facultad de disponer su ejecución inmediata aunque se interponga recurso contra ella, decidió por mayoría suspender la ejecución de la misma “hasta que quede consentida”, por tanto en función del *principio de legalidad* estaba facultado para “imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288° mientras se resuelva el recurso”.

4.62 Por otra parte, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre de 2009 (f.j. 8 A), ha establecido como doctrina legal que “(...) **la impugnación no tiene efecto suspensivo** -así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP (...).

Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP”. De lo anterior queda claro, que la decisión de suspensión de la ejecución de la sentencia, ni siquiera debería formar parte de la sentencia, lo cual guarda concordancia con lo establecido los artículos 394°.5 y 399° del CPP, en tanto y en cuanto, tal facultad, podría haberse ejercido tan luego la parte recurrente interpusiera el recurso de apelación. En el presente caso, tal recurso se interpuso con fecha posterior, pues, conforme al acta de fecha 31 de marzo de 2017, ni el imputado ni su defensor asistieron al acto de lectura integral de la sentencia.

4.63 En conclusión, este agravio esgrimido por la defensa, también decae, pues, la diferencia que existe entre el adelanto de fallo y la sentencia, no altera en absoluto su extremo penal, ni menos le puede causar agravio alguno, si se tiene en cuenta que el órgano jurisdiccional, lejos de optar por

la ejecución inmediata de la sentencia, por mayoría decidió suspender provisionalmente su ejecución, y por tanto nada impedía que en el acto de lectura integral, precisara las restricciones del artículo 288° del CPP, que deberían cumplirse, mientras se resuelve el recurso.

F.3 Sobre la alegada violación de la imputación necesaria (imputación imprecisa).

4.64 Manifiesta el recurrente que el monto de imputación por el delito de enriquecimiento ilícito, consistente en el incremento de su patrimonio en S/ 8 445 210.01 que se recoge en la sentencia, difiere del monto establecido en la pericia contable 01-2016-EC-MR (que consigna, en sus conclusiones, la cifra de S/ 8 279 720.56); lo cual implica, argumenta, que la imputación no es acabada.

4.65 Dicho agravio carece de todo sustento. Por un lado, el principio de imputación necesaria fija un estándar, precisamente, para la *imputación* que debe realizar el Ministerio Público, pues, como sostiene el profesor JULIO MAIER “*La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente (...)*”⁷⁸. Sin embargo, la diferencia en cifras de la pericia oficial con lo recogido en la acusación que -dígase de paso no difiere radicalmente del monto precisado de la imputación-, no es razón válida para denunciar una insuficiencia en la imputación, pues, en modo alguno tiene incidencia en el total despliegue del derecho de defensa. Lo cierto es que la acusación consignó un determinado monto de incremento patrimonial, y el solo hecho de que lo acreditado con la prueba pericial no coincida con el monto materia de acusación, ello no reciente el cumplimiento de este principio por parte del persecutor de la acción penal.

4.66 Por otro, aun cuando una interpretación generosa del agravio pudiera llevarnos a entender que cuestiona la relación existente entre el monto consignado en la sentencia y el monto de la pericia (lo cual, como vimos, no tiene vinculación con el principio invocado); ello tampoco es de recibo, por cuanto la concordancia debe darse entre lo resuelto por el juzgador y la imputación hecha por el Ministerio Público (art. 397° del CPP). En tal sentido,

⁷⁸ MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal. I Parte General. Fundamentos*. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2004, p. 553.

la cifra que el Juzgado de Fallo señala como la de desbalance es aquella que el Ministerio Público fijó en su imputación, y esta no está supeditada a los resultados de la pericia.

F.4 Respecto a la incorporación de un dato falso en la sentencia sobre renuncia al cargo del alcalde el 2013

4.67 Como señala la defensa, efectivamente, en la sentencia de grado⁷⁹ se consigna que el imputado Burgos Horna fue elegido para servir como alcalde distrital en San Juan de Lurigancho para el periodo entre el 2011 y 2014, pero que no llegó a cumplir dicho término “*pues renunció al cargo en junio de dos mil trece*”; lo cual resulta, evidentemente, incorrecto.

4.68 Sin embargo, lo planteado por el agravio no es la existencia de un simple error material –comprensible en la medida en que la investigación fiscal abarca solo hasta junio de 2013–, el cual era pasible de corrección. En puridad, el agravio planteado descansa sobre un enorme salto argumentativo, pues el recurrente manifiesta que ello revelaría que el *a quo* no ha “*revisado debidamente la información*” obrante en el expediente, con lo que, a su vez, se habría “*vulnerado la garantía constitucional del tribunal imparcial*”⁸⁰. Sin embargo, con el error en cuestión, no se acredita ni lo primero ni, mucho menos, lo segundo, pues, por un lado, la existencia de un error material no enerva la debida actuación del órgano jurisdiccional en la valoración de la prueba, y por otro, tampoco incide de manera negativa en la imparcialidad de los jueces de fallo, en tanto y en cuanto no basta la sola alegación de un error material para estimar lesionada la imparcialidad judicial.

F.5 Respecto al desistimiento de parte del Ministerio Público de veintidós testigos

4.69 La defensa alega que el Ministerio Público se ha desistido de veintidós testigos, lo cual a su entender, no ha permitido que el fiscal pruebe su acusación.

4.70 Esta Sala considera que la cantidad de testigos de la cual una parte procesal se desiste no puede ser un criterio para determinar la capacidad de

79 Ver página 55 de dicha sentencia.

80 Página 19 del escrito del recurso de apelación.

esta parte para generar convicción en el juzgador respecto de la ocurrencia de los hechos que dan forma a su pretensión en juicio. En todo caso, el recurrente tiene la carga de exponer qué hechos no considera probados. Como está planteado, el agravio adolece de una insalvable generalidad, tomando en consideración que no puede tratarse de una negativa de todos los hechos.

4.71 En realidad, la mayor parte de hechos relevantes en la imputación del Ministerio Público no han sido materia de discusión, pues de las transacciones que el Ministerio Público ha acreditado y que se han valorado en la sentencia como actos de lavado de activos, las partes imputadas solo han argumentado que contaban con la capacidad económica para llevarlas a cabo. Es verdad que ha habido cierto debate respecto de la ocurrencia de algunos hechos (pago efectivo de algunas transacciones, por ejemplo), pero no se entiende en qué medida los testigos que no se aportaron a juicio tendrían incidencia en ello, y la defensa no lo ha señalado.

4.72 Finalmente, no debe olvidarse que la valoración de la prueba personal hecha en primera instancia no puede ser variada por esta Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 425°.2 del CPP. En tal sentido, este agravio debe desestimarse.

F.6 Respecto a la falta de fuerza probatoria en las declaraciones testimoniales del caso planteado por el Ministerio Público

4.73 Analizada en su conjunto, la imputación del Ministerio Público ha descansado primordialmente sobre los hechos financieros que se encuentran explicados y justificados en la pericia 001-2016-EC-MR. Las declaraciones testimoniales actuadas en primera instancia han servido, en todo caso, para acreditar hechos específicos que, siendo relevantes, no eran el punto central de la imputación. En tal sentido, lo señalado por la defensa, y de manera tan general, carecería de un efecto real sobre la imputación.

4.74 Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala debe reiterar que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 425°.2 del CPP, no es competente para dar un valor probatorio distinto a la prueba personal actuada con inmediatez en el juicio oral, al no observarse ninguna de las excepciones previstas en el artículo 426° y en la jurisprudencia vinculante nacional (Casación N° 003-2007-Moquegua). En ese sentido, la convicción probatoria producida en primera instancia respecto de las testimoniales no puede ser enervada aquí de

forma tan general, máxime si los medios de prueba ofrecidos, se han actuado con observancia de las reglas y principios procesales de la contradicción en igualdad, e intermediación.

QUINTO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRE-TENSIÓN REVOCATORIA DE JESSICA KARINA OVIEDO ALCÁZAR

A. Respecto a la imputación por el delito de lavado de activos

5.1 La sentenciada Oviedo Alcázar solicitó la revocatoria de su condena por el delito de lavado de activos, argumentando que este delito sanciona las acciones orientadas a dificultar la ubicación de los activos; no obstante, la imputada realizó acciones comerciales debidamente bancarizadas y registradas, siendo fácilmente detectables por el Ministerio Público. Es decir, con su conducta no habría tenido la finalidad de ocultar la ubicación de activos.

5.2 A fin de valorar este alegato del impugnante, resulta necesario exponer breves consideraciones en relación al delito de lavado de activos, específicamente, cuestiones criminalísticas que caracterizan este delito. En este ámbito se pueden destacar dos cuestiones que inciden directamente sobre lo que es materia de impugnación, nos referimos a la tradicional vinculación del lavado de activos con el sistema financiero; y además, la apariencia de legalidad que ordinariamente caracteriza a las operaciones económicas reputadas como actos de lavado.

5.3 En efecto, en relación a la vinculación con el sistema financiero, autorizada doctrina enseña que “son extremadamente diversos los mecanismos empleados para la colocación de la masa de productos en metálico a través de instituciones financieras. Ello implica siempre el uso de los servicios ofrecidos por este tipo de instituciones”⁸¹. En tal sentido, el empleo del sistema financiero en las operaciones imputadas como actos de lavado, en modo alguno puede considerarse como un contraindicio relevante; al contrario, el recurso al sistema financiero es un elemento característico de este delito. Ello incluso lo demuestran las primeras iniciativas estatales en materia de prevención de blanqueo, que precisamente se enfocaron en regular el ámbito financiero.

81 BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ra, Aranzadi, Navarra: 2012, p. 66.

5.4 Por otro lado, en relación a las formalidades observadas en las operaciones de supuestos actos de lavado que se imputan a la sentenciada Oviedo Alcázar, compartimos lo vertido en la doctrina nacional por el doctor PRADO SALDARRIAGA cuando enseña que *“los actos de lavado se materializan observando siempre todas las formalidades y procedimientos usuales que son regularmente exigidos para cualquier negocio jurídico o financiero. La observancia de estos requisitos y ritos formales aleja la sospecha y suspicacia sobre su propósito real”*⁸²; que no es otro, que la finalidad de disfrazar con apariencia de legalidad las operaciones económicas realizadas con activos de origen delictivo. Por tanto, si bien la regularidad de las acciones puede tener valor de descargo en delitos tradicionales y menos sofisticados, no cuentan con el mismo valor de descargo en el delito de lavado de activos.

5.5 Finalmente, cabe precisar que el análisis del lavado de activos exige reconocer su naturaleza de delito-proceso, pues solo de ese modo se podrá comprender el sentido con que actúa un agente de este delito. En su recurso impugnatorio, la sentenciada Oviedo Alcázar cuestionó que se le haya imputado complicidad de lavado de activos por la transferencia de la camioneta de placa de rodaje B3V-542, sin considerar que este hecho solo representa una manifestación de la libertad contractual que le asiste. Ante cuestionamientos de esta naturaleza, son plenamente oponibles las premisas acotadas, pues para comprender el sentido de esta operación económica se debe considerar que esta se enlaza con hechos antecedentes y subsecuentes que le otorgan relevancia penal. En este caso, el hecho de que esta transferencia se haya realizado a favor de Burgos Horna, también acusado por el delito de lavado de activos, por un precio sumamente rebajado. El análisis global de estas circunstancias permite afirmar, como lo sostuvo la Fiscalía en su momento, que válidamente se puede enjuiciar la conducta de la imputada como un acto de transferencia, propio del lavado de activos.

B. Respecto a la reparación civil impuesta

5.6 La recurrente ha manifestado que la reparación civil se impuso en la sentencia recurrida sin cumplir con los requisitos necesarios para ello, al no

82 PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa, 2013, p.105.

existir daño por reparar, y sin la suficiente motivación. Esta Sala se pronunciará al respecto de estos extremos en la parte correspondiente a las pretensiones de la Procuraduría Pública.

C. Respecto a la valoración de las declaraciones juradas como prueba privilegiada

5.7 La defensa de la imputada ha manifestado que encuentra error en el razonamiento del juzgado de primera instancia, en la medida en que *“no resulta coherente que la pericia ya subsanada deje de lado declaraciones juradas; y que la sentencia que se basó en ello no lo haga”*. En otras palabras, señala una falta de coherencia en el tratamiento de las declaraciones juradas de su defendida.

5.8 Al respecto la Sala observa lo siguiente: En primer lugar, en la sentencia recurrida no se manifiesta que se adopte una declaración jurada como prueba privilegiada, sino que resaltó que una función que debe tenerse en cuenta de estos documentos resultaba ser, en atención al artículo 7° de la Ley 27482 (aplicable al caso), el servir *“como base para efectos de la comparación entre bienes y rentas (...) que el sujeto tenía al inicio del cargo, frente a los que poseía al final del mismo”*⁸³. En tal sentido, la valoración que hace la sentencia no descansa en la categoría de prueba privilegiada, sino en la función que el ordenamiento otorgaba a los documentos materia de discusión.

5.9 En segundo lugar, corresponde señalar que la defensa arguye que la inclusión por parte de las peritos de información que contradice a estas declaraciones juradas constituye una falta de coherencia argumentativa por parte del juzgado de primera instancia. Frente a ello, baste señalar que, como ya se dijo, el colegiado nunca estimó que dichos documentos fueran, como señala la defensa, *insoslayables*; sino que eran, al menos, más que una simple formalidad. En todo caso, la inclusión del saldo favorable por parte de las peritos no hace sino beneficiar a la imputada. Por todo ello, el agravio debe ser desestimado.

83 Ver página 58 de la sentencia.

D. Respecto al análisis de los ingresos del Grupo Jezzy SAC sobre la base de la declaración de testigos

5.10 Durante la actuación de prueba en primera instancia, se examinó a las testigos, trabajadoras del Grupo Jezzy, Rosa Guillén Rengifo (fungía como asistente contable), Yolanda Carmona Herrera y Silvia Goycochea Mendoza (quienes ejercían labores de administración) y Gisela Martínez Astor (quien laboró como cosmetóloga en los salones de belleza del Grupo Jezzy SAC). Al respecto, esta Sala ha podido observar, tanto de las actuaciones llevadas a cabo en el examen de las testigos, así como de la información que en la sentencia se recoge como incorporada por ellas al proceso⁸⁴ que el Juzgado de Fallo no se basó en ellas para dar un análisis completo de la situación económica de la empresa.

5.11 En realidad, la utilidad probatoria de estas testimoniales, se redujo a que se conociera el funcionamiento general de la empresa y las labores que realizaron sus trabajadoras. En todo caso, la valoración dada por el juzgado de primera instancia a la prueba personal no puede subvertirse en esta segunda instancia, en aplicación del artículo 425°.2 del CPP.

5.12 Por si ello no bastara, cabe indicar que fueron actuados como prueba documental libros de funcionamiento del Grupo Jezzy SAC, incluyendo los PDT correspondientes a sus utilidades y pérdidas, elemento que fue valorado y consignado en la sentencia recurrida. En tal sentido, no puede ampararse el agravio.

E. Respecto al orden y secuencia de compra y venta de bienes por parte de la imputada Oviedo Alcázar

5.13 Esta Sala debe desestimar el presente agravio por una razón sumamente evidente: el orden en que tienen lugar los ingresos y los egresos no tiene efecto alguno en el resultado de su consolidación. En una operación aritmética de sumas y restas como la que concierne al análisis contable, el orden de los factores no altera el producto. Esto, que debería ser igualmente obvio para la defensa, hace insostenible su argumento. Dado que el lavado de activos se imputa con base en el delito de enriquecimiento ilícito como fuente

84 Ver páginas 19 y 20 de la sentencia.

de los bienes objeto de blanqueo, tampoco puede acogerse el agravio en relación con este delito.

F. Respecto a una supuesta doble actuación de prueba en la oralización de documentos contables

5.14 La defensa señala que se oralizaron, en primera instancia, documentos contables que constituían repetición de la prueba pericial, o la lectura de documentación referida a prueba –aun cuando, en segunda instancia, prácticamente todos los sujetos procesales, incluido el recurrente, lo hicieron–. No puede acogerse el agravio señalado, en la medida en que, conforme a lo establecido en el artículo 383°.2 del CPP, la prohibición recae sobre documentos referidos a la *actuación* de prueba, no a documentos que se vinculan con la *generación* de la prueba.

5.15 La defensa tampoco ha señalado de qué manera la supuesta doble actuación habría alterado el juicio realizado en primera instancia y; por último, casi todos los sujetos procesales optaron por actuar documentación como la que la defensa ahora señala que no debió actuarse por ser repetitiva. Por todo ello, el agravio debe desestimarse.

G. Respecto al valor probatorio de la prueba testimonial

5.16 Esta Sala, como se indicó antes, en aplicación del artículo 425° del CPP, no puede, salvo en casos muy específicos y excepcionales –que no se observan–, alterar el valor probatorio que el Juzgado de Fallo ha dado a las declaraciones testimoniales que se actuaron en intermediación. Por ello, el agravio no puede ser estimado.

H. Respecto al informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR

H.1 Respecto a la supuesta incorporación de un dato falso en relación a la declaración en juicio de Benjamín Puente Záciga

5.17 Con relación a este punto, la defensa técnica de la defendida señala que en la sentencia cuestionada, se ha señalado un hecho falso: “*Testimonio del ciudadano Benjamín Puente Záciga quien indica no conocer a los acusados, en el año 2009 hizo una venta en El Pedregal, lote ocho, Jicamarca por 50 000.00 dólares al acusado Carlos Burgos en una Notaria de San Juan de Lurigancho (...)*”⁵⁹ es decir, el testigo sindicó como comprador de su terreno a

Burgos Horna de forma explícita. Sin embargo, señala la defensa, es un hecho totalmente falso, lo cual se comprobaría de la misma declaración del testigo, de la sesión de fecha 15 de febrero, minuto 16:35. Finalmente, refiere que la verdadera compradora fue la imputada. Solicita se informe al Ministerio Público por presunto prevaricato de los magistrados sentenciadores.

5.18 De la revisión del minuto 16:35 del video de la sesión IV de fecha 15 de febrero de 2017, se aprecia, respecto a la pregunta del señor fiscal: “¿Recuerda, señor Benjamín Puente, a quien le vendió ese terreno?”, que el testigo respondió lo siguiente: *“La verdad la verdad no, porque vino una señorita haciendo la cancelación, una señorita delgada flaca, será para ella, no sé para quién es (...) yo no definí con el dueño con quien compra, sino tan solo con la persona que nos avisó para la compra (...)”*.

5.19 Sin embargo, en el minuto 12:02 de la sesión IV antes mencionada, ante la pregunta del Fiscal: *“Díganos sobre la persona que le dijo para comprarle el terreno, usted hablo rápido, y habló de un lugar donde estaban construyendo”*, el testigo respondió lo siguiente: *“me he enterado algo más serio que era del señor Burgos ese terreno, mientras yo estaba no conocíamos, era un encargado de ese terreno que bajaba para decirme que quería comprarme (...)”*. Con lo cual queda acreditado que el testigo sabía quién era el dueño del terreno del cual aparecían las personas con quien negoció la venta del terreno de su propiedad.

5.20 Por otro lado, en la sentencia no se consigna en ningún momento que el testigo afirmó que vendió su propiedad directamente a Burgos Horna. En la sentencia⁸⁵, se lee: *“Testimonio del ciudadano Benjamín Puente Záciga quien indica no conocer a los acusados, en el año 2009 hizo una venta (...) al acusado Carlos Burgos (...)”*. Si el sentido fuera señalar que el testigo había indicado que la negociación fue con dicho imputado, debería leerse: *“(...) quien indica no conocer a los acusados, y, en el año 2009, haber hecho una venta (...)”*. De la redacción, lo que puede colegirse es que el Juzgado Colegiado estimaba como probado que la venta había sido, en última instancia, en favor del imputado y no de Oviedo Alcázar, no que estaba meramente refiriendo lo que este había señalado. Por todo lo anterior, el agravio debe desestimarse.

85 Ver página 18 de la sentencia.

H.2 Respecto a la falta de valoración del saldo inicial de la imputada incluido en una pericia de parte

5.21 La procesada señala que no se valoró en la pericia contable oficial el saldo inicial para el periodo 2007 con el que contaba, de acuerdo con una pericia de parte. Esto se habría dado en la medida en que no se habrían considerado los valores de sus propiedades muebles e inmuebles, así como ahorros que, señala, habría ido acumulando a partir del año 2000.

5.22 Esta Sala advierte que lo señalado en el presente agravio ya ha sido respondido por el juzgado de primera instancia, que señaló en la sentencia recurrida⁸⁶ que los ingresos previos no eran considerados por estar fuera del periodo de investigación. Cabe añadir, sin embargo, como señaló el Ministerio Público en sus alegatos de cierre del juicio oral, que no tendría ningún sentido considerar parte del saldo inicial de capital disponible para adquisiciones a los bienes no líquidos (como propiedades inmuebles, joyas, o acciones y participaciones sociales). Esto es así porque en la pericia contable se analizan los gastos e ingresos, es decir, el patrimonio en un sentido dinámico. El patrimonio estático, por supuesto, implica riqueza y acumulación de bienes, pero debe ser liquidado para posibilitar una adquisición posterior.

5.23 A ello solo resta agregar, respecto a los supuestos ahorros previos, que estos no se encontraban bancarizados. Tratándose de montos elevados, como los aducidos por la defensa, es muy poco creíble que estos estuvieran a disposición de la imputada en efectivo. Además, cabe señalar que la imputada declaró juradamente no tener ahorros, lo cual también fue valorado en la sentencia recurrida⁸⁷. Por todo ello, el agravio debe ser desestimado.

H.3 Respecto a la transferencia al exterior por S/ 75 780.00

5.24 Otro de los aspectos que señala como agravio la defensa de la acusada Oviedo Alcázar tiene relación con concepto de gastos de bancos que aparece en la página 232 de la pericia contable financiero 001-2016-EC-MR, en la que indica como egreso S/75 780.00 por transferencia al exterior del banco Scotiabank en el 2007. Señala que en juicio se ha precisado que dicha cuenta

86 Ver página 69 de la sentencia.

87 Ver página 67 de la sentencia.

es del Banco del Crédito del Perú y luego en interrogatorio las peritos habrían admitido que la beneficiaria de esa transferencia es la propia acusada Oviedo Alcázar, por lo que no debió constituir egreso alguno.

5.25 Las peritos oficiales han considerado que la acusada, en el 2007, registró como egreso la suma de S/ 137 860.06, correspondiente a los siguientes conceptos:

Año	Canasta Familiar	Gastos en Ctas. Bancos	Otros gastos	Viajes al exterior	Compra de inmuebles	Adquisición de vehículos	Total S/.
2007	17 489.25	87 745.81	11 000.00	2 640.00	4 000.00	14 985.00	137 860.06

5.26 Del cuadro señalado, se tiene que los gastos en cuentas bancarias (Interbank, BBVA Continental, BCP y Scotiabank) suman S/87 745.81, y se señala como concepto de transferencia al exterior Scotiabank la suma de S/ 75 780.00, conforme al cuadro siguiente:

ENTIDADES FINANCIERAS	
Cta. MN 098-00003026218920 Interbank	2 899.54
Cta. MN 011-361-000100016250 BBVA	4 139.83
Cta. ME 011-0361-0200128986 BBVA	330.25
Cta. MN 193-123777160-0-80 BCP	4 596.09
Transferencia al exterior Scotiabank	75 780.00
TOTAL S/	87 745.81

5.27 Al respecto, este Colegiado ha podido observar, y fue actuado en audiencia, el documento “Impreso de solicitud de Transferencia al Exterior”⁸⁸, emitido por el Banco de Crédito del Perú, contenido en el expediente judicial, donde se aprecia claramente que la transferencia de fecha 23 de julio (que hace una de las dos transferencias que suman los S/ 75 780.00). Como reconocieron las peritos oficiales en las absoluciones a las observaciones escritas, las operaciones no fueron realizadas por Scotiabank, sino por el Banco del Crédito del Perú. En dicho documento también se aprecia que la beneficiaria

88 Documento que obra en el tomo 16 a fojas 7699 del expediente judicial.

de la transferencia fue la misma imputada, y el documento lo consigna expresamente. Igualmente, se aprecia que la transferencia se realizó en el año 2012, fuera del periodo de imputación por enriquecimiento ilícito.

5.28 En tal sentido, y ante un error evidente en el informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR, esta Sala tomará este egreso como un egreso/ingreso, sin valor contable alguno, y fuera del periodo de imputación. En tal sentido, el desbalance patrimonial de la imputada deberá reducirse en el valor consignado: si el desbalance que se le imputó, y por el que fue condenada, fue de S/229 541.33, el nuevo monto de desbalance resultante es de S/153 761.33

H.4 Respecto a la transferencia interbancaria por S/ 10 000.00

5.29 En cuanto al supuesto error sobre la transferencia interbancaria del banco Interbank por el monto S/10 003.96 soles de la cuenta moneda nacional 098- 003026218920 de la página 232 del informe pericial contable financiero 001-2016-ECMR, a una cuenta interbancaria de la misma persona acusada Oviedo Alcázar del banco Banbif.

5.30 Con respecto a dicho agravio se debe indicar que en el punto B.2.4 Gastos de bancos del informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR, las peritos señalan que se han efectuado desembolsos por compras y gastos bancarios, por un valor de S/ 1 022 069.88, de lo cual del resumen de gastos de cuentas bancarias de la acusada Oviedo Alcázar, del punto cuenta M.N. 098-003026218920 se detalla lo siguiente:

Cuenta Bancaria	2007	2006	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Cuenta M.N. 098-003026218920	2 899.64	28 245.23	25.85	-	-	-	-	31 170.72

5.31 Del cuadro señalado que forma parte del informe pericial contable financiero 01-2016-EC MR –página 232–, no se aprecia el monto señalado por la defensa de la acusada, por lo que se debe desestimar dicho agravio.

H.5 Respecto a las arras confirmatorias

5.32 Señala la defensa que, en el informe pericial contable financiero 001-2016 ECMR, el pago de arras por USD 16 750.00 realizado el 19 de abril de 2013, fue tratado como ingreso-egreso, es decir, con un valor contable nulo,

cuando debió consistir en un ingreso al tratarse de un incremento patrimonial.

5.33 Esta Sala estima que son de recibo los argumentos del Ministerio Público, que reproducen lo señalado por las peritos: lo que se busca encontrar es el aumento de patrimonio por medio de ingresos. Debe recordarse, sin embargo, que no todo aumento patrimonial constituye un ingreso, sino aquellos que constituyan activos líquidos y de libre disposición para efectuar gastos. En tal sentido, las arras tuvieron un valor contable nulo, lo cual sería revertido en la fecha en la que fueran imputadas al pago del monto acordado para la venta. No es posible utilizar un criterio jurídico para una operación de naturaleza contable sin desvirtuar su naturaleza. En tal sentido, esta Sala rechaza el agravio en cuestión.

H.6 Respecto a la sucesión de operaciones de compra y venta y el lavado de activos

5.34 La defensa de la imputada ha manifestado que en la pericia y en la sentencia se obvió considerar el orden de las operaciones de compra y venta de bienes, que explicarían cómo los ingresos obtenidos por una venta fueron utilizados para realizar una compra.

5.35 Esta Sala debe desestimar el presente agravio por una razón sumamente evidente: el orden en que tienen lugar los ingresos y los egresos no tiene efecto alguno en el resultado de su consolidación. En una operación aritmética de sumas y restas como la que concierne al análisis contable, el orden de los factores no altera el producto. Esto, que debería ser igualmente obvio para la defensa, hace insostenible su argumento respecto del enriquecimiento ilícito.

5.36 Respecto a la aplicación del argumento al lavado de activos, tampoco es de recibo lo planteado por la defensa, en la medida en que la imputación de este delito descansa en el de enriquecimiento ilícito como origen de los fondos ilícitos. De tal forma, las afirmaciones de la defensa respecto de una “evolución económica” constituyen nada más que simples aseveraciones sin contenido ni fuerza argumentativa.

H.7 Respecto a los préstamos de Diana Masamoto Rivas

5.37 La defensa de la recurrente ha manifestado que no se han conside-

rado ingresos por la suma de S/309 519.65, referida a préstamos efectuados por la señora Diana Masamoto Rivas a favor de la imputada, por cuanto, a pesar de estar bancarizados, la prestamista había declarado inicialmente que no había tenido negocios con la imputada.

5.38 Esta Sala observa que la defensa omite mencionar una serie de elementos que llevaron a las peritos oficiales y al Juzgado Penal Colegiado a la conclusión de que no podía ser valorado dicho ingreso. Como está explicado de forma extensa en las absoluciones de las observaciones planteadas por escrito a la pericia⁸⁹, las declaraciones de Diana Masamoto no guardan coherencia documentaria, pues se efectúan en fechas posteriores a las operaciones para las cuales, afirma, fueron realizados los préstamos, cambia la versión en la fecha de presentación de los documentos bancarizados; son realizados con anterioridad de varios meses respecto de los gastos que, se supone, sustentan; no coinciden los montos, etc.

5.39 Todos los argumentos contenidos en la pericia, y que fueron de recibo por el Juzgado Colegiado, generan convicción en esta Sala de que dichos préstamos tampoco pueden ser considerados como ingresos de la recurrente, por lo que el agravio debe desestimarse.

H.8 Respecto a los viajes al exterior de la imputada

5.40 La defensa manifiesta que existirían errores materiales en la página 235 del informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR, en el extremo que se estaría consignando que la imputada estuvo en el extranjero en una fecha en la cual también se le computó un egreso vinculado a un préstamo al banco Interbank.

5.41 La Sala no advierte en la mencionada parte de la pericia ningún error en la consignación de sus entradas y salidas del territorio nacional. Además, dado el común funcionamiento del sistema bancario, es perfectamente normal que los clientes suscriban acuerdos para permitir que los cobros de sus créditos se debiten de las cuentas en las fechas de vencimiento, sin necesidad de la presencia de la titular. Por todo ello, no puede acogerse el presente agravio.

89 Ver páginas 99 a 102 de la absolución de las observaciones al informe pericial contable financiero 001-2016-EC-MR.

I. Respecto a la remisión de copias al Ministerio Público

5.42 La defensa solicita se revoque la sentencia en el extremo en que dispone la remisión de copias al Ministerio Público de parte de los actuados. Esta Sala debe desestimar el agravio, en la medida en que, aunque contenido en el fallo, este extremo de la decisión no involucra ninguna afectación a la situación jurídica de ningún sujeto. La remisión de actuados al Ministerio Público es una decisión que cualquier magistrado puede adoptar, y puede hacerlo mediante decreto, en el entendido de que no existe actuación probatoria alguna relacionada con esta decisión. En todo caso, la realización de diligencias preliminares o actos de investigación corresponden a las funciones del Ministerio Público; por lo que el agravio debe desestimarse.

SEXTO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN REVOCATORIA DE DAVID ELÍAS NESTARES SILVA

A. Respecto del supuesto tratamiento de las declaraciones del imputado como prueba de cargo

6.1 En su recurso escrito, la defensa manifestó que se habrían utilizado en primera instancia las declaraciones del imputado como prueba de cargo en su contra, cuando, en virtud de su naturaleza como medio de defensa y de lo señalado en la Resolución Administrativa N° 310-2014-CE-PJ, esta solo podría usarse como prueba en caso sea una confesión. Ha señalado tres casos en los que esto habría ocurrido: respecto de sus ingresos como regidor, respecto a su declaración de haber percibido más ingresos que los acreditados, y a su manifestación de que adquirió en el 2012 las acciones de la empresa Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC.

6.2 En principio cabe precisar que el uso de la declaración del imputado como un medio de prueba, no puede considerarse *per se* como un agravio, pues el procesado, instruido de los derechos y prerrogativas procesales que le asisten, decide libremente aportar información al proceso, no existe restricción legal alguna para valorar sus dichos a efectos de dar por acreditados algunos ámbitos del objeto procesal. Por lo que, al menos en el plano teórico-procesal, el cuestionamiento planteado carece de sustento.

6.3 Por otro lado, se verifica que en los casos señalados por el recurrente, al menos en el primer y tercer caso, la referencia a la declaración del imputado

es superficial, pues se refieren a situaciones absolutamente públicas: su cargo de regidor y la transferencia de las acciones (la titularidad de la administración se llegó a inscribir en los Registros Públicos). En tal sentido, es evidente que no se ha usado su declaración como prueba de cargo. En el segundo caso, la defensa confunde claramente el razonamiento judicial, en tanto aquí solo se expone que el imputado declaró algo que no fue probado. En este caso, no se usó su declaración como prueba; todo lo contrario, se contrastó su declaración con lo probado, para rechazarla. Por ello, este agravio debe ser desestimado.

B. Respecto al enervamiento de la presunción de inocencia

6.4 Analizada en su conjunto, la imputación del Ministerio Público ha descansado primordialmente sobre los hechos financieros que se encuentran explicados y justificados en la pericia 001-2016-EC-MR. Las declaraciones testimoniales actuadas en primera instancia han servido, en todo caso, para acreditar hechos específicos que, siendo relevantes, no eran el punto central de la imputación. En tal sentido, lo señalado por la defensa de manera tan general, carecería de un efecto real sobre la imputación.

6.5 Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala debe hacer notar que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 425° del CPP, no es competente para dar un valor probatorio distinto a la prueba personal actuada con inmediación en el juicio oral. Al no observarse ninguna de las excepciones previstas en el artículo 425° y en la jurisprudencia vinculante nacional (Casación 003-2007-Moquegua), la convicción probatoria generada en primera instancia respecto de las testimoniales no puede ser enervada aquí de forma tan general, habiéndose actuado, además, con observancia de las reglas y principios procesales de contradicción, igualdad e inmediación.

C. Respecto a la ausencia de un debate pericial en primera instancia

6.6 La defensa del imputado Nestares Silva señaló en su alegado escrito que, al no haberse ordenado el debate pericial regulado en el artículo 181°.2 del CPP, “*resulta de imperiosa necesidad que este debate pericial se deba dar en esta etapa de apelación de sentencia*”⁹⁰. Al respecto, debe manifestarse que la

90 Ver página 23 del recurso de apelación interpuesto por Nestares Silva.

defensa no solicitó la realización de este debate, y que este no puede ser ordenado de oficio en la segunda instancia (como sí en la primera), en atención a las limitaciones en materia de prueba y su admisión en apelación contenidas en el artículo 424° del CPP. En tal sentido, el agravio carece de fundamento.

6.7 Esta Sala también debe pronunciarse sobre lo referido por la defensa del imputado Burgos Horna con relación al debate pericial no realizado en primera instancia. Indica la defensa que el Juzgado Colegiado no señaló en qué momento de la audiencia los peritos *“admitieron y reconocieron que elaboraron sus evaluaciones técnicas en base a información incompleta”*. De ello pretende concluir la nulidad de la sentencia, por una motivación defectuosa.

6.8 Al respecto, esta Sala entiende que la motivación en la sentencia ha sido suficiente al hacer referencia al examen que se hizo de los peritos en primera instancia. Como es evidente, la mención de los momentos exactos hubiera resultado de mayor utilidad para las partes, pero también es cierto que es su responsabilidad el tener presente el contenido de lo actuado durante el juicio oral. No se trata de una referencia genérica a eventos ajenos al proceso, sino al mismo debate en el que participaron todas las partes. Es evidente, a su vez, que cada perito debió manifestarse sobre su propio acceso a la información, por lo que se entiende que la referencia realizada en la sentencia es respecto del examen de cada perito señalado en la parte relevante⁹¹. Por ello, este segundo agravio tampoco encuentra sustento.

6.9 Al margen de lo anterior, esta Sala considera necesario realizar unas breves precisiones sobre la regulación procesal del debate pericial. En primer lugar, la división fundamental que realiza nuestro CPP queda establecida entre el perito oficial, cuyo nombramiento está regulado en el artículo 173°, y el perito de parte, cuyo nombramiento se regula en el artículo 177° y *en respuesta* al nombramiento del perito oficial (señala el código que las partes pueden designar peritos luego de producido el nombramiento del perito oficial).

6.10 Una diferencia crucial entre los peritos oficiales y de parte es que, en aplicación del artículo 180°.1 del CPP, solo habrá un informe pericial oficial, a menos que los peritos nombrados discrepen, caso en el cual, al emitir infor-

91 Ver página 62 de la sentencia.

mes separados, existirán informes periciales discordantes. Es en este caso en el que corresponde la aplicación del artículo 181°.2 del CPP. Ahora bien, en la sentencia⁹², se mencionan las siguientes pericias.

6.11 El dictamen pericial contable N° 157-2014-DIRINCRI/PNP-OFI-PECON, elaborado por encargo de la Fiscalía Provincial Mixta de San Juan de Lurigancho⁹³, durante la etapa de investigación preliminar. El dictamen pericial contable N° 158- 2014-DIRINCRI/PNP-OFIPECON, elaborado por encargo del mismo despacho fiscal en la misma fecha.

6.12 El informe pericial contable N° 053-2013, el cual fue solicitado por la Fiscalía de la Nación al interior de la investigación N° 40-2013⁹⁴, al interior de la etapa de investigación preliminar.

6.13 El informe pericial N° 22-2015-UP-FEDCF-MP, ordenado por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con posterioridad a la formalización y continuación de la investigación preparatoria.

6.14 El artículo 173°.1 del CPP señala, respecto del nombramiento del perito oficial que este es ordenado por “*el juez competente, y, durante la Investigación Preparatoria, el Fiscal o el Juez de Investigación Preparatoria en los casos de prueba anticipada*”. En tal sentido, solo serán peritos oficiales aquellos nombrados durante (o después) de la etapa de investigación preparatoria y no puede entenderse que esta calificación es aplicable a peritos u otros sujetos que intervengan, bajo la dirección del Ministerio Público, en la investigación preliminar.

6.15 Por ello, en el presente caso, la única pericia que, *prima facie*, tendría la apariencia de pericia oficial sería la 022-2015. Esta, sin embargo, fue luego reemplazada por encargo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por lo que, dado que se debe mantener la unidad de la pericia oficial (en atención a lo dispuesto de forma clara por el artículo 180°.1 del CPP), no puede luego considerársele tal.

92 Ver página 62 de la sentencia.

93 Documento obrante a folios 1065 del expediente judicial.

94 Documento obrante a fojas 63 del expediente judicial.

6.16 Tampoco constituye una pericia de parte, pues los peritos que la realizaron fueron nombrados de acuerdo al artículo 173° del CPP, y no por la parte investigada, de acuerdo al artículo 177°. En consecuencia, su participación como prueba ofrecida en el proceso no tiene, desde un punto de vista procesal, el tratamiento de una pericia oficial o de parte, sino que debe ser catalogada como una opinión experta. En todo caso, dado su contenido, la incorporación del informe pericial 022-2015 solo podría haber servido como prueba de descargo, por lo que no se ha generado ningún agravio a los procesados. Por todas las consideraciones anotadas, esta Sala encuentra debidamente motivada la sentencia en este extremo y, sosteniendo el criterio del Juzgado Colegiado, debe desestimar los agravios correspondientes.

D. Sobre la falta de probanza de los elementos típicos del delito de enriquecimiento ilícito

6.17 La defensa, respecto del delito de enriquecimiento ilícito, sostiene que no se habría probado el elemento típico objetivo de incremento patrimonial. Señala que este solo estaría acreditado por la pericia 001-2016-EC-MR, que cuestiona, y que, siendo esta ineficaz como medio de prueba, el cargo no puede enervar la presunción de inocencia. Frente a ello, la Sala ya se ha pronunciado extensamente sobre la pericia mencionada y su valoración. Este extremo del agravio, por ello, debe desestimarse.

6.18 Señala también que no se habría acreditado el vínculo existente entre el incremento patrimonial y el ejercicio del cargo público, en atención a lo dispuesto por el artículo 401° del CP. Esta Sala estima que, de acuerdo al aumento del patrimonio y del gasto del imputado y su manifiesta diferencia con lo que pudo haber percibido en virtud de sus ingresos lícitos (y en consideración de sus declaraciones de bienes y rentas), tal y como señala el tercer párrafo del artículo 401°, nos encontramos ante un “*indicio de enriquecimiento ilícito*”. Por ello, no estamos ante un indicio en sentido estricto pues, como ya se tuvo oportunidad de explicar, este implica la acreditación de un hecho por inferencia a partir de otro. En este caso, de la lectura más estricta de la regulación penal, se desprende que el aumento injustificado del gasto (premisa fáctica del indicio), no lleva a la inferencia de un hecho, *sino de la comisión del delito en su integridad*. Por ello, el agravio debe desestimarse en este extremo.

E. Respecto a la reparación civil solidaria impuesta

6.19 La defensa argumenta que la imposición de la reparación civil con carácter de solidaria trasgrede el principio de proporcionalidad, teniendo en consideración los distintos niveles de enriquecimiento ilícito y de participación en actos de lavado imputados.

6.20 Esta Sala observa que el carácter de solidaria de la reparación civil se encuentra explícitamente reconocido en nuestro sistema penal. En todo caso, el carácter solidario de esta institución descansa en el principio de reparación del daño y en la necesidad de encontrar un mecanismo adecuado para resarcir a la víctima que ha visto mermados los bienes jurídicos que se protegen por medio del derecho penal.

La solidaridad en la reparación civil, que el imputado debe afrontar como parte de las consecuencias de haber incurrido en una actividad delictiva, no es óbice para que, en la vía civil correspondiente, pueda hacer valer la diferente proporción en la responsabilidad por el daño frente a sus coimputados.

F. Respecto de la pericia contable 001-2016-EC-MR

F.1 Respecto a la inexistencia de fundamentación de la metodología empleada en la elaboración de la pericia

6.21 En sus alegatos finales, la defensa técnica de Nestares Silva señaló que en la elaboración del informe pericial contable 001-2016-EC-MR no se consignaron los métodos científicos y técnicos que se utilizaron en dicha elaboración. En concreto, señala el contraste con la pericia 53-2013, actuada también en primera instancia, donde sí se señalarían los métodos utilizados.

6.22 Al respecto, debe mencionarse que, en la pericia materia de debate se señal que utiliza una “*metodología basada en la revisión y análisis de la documentación obrando en autos...*”⁹⁵, mientras que, en la pericia 53-2013, se indica que se emplea “*el método descriptivo de investigación, sustentado en las técnicas de lectura, verificación y constatación de documentos fuentes*”⁹⁶.

6.23 En tal sentido, se aprecia que el método utilizado en ambas pericias es, sustancial y materialmente, el mismo: el análisis de la documentación con

95 Ver punto 3.1.1 del documento.

96 Ver punto C del documento.

significación contable, de la cual se obtienen los valores de ingresos y egresos del periodo materia de investigación. En tal sentido, esta Sala observa un suficiente cumplimiento del requisito contenido en el artículo 178°.1.e) del CPP, por lo que el agravio debe ser desestimado.

F.2 Respecto a la falta de corroboración documentaria para fundamentar el análisis y las conclusiones del examen pericial

6.24 En otro ámbito de su recurso, cuestiona que la pericia haya consignado sumas y conceptos que no tendrían corroboración documentaria. Concretamente, cuestiona los siguientes conceptos señalados en la pericia: i) ingreso por quinta categoría del año 2006 por un monto total de S/2 836.20; ii) ingresos por préstamos de Mibanco en el año 2006 por la suma de S/38 673.21; iii) ingreso por alquiler de vehículos (taxi) en el año 2006 por la suma total de S/27 277.83; y iv) importe de la canasta familiar fijado en el año 2006 en S/12 045.61. En relación a estos montos, el recurrente afirma que en la pericia no se precisa qué documentos le sirven de sustento.

6.25 A fin de absolver este cuestionamiento, corresponde remitirnos al contenido mismo de la pericia, así como los documentos adjuntos (anexos) que lo acompañan. En tal sentido, en relación al ingreso percibido por concepto de quinta categoría por un monto total de S/2 836.20, el recurrente afirma que no se ha precisado el documento del cual se extrae dicha información; sin embargo, este Colegiado verifica que en la propia pericia⁹⁷ se indica la fuente de la cual se extrajo la información sobre esos ingresos, especificando que proviene de la información del Levantamiento del Secreto Bancario, de la Reserva Tributaria y de la Identidad Bursátil, obrante a folios 1760 y 1761, tomo número nueve. Esto es, se verifica que lo alegado por el recurrente en este aspecto carece de sustento.

6.26 Similares consideraciones puede formularse en relación a los otros cuestionamientos, pues, también se ha cuestionado que en relación a los ingresos por alquiler de taxis, préstamos de Mibanco y canasta familiar, todo en el año 2006, no se habría precisado el documento del cual se extrajo dicha información. Sin embargo, verificamos del contenido de la pericia que, en rela-

97 Ver fojas trece mil ochocientos ochenta y uno del expediente judicial.

ción al préstamo de Mibanco se precisa en la pericia que dicha información se extrajo del Levantamiento del Secreto Bancario de la Reserva Tributaria y de la Identidad Bursátil, obrante a folios 8666 y 8684 del tomo cuarenta y cinco.

6.27 Finalmente, también cuestionó que no se haya precisado el sustento documental de los importes de su ingreso por alquiler de taxis en el año 2006, así como el cálculo de su canasta familiar. En relación a estas sumas, si bien en la pericia no se hace referencia a algún documento específico para su cálculo, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los ingresos, los cuales no siempre van a ser posibles de sustentar documentalmente, como es el caso de sus ingresos por alquiler de taxis. En tal sentido, se aprecia que los ingresos que generó esta actividad fueron consignados en la pericia en atención a la información aportada por el investigado, así como los patrones económicos ordinarios que nos indican que para generar ingresos, dicha actividad también tuvo que generar egresos corrientes como es el caso del mantenimiento, guardiania, etc. Razones por las cuales debe desestimarse el agravio en este extremo.

6.28 Por otro lado, el recurrente también cuestionó el cálculo efectuado en la pericia en el año 2007, por considerar que el informe contable no precisa cuáles son los documentos de los cuales extrajo información referida a los siguientes conceptos: i) ingresos por alquiler de vehículos, ii) préstamos de la entidad Scotiabank en moneda nacional y extranjera; y, iii) viajes al extranjero. El análisis de los ingresos por alquiler de taxis fue realizado en el párrafo precedente, por lo que reproducimos dichos argumentos sobre esta cuestión; correspondiendo únicamente ocuparnos de verificar lo referido a los gastos por viajes al extranjero y préstamos de entidades bancarias. En relación a ello apreciamos del contenido de la pericia que la fuente documentaria de dichos montos fue claramente especificada. En efecto, en relación a los préstamos de Scotiabank se precisa que dicha información fue recogida del Levantamiento del Secreto Bancario, de la Reserva Tributaria y de la Identidad Bursátil, específicamente de los folios 5718, tomo XXIX. Similar precisión se realiza en la pericia respecto de los viajes del sentenciado, afirmando que dicha información fue recabada del reporte de Migraciones, documento obrante a folios 1161, tomo VI.

6.29 Como se aprecia, el agravio planteado por el recurrente en este ámbito gira en torno a una exigencia de mayor precisión en relación a las fuentes

documentales que sirvieron para la elaboración de la pericia; exigencia que, tal como se verifica del contenido de la pericia, se ha cumplido en el presente caso. Razones por las que debe desestimarse el agravio planteado por el impugnante.

F.3 Respecto a la valoración de las devoluciones de retenciones tributarias

6.30 Manifiesta la defensa que, en la pericia, se habría omitido incluir como ingresos las devoluciones por retenciones tributarias hechas por SUNAT al imputado, por el monto total de S/7 509.39.

6.31 Ahora bien, sin perjuicio de que esta cantidad es ostensiblemente menor que el valor del enriquecimiento ilícito que se le imputa al procesado, esta Sala, de una revisión de la documentación contenida en la pericia 001-2016-EC-MR, especialmente de las secciones señaladas por la defensa⁹⁸, así como de la documentación fuente remitida por SUNAT⁹⁹, encuentra que no se aprecian allí consignados ninguno de los montos por devolución de retenciones que menciona el imputado. La ausencia de esta documentación se ve confirmada por el hecho de que la defensa, durante la oralización documentaria en segunda instancia, no solicitó la oralización de estas piezas, ni presentó argumentación alguna referida a ellas. Por tanto, el agravio debe ser desestimado.

F.4 Respecto al tipo de cambio utilizado

6.32 En sus alegatos finales, la defensa planteó la pregunta de cuál había sido el tipo de cambio utilizado. Esta Sala nota que el tipo de cambio usado ha quedado explicitado al detalle en la absolución escrita de las observaciones realizadas por los sujetos procesales a la pericia 001-2016-EC-MR¹⁰⁰, donde se detalla el valor utilizado incluso con indicación de la variación diaria del precio del dólar. En tal sentido, no puede ampararse el presente agravio.

F.5 Respecto al cálculo de la canasta familiar

6.33 En audiencia de segunda instancia, la defensa también ha señalado que el cálculo estimado del gasto irrogado por canasta familiar (alimentación, salud, vivienda, etc.) del imputado se ha realizado con base en un porcentaje

98 Ver página 178 y siguientes del informe pericial.

99 Ver folios 1763 del Levantamiento del Secreto Bancario, de la Reserva Tributaria y de la Identidad Bursátil.

100 Ver página 73 y siguientes del informe pericial.

del 40%, habiendo este sido reducido de 47.55%. Señala que un porcentaje más razonable sería de 15.85%. También indica que debe realizarse el cálculo con base en todos sus ingresos, no solo los de cuarta y quinta categoría.

6.34 Al respecto, esta Sala debe señalar diversos puntos. En primer lugar, el gasto mensual por canasta familiar fijado en la pericia oscila entre S/ 1 359 y S/ 1 894, aproximadamente, con un promedio de S/ 1 352¹⁰¹. Este cálculo ha sido realizado con un 40% de gasto por canasta familiar. Por ello, un porcentaje como el que propone la defensa (de 15%) sería ínfimo (S/ 203, aproximadamente) y, dadas las máximas de la experiencia a las que este Tribunal acude, se descarta que un monto tan reducido hubiera podido cubrir las necesidades básicas del sentenciado.

6.35 En segundo lugar, respecto a lo señalado por la defensa, en tanto que el porcentaje no se encuentra justificado, y que la canasta familiar no se cuantifica con base en ingresos sino el costo de los bienes y servicios básicos; corresponde responder que, efectivamente, ello corresponde con la herramienta de medición de situación económica de la canasta básica familiar. En el Informe Técnico de Pobreza Monetaria 2007-2016, elaborado por el INEI, consignado por la defensa, se observan estadísticas del gasto promedio *per cápita* (donde, por cierto, queda desvirtuada también la tesis de que el gasto que se le calculó al imputado por canasta familiar fuera muy elevado).

CUADRO N° 1.2
PERÚ: GASTO REAL PROMEDIO PER CÁPITA MENSUAL, SEGÚN DECILES DE GASTO, 2007-2016
(Soles constantes base=2016 a precios de Lima Metropolitana)

Deciles del gasto	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Variación Porcentual	
											2016/2015	2016/2007
Nacional	576	591	613	633	652	678	691	694	698	712	2,0	23,8
Decil 1	126	132	140	154	166	173	187	193	198	205	3,8	62,8
Decil 2	206	221	230	245	264	276	293	297	303	314	3,6	52,5
Decil 3	275	291	303	324	343	357	372	377	383	394	2,8	43,1
Decil 4	339	362	374	397	417	433	444	449	452	466	3,2	37,6
Decil 5	408	434	447	471	494	511	518	525	527	542	2,8	32,6
Decil 6	485	514	524	553	573	594	604	607	609	626	2,8	29,1
Decil 7	576	611	621	655	670	694	705	709	711	730	2,7	26,8
Decil 8	701	736	757	781	803	830	841	847	847	869	2,6	23,9
Decil 9	915	942	972	993	1010	1049	1068	1073	1073	1095	2,1	19,7
Decil 10	1725	1669	1765	1755	1777	1862	1877	1879	1879	1883	0,2	9,2

Nota: Deciles móviles e independientes para cada año.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares, 2007-2016.

101 Ver página 187 del informe pericial.

6.36 Estas cifras, es cierto, responden a valores monetarios absolutos (no proporcionales). Sin embargo, también es cierto que, dadas las máximas de la experiencia, corroboradas por la metodología empleada en la pericia materia de análisis, el gasto ordinario de una persona crece conforme crecen sus ingresos, pues está dispuesta a adquirir más y mejores bienes y servicios. En tal sentido, el porcentaje asignado arroja una cifra bastante razonable para el gasto mensual de una persona soltera con los ingresos acreditados del imputado Nestares Silva.

6.37 Finalmente, esta Sala observa que, de haberse empleado este porcentaje sobre los ingresos por préstamos bancarios y alquiler de vehículos, se hubiera obtenido una cifra mayor (como la que la defensa señaló en audiencia, de más de S/7 000).

Ahora bien, esta operación no solo arroja un valor demasiado elevado para ser razonable, sino que además implicaría un tratamiento claramente extraño a los préstamos bancarios y otros ingresos, dado que estos no se dedican, normalmente, a los gastos ordinarios de la canasta familiar. Ello, proveniente de las máximas de la experiencia, explica por qué la pericia realizó el cálculo de la forma en que se nos presenta. El agravio, por todo lo antes dicho, debe ser desestimado.

F.6 Respecto a los descuentos en la canasta familiar por viajes al exterior

6.38 Señala la defensa que los peritos omitieron realizar un descuento en el gasto por canasta familiar durante el tiempo en que el imputado Nestares Silva se encontró de viaje fuera del país. Al respecto, esta Sala observa que, efectivamente, no se realizó esa práctica, que resulta necesaria en la medida en que ya se consignan viáticos y alojamiento en los viajes.

6.39 Sin embargo, también es patente que la duración de los viajes fue sumamente breve (alrededor de 4 o 5 días), salvo por un viaje de 17 días. En tal sentido, esta Sala considera probada la omisión de las peritos, pero esta no puede ser tomada por significativa para el monto final de desbalance que arroja la pericia, pues los descuentos (considerando el gasto por canasta familiar de cada año) serían de, aproximadamente S/2 000 por todos los viajes, y la imputación fiscal se realizó con relación a un desbalance imputado de S/ 52 463.81.

F.7 Respecto al cálculo de ingresos por alquiler de inmuebles

6.40 La defensa del imputado Nestares Silva también ha señalado que el cálculo de los ingresos de este procesado por el alquiler de sus viviendas es erróneo y poco preciso, por cuanto no se precisa qué vivienda, cuántos inquilinos, departamento o ambientes se alquilaban. Esta Sala observa que, como está consignado en la pericia¹⁰², las peritos contaron con las declaraciones de ingresos del propio investigado por dichos alquileres. En tal sentido, las precisiones que reclama el investigado ahora (que no fueron planteadas en las observaciones escritas o en audiencia de primera instancia), son, igualmente, carentes de consecuencia. El monto final de ingresos por este tipo de rentas fue tomado directamente del levantamiento de su secreto tributario, por lo que precisiones de esta naturaleza son innecesarias. En consecuencia, este agravio también se desestima.

F.8 Respecto al cálculo de ingresos por alquiler de vehículos

6.41 El recurrente Nestares Silva señala que no debió consignarse el rendimiento de sus vehículos en alquiler para servicio de taxi en veintiséis días al mes, sino treinta; y que no se acredita con indicios los gastos en guardianía y mantenimiento.

6.42 En tal sentido, debe señalarse que, dado que el servicio de taxi y movilidad implica el ejercicio de trabajo, no pueden consignarse los treinta días del mes como si se trabajara a tiempo completo sin descanso todos los días. Cualquiera que alquile el vehículo debe descansar, ello nos lo dice las máximas de la experiencia. Además, el gasto por guardianía y mantenimiento, aunque no existen formas de acreditarlos de manera fehaciente, son gastos inherentes al ejercicio de la actividad descrita, y han sido fijados en montos que este tribunal, de acuerdo con las máximas de experiencia respecto de los vehículos motorizados, estima razonables. Por tanto, debe desestimarse el agravio planteado.

F.9 Respecto a la venta de la van Mitsubishi Rosa

6.43 Ha indicado la defensa de Nestares Silva que, dado que las peritos no consignaron el valor contable de la venta del vehículo Mitsubishi Rosa, este

102 Ver página 179 del informe pericial.

debió ser considerado para el cálculo de ingresos por alquiler antes y después de la mencionada transacción.

6.44 Al respecto, basta analizar la valoración que realizan las peritos de la operación para determinar que estas, tal y como se hizo en las operaciones descritas en puntos previos, no sostuvieron que la *transferencia del vehículo* en cuestión no hubiera tenido lugar sino que no le asignaron *valor contable*. En tal sentido, las peritos ni siquiera se encuentran en una posición de acceso a información respecto a si el vehículo (o, en esa línea, ningún bien) fue efectivamente transferido, pero sí cuentan con herramientas para determinar que el pago de dinero (que representa el valor contable de la operación) no se realizó. Si a ello sumamos que los ingresos por alquiler de vehículos provienen de las declaraciones del imputado de que realizaba alquileres para servicios de taxi y movilidad, se hace evidente que este agravio debe ser también desestimado.

F.10 Respecto a errores aritméticos en los cálculos de la pericia

6.45 La defensa ha hecho mención de lo que consigna como errores de cálculo existentes a lo largo de la pericia contable. Los que señala con vinculación al alquiler de viviendas ya han sido respondidos previamente. Respecto de las ganancias por alquiler de vehículos, la Sala debe recordar que el inicio de la facturación fue fijado por las peritos en atención a los permisos emitidos por SETAME¹⁰³ y ello justifica la variación en los montos consignados.

6.46 Señala también que existió una suma defectuosa en los montos de los gastos por tarjetas de crédito. Al respecto, esta Sala verifica un error en dicha sumatoria. El resultado consignado fue de S/39 498.59, cuando debió ser, como señala la misma defensa, de S/36 797.51. La diferencia, sin embargo, es de aproximadamente S/2 700. Ello, sumado a la omisión de descuento de canasta familiar por viajes al extranjero arroja una diferencia de menos del 10% entre el valor del monto señalado y el valor real luego de correcciones.

6.47 La defensa también indica que se consignaron los préstamos en épocas posteriores, pero de una simple revisión de la pericia, fluye que se consignaron en su fecha de vencimiento. Esto, por lo tanto, no constituye un error,

103 Ver página 174 del informe pericial.

sino en todo caso una decisión basada en la técnica contable que debió ser materia de observación o examen por parte de los sujetos involucrados. Esta Sala, al no advertir un error manifiesto o confusión en ello, no puede tampoco erigirse en auditor contable de esta aplicación del método (que no parece irrazonable). En todo caso, es necesario anotar que, dado que se trata de un balance general de todos los periodos, el orden específico en que los ingresos se hayan consignado u obtenido no afecta el resultado aritmético de la suma y resta.

6.48 Finalmente, la Sala advierte que la defensa hace mención de diversas circunstancias que llama, de forma ligera, “errores de cálculo”. Estos no son más que la multiplicación de las cifras de dólares con el valor aproximado del tipo de cambio (que figura en los cuadros) y no con el valor real (diferente por una o dos centésimas). La Sala, por tanto, debe desestimar este extremo del agravio.

G. Respecto a la imposición de costas

6.49 Finalmente, el sentenciado Nestares Silva postuló como agravio, el hecho de que se le haya condenado al pago de costas, sin tener en consideración la forma responsable en que ha actuado su defensa durante el proceso, sin incurrir en conductas dilatorias o perjudiciales para el proceso. A decir del impugnante, tales hechos no habrían sido tomados en cuenta, como tampoco se habría considerado la excepción contenida en el artículo 497°.3 del CPP.

6.50 El análisis de este agravio, exige de parte de este Colegiado una revisión exhaustiva de la fundamentación que sobre las costas procesales, ha emitido el Colegiado. En tal sentido, se verifica de la resolución recurrida¹⁰⁴ que el órgano colegiado impuso el pago de costas teniendo como criterios: i) los delitos juzgados, ii) la modalidad empleada, iii) el carácter de delito continuado, y iv) el hecho de que el imputado Nestares Silva haya resultado vencido en juicio.

6.51 Precisado lo anterior, corresponde acotar que la imposición de costas se encuentra establecida en el CPP como una regla, en caso la sentencia sea condenatoria; no obstante, también es cierto que el artículo 497°.3 del

¹⁰⁴ Ver página 111 de la sentencia.

mismo cuerpo legal prevé una excepción, en mérito de la cual el juzgador puede eximir del pago de costas al vencido en el proceso. La aplicación de esta excepción es reclamada por el impugnante, quien sostiene no haber realizado conductas dilatorias ni perjudiciales para el proceso.

6.52 En ese contexto, apreciamos que la excepción prevista en el inciso 3, artículo 497° del CPP se encuentra condicionada a que el juzgador aprecie que el vencido en el proceso tuvo *serias y fundadas razones para intervenir en el proceso*. En el presente caso no se aprecia la concurrencia de estas circunstancias excepcionales que permitan una aplicación, también excepcional, de la exoneración del pago de costas.

Si bien el impugnante alegó no haber realizado actos dilatorios o perjudiciales para el proceso, verificamos que dicha circunstancia no es factor determinante para decidir la imposición del pago de costas, por lo que, tampoco puede considerarse un criterio válido para exonerar al vencido en este proceso, el condenado Nestares Silva, del pago de las costas procesales. Razones por las cuales corresponde confirmar este extremo de la sentencia.

SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN REVOCATORIA DE LOS TERCEROS AFECTADOS CON EL DECOMISO.

A. Apelaciones de las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga SA, Los Emprendedores de San Juan SAC, y Asesoría, Consultoría y Formación Integral SAC

7.1 Además de las partes procesales, la sentencia también fue recurrida por terceros, como es el caso de las personas jurídicas Publicidad y Servicios Generales Boga SA, Los Emprendedores de San Juan SAC, Asesoría, Consultoría y Formación Integral SAC, Grupo Jezzy SAC, así como la persona de Luis Rafael García Carcelén. Estos entes colectivos, así como la persona de García Carcelén impugnaron la sentencia en el extremo que ordena el decomiso de bienes.

7.2 Del análisis de las apelaciones interpuestas se verifica que las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga SA, Los Emprendedores de San Juan SAC y Asesoría, Consultoría y Formación Integral SAC, participan de una argumentación común en relación a los agravios que, afirman, les causa

la sentencia impugnada. En tal sentido, esta Sala opta por realizar un análisis conjunto de dichas apelaciones, a fin de evitar la reproducción textual de argumentos a lo largo de la fundamentación.

7.3 En ese orden de ideas, se aprecia que son dos los cuestionamientos centrales que reproducen los recursos presentados por estas empresas, quienes tienen la calidad de terceros en el proceso. El primer agravio se refiere a la afectación de sus derechos al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho de defensa, dado que no fueron incluidas por el Ministerio Público como parte pasiva del proceso y, por tanto, no pudieron ejercer su defensa en relación a la pretensión de decomiso que el Ministerio Público planteó en su requerimiento acusatorio. El segundo cuestionamiento común consiste en que, al fundamentar la sentencia, el Juzgado Colegiado habría incurrido en motivación aparente o inexistencia de motivación, contraviniendo así la garantía constitucional de recibir de los órganos jurisdiccionales resoluciones debidamente motivadas. Con base en estos dos cuestionamientos, los recurrentes solicitan se declare la nulidad absoluta de la sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 150° del CPP.

7.4 En tal sentido, corresponde analizar el primer agravio, referido a que las empresas recurrentes no fueron incluidas como parte pasiva del proceso y, por tanto, no pudieron ejercer su defensa en relación a la pretensión de decomiso. En este dominio cabe precisar que la participación de la persona jurídica en el marco del proceso penal se encuentra reglada por los artículos 90° y siguientes del CPP. En estas normas, se delinean los parámetros generales que debe observar la persona jurídica para intervenir en el proceso penal, con derechos análogos a los reconocidos a favor del imputado.

7.5 Asimismo, se precisa en el artículo 90° que su incorporación al proceso se encuentra supeditada a que la persona jurídica pueda ser eventualmente pasible de las medidas previstas en los artículos 104° y 105° del CP, referidos a la privación de beneficios de la persona jurídica y las consecuencias accesorias, respectivamente. En tal sentido, apreciamos que la decisión de incluir a una persona jurídica como parte pasiva del proceso, por expreso mandamiento legal, únicamente procede cuando se solicita contra el ente colectivo algunas de las consecuencias jurídicas previstas en los artículos 104° y 105° del CP. Esta premisa normativa fue desarrollada por la Corte Suprema, la cual,

a través del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116¹⁰⁵, estableció jurisprudencia vinculante afirmando que el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal, exige la *conurrencia de un presupuesto esencial* que no es otro que la aplicación potencial sobre el ente colectivo, de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104° y 105° del CP.

7.6 Por tanto, la decisión judicial de incluir a una persona jurídica en el proceso penal se encuentra legislativamente regulada, es decir, no es una decisión libre del juzgador. En tal sentido, la decisión asumida en el presente caso de no incluir al proceso a las empresas mencionadas, constituye una decisión judicial arreglada a derecho. Es obvio que, de haberse requerido alguna de estas consecuencias jurídicas, la inclusión de la persona jurídica al proceso penal se impone como una necesidad en salvaguarda de su derecho de defensa; y que, de no haberse realizado de ese modo, la nulidad sería inminente.

7.7 Sin embargo, los hechos del presente caso son otros, pues la única pretensión formulada por el órgano fiscal fue la de decomiso, prevista en el artículo 102° del CP, la misma que fue formulada, como corresponde, en el requerimiento acusatorio. Esta circunstancia permite afirmar que el decomiso que afectó bienes de las empresas recurrentes no es distinto al decomiso que podría haber afectado bienes de titularidad de otras personas naturales, quienes no por ello podrían exigir, como lo hacen los impugnantes, su inclusión formal como partes pasivas del proceso. Al menos en la legislación nacional no existe un mecanismo procesal que permita una participación activa en el proceso penal de todas las personas individuales o colectivas que eventualmente pudieran verse perjudicadas por el decomiso de bienes.

7.8 En suma, las reglas procesales que invocan los recurrentes en relación a la participación de la persona jurídica en un proceso penal no son aplicables al presente caso, pues dichos mecanismos procesales se orientan a cautelar los derechos y garantías de la persona jurídica, cuando contra esta se requieren consecuencias jurídicas distintas al decomiso. En el caso de esta última medida de naturaleza real, la única exigencia es acreditar objetivamente que el bien o activo constituya un instrumento, efecto o ganancia del delito. Exigencia

105 Fj. 21°.

que, a criterio de este Colegiado, se ha cumplido en la sentencia cuestionada.

7.9 El segundo agravio que ameritaría la nulidad de la sentencia, a decir de los recurrentes, lo constituye la deficiente motivación del decomiso expuesta por el Juzgado Colegiado. A fin de analizar este agravio cabe precisar que en la sentencia¹⁰⁶, se analizó y valoró lo concerniente al decomiso de bienes, entre otros, de las empresas recurrentes. En dicha fundamentación se aprecia que el Juzgado Colegiado desarrolló la vinculación que existe entre la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga SA y el sentenciado Burgos Horna, así como la procedencia de los activos utilizados con que la citada empresa adquirió los bienes de su propiedad, concluyendo que los activos empleados son efectos del delito de enriquecimiento ilícito cometido por Burgos Horna. Similar análisis se realiza respecto de la empresa Emprendedores de San Juan SAC y Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC, concluyendo por su vinculación con los sentenciados Burgos Horna y Oviedo Alcázar, respectivamente.

7.10 Estas premisas fueron valoradas por el juzgado, al punto de concluir que todos los bienes cuyo decomiso se pretende guardan vinculación directa con los sentenciados en la presente causa. Incluso, se aprecia que al analizar la vinculación delictiva de los bienes decomisados, el juzgado precisó el periodo de tiempo en que se realizaron las operaciones económicas para adquirirlos, los montos pagados y la situación patrimonial general de las sentenciados, concluyendo 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 Asesoría Consultoría & Formación Integral a su coimputado Nestares Silva).

7.11 En suma, se verifica que las supuestas *omisiones* en que habría incurrido el Juzgado Colegiado, no son tales; antes bien, se aprecia que los cuestionamientos de los impugnantes surgen por su disconformidad con el sentido y extensión de los argumentos expuestos en la resolución recurrida. Sin embargo, estas expectativas de motivación no pueden sustentar una nulidad

106 Ver páginas 92 a 108 de la mencionada sentencia.

absoluta, como lo reclaman los impugnantes. Más aún, si se tiene en cuenta lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en esta materia, en el sentido que *“la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...)”*¹⁰⁷

7.12 Con base en tales consideraciones, concluimos que los agravios invocados por las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga SA, Los Emprendedores de San Juan SAC, y Asesoría Consultoría & Formación Integral SAC no pueden considerarse causal de nulidad absoluta, como lo han invocado, siendo del caso confirmar la sentencia en dicho extremo.

B. Apelaciones de Grupo Jezzy SAC y Luis García Carcelén

7.13 En similar sentido, las apelaciones interpuestas por la persona jurídica Grupo Jezzy SAC y Luis Rafael García Carcelén recurren a similares argumentos para fundamentar sus pretensiones. En efecto, ambas apelaciones se sustentan en dos argumentos centrales, que son los siguientes: i) que los bienes decomisados no guardan relación alguna con los supuestos efectos del delito por el que Oviedo Alcázar fue condenada, además que la recurrida no habría considerado que la procedencia lícita de los bienes decomisados se encuentran justificada; y, ii) que el decomiso solo procede respecto de bienes que puedan causar peligro o ser empleados en la futura comisión de delitos, lo que no sucede en el presente caso.

Adicionalmente, el impugnante García Carcelén afirma que el Juzgado Colegiado ordenó el decomiso de un vehículo, sin considerar que dicho bien no es uno propio sino que pertenece a la sociedad conyugal conformada por la sentenciada Oviedo Alcázar y Luis Rafael García Carcelén. Con base en tales fundamentos, ambos recursos concluyen solicitando la revocatoria de la sentencia en dicho extremo.

7.14 Preciado ello, corresponde analizar el primer argumento de los recursos, referido a que los bienes decomisados no tendrían relación con el

107 Exp. N°01014-2011-PHC/TC-Tacna (resaltado agregado).

delito por el que fue condenada Oviedo Alcázar. En relación a ello, cabe precisar que la vinculación entre los bienes decomisados y los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos ha sido fundamentada y desarrollada en la sentencia impugnada. En efecto, de acuerdo a lo declarado en la referida sentencia, los vehículos decomisados, así como las acciones de la empresa Grupo Jezzy SAC, constituyen efectos del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, objeto del delito de lavado de activos. Es decir, contrario a lo que sostienen los apelantes, en la sentencia impugnada se ha determinado una doble vinculación de los bienes decomisados con los ilícitos juzgados y acreditados a nivel de segunda instancia.

7.15 El segundo cuestionamiento del que participan ambos impugnantes consiste en que no debió ordenarse el decomiso de los vehículos ni las acciones, pues esta medida exige que el bien a decomisar suponga algún peligro objetivo o entrañe la posibilidad de ser empleado en futuros delitos, lo que no sucede con los bienes en cuestión. Al respecto, cabe afirmar que lo alegado por los impugnantes es parcialmente correcto, pues, efectivamente, la peligrosidad objetiva es uno de los fundamentos por los cuales puede ordenarse el decomiso; sin embargo, no es el único. En efecto, además de los supuestos de peligrosidad objetiva a los que se han referido, existen otros supuestos en los que la ley también faculta al juez penal a decomisar bienes: por ejemplo, cuando se trate de efectos o ganancias del delito. En el caso de estas últimas, al tratarse generalmente de activos líquidos, es lógico que estos no entrañen un peligro objetivo; sin embargo, también son bienes decomisables, pues otro de los fundamentos del decomiso consiste en “*la no tolerancia por parte del ordenamiento jurídico del enriquecimiento ilícito a través del delito por parte de sus agentes o eventuales terceros*, o también la no permisión de una situación de antijuridicidad patrimonial creada por el delito”¹⁰⁸.

7.16 Finalmente, se tiene el argumento de Luis Rafael García Carcelén, en el sentido que erróneamente se habría decomisado un bien de la sociedad conyugal conformada por el impugnante y la sentenciada Oviedo Alcázar. Al respecto cabe precisar que por el decomiso la ley penal autoriza la perse-

108 GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS ALADINO. *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*. Ideas, Lima, 2015, p.41.

cución de los bienes que constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, siendo el único límite a la persecución que el bien, siendo efecto o ganancia del delito, se haya transferido a tercero de buena fe y a título oneroso.

7.17 En el presente caso, se verifica que la sentencia de primera instancia ha concluido que el vehículo en cuestión constituye un efecto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por Oviedo Alcázar, y a la fecha dicho bien no ha sido transferido a tercero de buena fe a título oneroso. En efecto, lo único que sucedió con el citado vehículo es que al ser adquirido por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, pasó a ser un bien social; sin embargo, la ficción jurídica que supone el nacimiento de una sociedad de gananciales no puede legitimar o convalidar el enriquecimiento de alguno o ambos cónyuges por causa de un delito, y menos, el asentamiento de un patrimonio social autónomo de origen puramente delictivo. En la normativa civil no existe regla alguna que así lo autorice, como tampoco en la regulación penal se prevé, como límite del decomiso, la inclusión de un bien en una sociedad de gananciales. Esta regulación es coherente con la naturaleza real del decomiso, que persigue bienes con el único límite de que estos se hayan transferido a un tercero de buena fe y a título oneroso.

7.18 Por otro lado, se tiene en cuenta que, si bien se celebró una transferencia del vehículo entre la sentenciada Oviedo Alcázar y su cónyuge Luis García Carcelén, dicho acto jurídico se llevó a cabo al margen de la ley, pues la propia regulación civil en su artículo 312° establece una prohibición para los cónyuges de celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, por lo que el comprador (en este caso, García Carcelén) no puede ser catalogado como un adquirente *de buena fe*. En tal sentido, antes que representar un hecho que favorezca o respalde la pretensión del impugnante, a criterio de este Colegiado, la transferencia realizada no hace sino mostrar la finalidad real con que se realizaron estas maniobras o actos simulados, que no era otra que la de alejar los activos de su origen delictivo. Ello se ha visto reflejado en la sentencia que condena a Oviedo Alcázar por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

7.19 En suma, analizados cada uno de los argumentos de los impugnantes, se verifica que estos no tienen mérito alguno para revocar la decisión judicial de primera instancia, en el extremo que ordena el decomiso de los

siguientes bienes de la empresa Grupo Jezzy SAC.: i) una camioneta Kia, modelo Sorento, de placa de rodaje RQS-681; y, ii) las 28 000.00 acciones correspondientes al Grupo Jezzy SAC; así como el decomiso de la camioneta Nissan, modelo Pathfinder de placa de rodaje C2O-593, por el cual ha recurrido la persona de García Carcelén.

OCTAVO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN REVOCATORIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CUANTO A LA FIJACIÓN DE LA PENA.

A. Sobre las pretensiones del Ministerio Público.

8.1 Como ya se estableció en líneas precedentes, el Ministerio Público también formuló pretensiones impugnatorias a nivel de segunda instancia. Concretamente, solicitó la revocatoria de la sentencia materia de grado, en los extremos del *quantum* de pena privativa de libertad impuesta a Burgos Horna por el delito de lavado de activos y la pena de multa impuesta al sentenciado Nestares Silva.

A.1 Respecto de la pena privativa de la libertad impuesta a Burgos Horna por el delito de lavado de activos

8.2 En el primer ámbito de su apelación, el Ministerio Público cuestiona que se haya impuesto a Burgos Horna la pena privativa de libertad de ocho años por la comisión del delito de lavado de activos en calidad de autor. Afirma que dicha decisión judicial le causa agravio, dado que en el caso de Burgos Horna concurre la única atenuante de carencia de antecedentes penales y no concurren circunstancias de agravación, por lo que la pena debió determinarse dentro del tercio inferior, es decir, dentro del marco punitivo de ocho años a diez años y cuatro meses, debiéndose fijar la pena concreta en diez años, conforme fue solicitado mediante requerimiento acusatorio. Sin embargo, la sentencia impugnada fijó una pena mínima de ocho años, sin valorar los principios de proporcionalidad, lesividad, así como la trascendencia constitucional del bien jurídico protegido.

8.3 A fin de dilucidar este aspecto, corresponde precisar que, para individualizar las penas en este caso, la sentencia recurrida aplicó el *sistema de tercios* previsto en el artículo 45°-A del CP, respecto del cual este Colegiado se ha decantado por su aplicación, sea que se le considere de naturaleza procesal o

sustantiva. Siendo así, verificamos que las reglas de determinación de la pena que prevé esta norma fueron aplicadas en la sentencia impugnada, al punto que, luego de identificar la pena concreta por el delito de lavado de activos entre ocho y quince años, el Juzgado Colegiado se ubicó en el *primer tercio* o *tercio inferior*, fijando la pena concreta en ocho años. Siendo así, se aprecia que la decisión asumida por el Juzgado Colegiado se emitió en el marco de los parámetros legales establecidos por el artículo 45°-A del CP, por lo que dicha actuación judicial no causaría agravio alguno al impugnante.

8.4 No obstante, el cuestionamiento concreto del impugnante consiste en que, una vez ubicados en el tercio inferior, el Juzgado de Fallo debió fijar la pena concreta de diez años. Al respecto, cabe señalar que no existe disposición legal alguna que obligue al juzgador a fijar un *quantum* punitivo específico, como lo pretende el Ministerio Público. En efecto, el procedimiento de determinación de la pena (cuando concurren solo circunstancias genéricas) se encuentra parcialmente regulado, pues en virtud de sus reglas se ubica al juzgador en alguno de los tercios (inferior, medio y superior), dependiendo de la concurrencia de las circunstancias de agravación y/o atenuación. Una vez ubicado en el *tercio* que corresponde, se agotan los parámetros legales y se da paso al *criterio discrecional* del juez, a quien le corresponde valorar las circunstancias concurrentes al caso, y, a partir de dicho proceso estrictamente valorativo, decidir en qué punto del espacio punitivo delimitado por la ley, ubicar la pena concreta¹⁰⁹.

8.5 Sin perjuicio de ello, cabe acotar que existen en la doctrina nacional¹¹⁰ opiniones que aconsejan un proceso de determinación de la pena más estricto, al punto de asignarle un valor en tiempo a cada circunstancia y a partir de su acumulación aproximarnos a los extremos mínimo y máximo del tercio en

109 NEIRA PALACIOS, ADALGIZA; afirma que “Puede así concluirse que la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena es necesaria, pero requiere control, inicialmente desde el mismo legislador que señala los parámetros para su aplicación. A partir de éstos, al juez corresponde, con sujeción a dichas reglas y principios, efectuar la individualización de la pena en un ejercicio consciente de su discrecionalidad, que le permita determinarla dentro de los márgenes máximos y mínimos” (En *Principio de legalidad y arbitrio judicial en la determinación de la pena*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 92).

110 PRADO SILDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, 2016, p. 257.

el que estemos ubicado; tal parece ser el razonamiento que sustenta la pretensión impugnatoria del Ministerio Público. Al respecto, este Colegiado debe precisar que si bien dicho mecanismo imprime cierto grado de racionalidad al proceso de dosimetría de la pena, deja de lado el carácter eminentemente valorativo de dicho proceso, priorizando la cuantificación de circunstancias.

8.6 En ese orden de ideas, este Tribunal considera que una aplicación más orientada a la determinación de una pena justa exige la conservación de un mínimo *arbitrio discrecional* del juez para fijar la pena concreta dentro del espacio punitivo que corresponda a alguno de los *tercios*, siempre bajo la garantía de la debida motivación. La razón que emerge descansa en el hecho de que, antes que cuantificarse las circunstancias, estas deben ser valoradas en función de su grado de incidencia en la culpabilidad del autor, y solo de una valoración conjunta de todas ellas, analizadas en su materialidad, podemos fijar la pena concreta a imponer. Mayor sustento asume esta afirmación, si consideramos que de asignarle un valor en tiempo a cada agravante, únicamente podría aplicarse la pena mínima del *tercio inferior* o la máxima del *tercio superior* cuando concurren las ocho atenuantes o las catorce agravantes, respectivamente; convirtiendo de este modo en una quimera la aplicación de los extremos mínimo y máximo de pena. Este hecho incluso resulta contrario a la voluntad del legislador, quien habilita al juez para que este pueda transitar el espacio punitivo abstracto fijado por aquel, con el único límite de actuar con criterio objetivo, expuesto en el fallo, y orientación hacia una pena justa.

8.7 En suma, concluimos que el presunto agravio denunciado por el Ministerio Público no es tal, pues la pena impuesta al acusado Burgos Horna por el delito de lavado de activos, fijada en ocho años, es una pena legal y proporcional a los hechos del caso y demás circunstancias concurrentes. Por lo que su propuesta de aplicar una pena mayor con base en esquemas operativos desarrollados por la doctrina, debe ser desestimada. Mucho más, si de la aplicación de estos esquemas resulta una pena mayor a la que hubiera resultado de la aplicación del criterio judicial, sin la vigencia del sistema de tercios; donde se tenía como una constante jurisprudencial la aplicación de penas mínimas a los denominados agentes primarios.

8.8 Por otro lado, en relación a los principios de proporcionalidad, lesividad y la trascendencia constitucional del bien jurídico protegido, como pará-

metros para dosificar la pena, este Colegiado precisa que si bien el principio de proporcionalidad acompaña e informa todo el proceso de individualización de la pena, hasta la imposición de la pena concreta, el principio de lesividad y la relevancia constitucional del bien jurídico tutelado, son ámbitos ya valorados por el legislador al fijar el marco punitivo abstracto. En tal sentido, su relevancia a nivel de individualización de la pena se encuentra mediatizada; y aún más bajo las reglas que establece el sistema de tercios recogido en el artículo 45°-A del CP.

8.9 Con base en los argumentos precedentes, concluimos que lo alegado por el Ministerio Público para sustentar su pretensión impugnatoria no constituye argumentación válida para reformar la decisión de primera instancia y acercarnos al límite máximo del tercio inferior. Por ello, será del caso confirmar el extremo de la sentencia que impone a Burgos Horna la pena privativa de libertad de ocho años por la comisión, en calidad de autor, del delito de lavado de activos.

A.2 Respecto de la pena de multa impuesta a Nestares Silva por el delito de Lavado de activos

8.10 En el segundo ámbito de su apelación, el Ministerio Público cuestionó la pena impuesta al sentenciado Nestares Silva. Concretamente, impugna el extremo de la sentencia que le impone doscientos días-multa por un monto total de S/1 250.00, tomando como criterio para fijar el importe de cada día-multa la *remuneración mínima vital*. Al fundamentar su recurso, el representante fiscal cuestionó que los días-multa impuestos se hayan calculado con base en el sueldo mínimo vital, y en el monto de S/2 511.00 que percibía como ingreso mensual en su condición de regidor de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho.

8.11. Al respecto, se verifica que en la sentencia recurrida, efectivamente, el Juzgado Colegiado optó por calcular el importe de cada día-multa con base en el ingreso que el acusado percibía al momento de consumar el delito, para lo cual, tomó como referencia el sueldo mínimo vital, llegando al cálculo de mil doscientos cincuenta soles (S/1 250.00) por concepto de multa. Sobre esta cuestión, cabe afirmar que de acuerdo a los artículos 41° y siguientes del CP, la multa constituye una pena de naturaleza pecuniaria cuyo valor se fija tomando en cuenta el ingreso promedio diario del condenado y se determina

atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

8.12 En ese orden de ideas, lo primero que cabe acotar es que los ingresos que servirán para fijar el importe de cada día-multa son los que correspondían al sentenciado al momento de cometer el ilícito penal, y no, los ingresos que eventualmente pudiera este percibir una vez que se ejecute la pena impuesta en su contra. Este sentido interpretativo se condice con lo preceptuado por el CP cuando otorga a un condenado un breve plazo para el pago de la pena de multa. En tal sentido, para determinar el nivel de ingresos del sentenciado Nestares Silva al momento de cometer el ilícito penal de lavado de activos, se debe considerar que por entonces se desempeñaba como regidor de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, percibiendo por dicha labor la suma mensual de S/2 511.00; tal como se acredita de la información por remuneraciones de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho¹¹¹.

8.13 En ese orden de ideas, se verifica que el cuestionamiento del impugnante es válido, pues en la sentencia recurrida, pese a haberlo anunciado así, no se tomó en cuenta el monto real de los ingresos del sentenciado, sino el monto legal fijado para la remuneración mínima vital. En tal sentido, concluimos que el agravio en este ámbito es fundado y resulta necesario redefinir el importe de cada día-multa, para lo cual debe tomarse en cuenta el ingreso mensual de S/2 511.00.

8.14 Sin embargo, con carácter previo, el Colegiado estima necesario realizar un control de legalidad de las penas distintas a la privación de la libertad que se han impuesto, no solo a Nestares Silva, sino también a sus co-procesados Burgos Horna y Oviedo Alcázar. En efecto, al analizar el recurso impugnatorio de la Fiscalía se han advertido una serie de inconsistencias y desproporciones en la aplicación de la pena de multa.

8.15 En consecuencia, en este extremo la impugnación del Ministerio Público debe ampararse, en cuanto que los días-multa deben calcularse sobre la base del ingreso mensual del sentenciado Nestares Silva, ascendente a S/2 511.00 al momento de cometer el ilícito de lavado de activos; sin embargo,

111 Ver folios 19695-20562 del expediente judicial.

deberá estar al *quantum* que establezca este Tribunal, en función al control de legalidad de dicha pena.

NOVENO: ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN REVOCATORIA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN.

9.1 La Procuraduría cuestiona la sentencia solamente en lo relativo al monto de la reparación civil, pues considera que el monto de quinientos mil soles fijado por el órgano jurisdiccional de primera instancia no tiene equivalencia con el daño causado y no se ha justificado la forma como se llega a dicha suma, por lo que debería revocarse este extremo y fijarse el monto de treinta millones doscientos veintidós mil cuatrocientos treinta y seis soles con noventa y cuatro céntimos (S/ 30 22 436.94) conforme a su pretensión.

9.2 La defensa de los imputados, específicamente de Burgos Horna y Oviedo Alcázar, no han cuestionado estos argumentos, porque su pretensión es de absolucón; mientras que el abogado de Nestares Silva, lo hace cuestionando la conclusiones a la que llega la pericia en función de la metodología y cálculo, temas que ya han sido objeto de análisis. Tanto la imputada Oviedo Alcázar como Nestares Silva se han manifestado respecto del carácter solidario de la reparación impuesta, argumentando que, en aplicación del principio de proporcionalidad, no se justifica dicha naturaleza.

9.3 Al respecto, corresponde previamente señalar que la sentencia cumple con lo prescrito por el artículo 92° del CP, al haber fijado un monto por concepto de reparación civil¹¹², el cual debe determinarse conjuntamente con la pena, es decir una vez determinada la responsabilidad penal. Ello porque en todo proceso penal, existe una acumulación heterogénea de procesos – penal y civil–, con fundamento en la economía procesal, que da lugar a un procedimiento único, aunque cada uno de sus aspectos está informado por sus propios principios. Se dicta una única sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos: uno penal y otro civil¹¹³. Así lo reconoce, por ejemplo, el

112 Que constituye una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito.

113 MONTERO AROCA, JUAN, *Proceso penal y libertad*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 352.

profesor SILVA SÁNCHEZ¹¹⁴, al sostener que el fundamento de la institución “responsabilidad civil derivada de delito” se halla en un criterio de economía procesal, orientado a evitar el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”.

9.4 La naturaleza de la reparación civil, tal como ha señalado nuestra Corte Suprema¹¹⁵, es incuestionablemente civil, y, aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un juez penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso, determinar su *quantum* indemnizatorio, –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva al principio de economía procesal. Igualmente señala que la reparación civil presenta elementos diferenciadores de la sanción penal al tener notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto¹¹⁶. Así, el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con la ofensa penal –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido–, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente: el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos¹¹⁷. Desde esta perspectiva, el daño civil debe entenderse como todo efecto negativo derivado de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales¹¹⁸.

9.5 Sobre el contenido de la reparación civil, el artículo 93° del CP prescribe que comprende la restitución del bien (*reparación in natura*) y la indemnización de los daños y perjuicios, con la precisión que, en el primer caso, atendiendo a la naturaleza del delito cometido, si no es posible la restitución, debe disponerse el pago de su valor.

9.6 En cuanto al ámbito de la restitución –que no es otra cosa que el restablecimiento de la situación anterior, como la norma misma señala– podrá

114 Vid., ¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, en [www.Indret.com](http://www.indret.com), Julio, 2001

115 Fj. 8 del Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116.

116 Acuerdo Plenario N° 6-2006/ CJ-116

117 Ibídem.

118 Ibídem.

ordenarse siempre que sea posible y, de no ser así, corresponde al Tribunal determinar una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados¹¹⁹. Su naturaleza y su monto dependen de las características del delito y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial¹²⁰.

9.7 En el presente caso, al tratarse de la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, cuyo delito fuente sería el primero, existen dificultades para determinar estos aspectos. Las dificultades emergen porque si bien se ha efectuado una pericia donde se determina el desbalance patrimonial de todos los condenados, la misma corresponde a todo un periodo en que termina confundiéndose el dinero que tendría su origen en el ejercicio ilícito de la función pública con los obtenidos por las actividades producto del ingreso de dicho dinero a la actividad económica, es decir, los efectos obtenidos como consecuencia del lavado de activos. Ello, que no afecta a la imputación penal, como se ha desarrollado en los puntos precedentes de esta sentencia, sí genera dificultades en materia del daño civil.

9.8 Una segunda fuente de dificultades es la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito. Este delito, aunque se comete por funcionarios públicos y en contra de la Administración Pública, no implica necesariamente la sustracción de fondos directamente de las entidades y órganos del Estado, lo cual complejiza la determinación del daño causado al Estado, como agraviado, dada la comisión de este ilícito.

9.9 Ante las dificultades advertidas, y teniendo en cuenta que nuestra normatividad ha regulado mecanismos que, desde los fines punitivos terminan influyendo en los aspectos civiles antes mencionados –pues vía decomiso, medida que justamente se está disponiendo en el presente caso, se logra

119 En parecido sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fundamento 189 de la sentencia de 8 de julio de 2004 en el caso hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Así también en la sentencia de 19 de septiembre de 1996, en el caso Neira Alegría y otros.

120 Sobre el enfoque de daño material o inmaterial véase el fundamento 201 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de noviembre de 2006- Caso La Cantuta Vs. Perú. En parecido sentido en los fundamentos 205 y 211 de la sentencia del 8 de julio de 2004 de la citada Corte, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

que los bienes ilícitamente obtenidos pasen a poder del Estado—, considera este Colegiado que, en función de la razonabilidad de las decisiones, lo que corresponde es fijar únicamente un monto por indemnización, y con base en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prudencia.

9.10 Al respecto, la Procuraduría está solicitando el monto de S/ 30 222 436.94, S/ 20 336 191.38¹²¹ por los perjuicios causados por el enriquecimiento ilícito, y S/ 9 856 245.56 por el delito de lavado de activos. Considera la Procuraduría que el daño patrimonial respecto al delito de enriquecimiento ilícito atribuido a Burgos Horna sería de S/ 8 279 720.56, S/ 1 346 299.74 en el caso de Oviedo Alcázar y S/ 230 225.26 en el caso de Nestares Silva; mientras que por daño extrapatrimonial, la suma alcanzaría el monto de S/ 8 279 720.56 en el caso de Burgos Horna, S/ 200 000.00 en el caso de Oviedo Alcázar, y S/ 230 225.26 en el caso de Nestares Silva; es decir, a excepción de Jesica Oviedo Alcázar, se termina duplicando los montos. En el caso del delito de lavado de activos, no considera daño patrimonial, sino únicamente extrapatrimonial, indicando que en el caso de Burgos Horna sería de S/ 8 279 720.56, en el caso de Oviedo Alcázar, la suma de S/ 1 346 299.74; y de S/ 230 225.26 en el caso de Nestares Silva. Como se puede apreciar, la Procuraduría, para llegar al monto reclamado prácticamente ha triplicado el monto del desbalance determinado por la pericia, lo que no resulta correcto.

9.11 Para poder determinar la indemnización, se tiene que verificar, en primer lugar, la existencia de un daño que justifique la obligación de pago, que dicho daño sea imputable a una persona, que sea contrario a derecho, el factor de atribución y el nexo causal, tal como precisó la propia Procuraduría.

9.12 Con relación al daño causado, no existe duda de que los delitos materia de juzgamiento han generado un daño al Estado en su institucionalidad, sin perjuicio de que, como ya se señaló, existan dificultades para determinar su monto exacto. No olvidemos que este tiene el deber de actuar en beneficio

121 Por concepto de daño patrimonial respecto del delito de enriquecimiento ilícito, se tiene en cuenta el desbalance obtenido conforme a la prueba actuada y especialmente la pericia y que corresponde a los siguientes montos: S/. 8 279 720.56 en el caso de Burgos Horna, S/ 1 346 299.74 con relación a Oviedo Alcázar y S/ 230.225.26 respecto de Nestares Silva. Por daño extrapatrimonial, la suma alcanzaría el monto de S/ 8 279 720.56 en el caso de César Burgos Horna, S/ 2 000 00.00 en el caso de Oviedo Alcázar, y S/ 230 225.26 respecto de Nestares Silva.

del bien común, preservando que el funcionamiento de sus instituciones se dirija hacia dicho propósito. En dicha tarea, son los servidores y funcionarios públicos los primeros en adecuar sus conductas al cumplimiento de dichos fines, como también la ciudadanía. Realizar lo contrario, implica una afectación a la imagen y prestigio del Estado; sin mencionar a su adecuada marcha, por lo que este daño causado debe ser reparado.

9.13 Justamente la realización de conductas como la que ha dado lugar a esta causa – independientemente de la responsabilidad penal– han terminado causando un grave perjuicio a la imagen del Estado, por ejemplo, en la funcionalidad de la administración pública concreta ante la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; así como en su obligación de preservar la interacción correcta de los factores económicos, o de la propia administración de justicia, en el caso del delito de lavado de activos –por señalar dos de los ámbitos en los que tiene repercusión este delito–.

El desprestigio de la imagen del Estado resulta además evidente, por el tiempo en que se han cometido estos hechos. Los demás elementos (nexo causal y factor de atribución) se evidencian claramente con la atribución de la responsabilidad que ha sido materia de la presente sentencia.

9.14 Conforme a lo señalado, la necesidad de fijar una indemnización resulta evidente. Ante las dificultades de determinar un monto exacto, este debe fijarse en forma prudencial atendiendo a los siguientes criterios: i) el monto del desbalance patrimonial, ii) el tiempo en que se han cometido los hechos, iii) la afectación de los bienes efectos del delito a través del decomiso y iv) la importancia de los bienes jurídicos afectados. En tal sentido, es claro que el monto fijado en la sentencia no resulta proporcional ni prudente, por lo que debe ser incrementado a la suma de diez millones de soles (S/ 10 000 000.00). Esta cifra se corresponde con el monto de desbalance encontrado a los imputados, el largo tiempo que se afectó a la institucionalidad de la Administración Pública, la administración de justicia y la transparencia del sistema económico, asume que los bienes efecto del delito serán objeto de decomiso, y guarda proporcionalidad con los bienes jurídicos, antes enunciados, que los imputados, con su conducta, han violentado.

9.15 Con relación a los obligados al pago, como quiera que este es reclamado a los acusados, personas que son las que han incurrido en las acciones

ilícitas generadoras del daño con plena capacidad para responder civilmente, se verifica la exigencia de imputabilidad. Lo mismo se puede decir de la anti-juridicidad, porque el daño causado es como consecuencia de actuaciones en contra del derecho.

Tampoco existe duda respecto al nexo causal, porque el daño causado es consecuencia directa de los actos ilícitos cometidos por cada uno de los imputados que han dado lugar a la presente causa.

9.16 Finalmente con relación al factor de atribución, resulta claro también, que cada uno de los imputados actuó en forma consciente y voluntaria, por lo que es en función de su actuar doloso que debe responder por los daños causados. Además, tratándose de conductas que se relacionan entre ellas a fin de poder consumir su propósito, independientemente del grado de participación y de la diferenciación que corresponde a la sanción penal, en el ámbito civil tienen que responder en forma solidaria de conformidad con el artículo 96 del CP. Esta prescripción taxativa, que los imputados reclaman, afecta el principio de proporcionalidad, en realidad resulta razonable, pues, aunque pudiera generar el cobro de grandes sumas a responsables con menor grado de intervención, existe para la protección de los agraviados con el delito, por lo que existe otro principio (junto con el de proporcionalidad) que debe tenerse presente en este caso: el de la reparación del daño. Por último, no enerva la posibilidad que los recurrentes tienen a su disposición, para tomar las acciones civiles que estimen pertinentes para repetir el cobro de las sumas contra los otros imputados.

DÉCIMO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS PENAS DISTINTAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

A. Control de legalidad de la pena de multa

10.1 Sobre la determinación de las penas distintas a la privación de la libertad, con fecha 8 de septiembre de 2014 se emitió el Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junín, el cual constituye precedente vinculante y expone diversos criterios para determinar la pena de multa. Concretamente, sostiene que cuando la pena de multa concurra como pena *conjunta y principal*, con la pena privativa de libertad, la extensión de ambas penas se debe fijar en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional, no

siendo explicable que el resultado punitivo de la pena privativa de la libertad y el de la multa, tengan una extensión concreta diferente una de la otra. En tal contexto, la aplicación de una regla de tres simple en el cálculo de ambas penas, nos llevará a un resultado punitivo acorde a Derecho.

10.2 Estos criterios vinculantes son observados por este Colegiado, por lo que corresponde graduar la extensión de la pena de multa impuesta a los sentenciados. Concretamente, en este caso se aplicó la pena de multa prevista en artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1106, que sanciona el delito de lavado de activos con la pena principal de multa que puede extenderse de ciento veinte a trescientos cincuenta días (120-350). De acuerdo al criterio jurisprudencial antes expuesto, la extensión de la pena de multa debe estar en función de la extensión de la pena privativa de libertad impuesta. Siendo así, se aprecia que a los tres condenados por el delito de lavado de activos, se les impuso la pena privativa de libertad mínima, fijada en ocho años de privación de libertad; en tal sentido, razonablemente cabe concluir que la cantidad de días-multa a imponer por este delito, también debe ser la mínima, pues, partimos de la premisa de que ambas penas se fijaron en función del mismo examen y valoración.

10.3 Aplicadas estas premisas al caso materia de análisis, concluimos que la extensión de la pena de multa a imponer a Nestares Silva, Burgos Horna y Oviedo Alcázar, debe fijarse tomando en consideración el extremo mínimo, como se hizo en el caso de la pena privativa de libertad. Es decir, la cantidad de días-multa a aplicar a cada uno de ellos debe ser de *ciento veinte días*, y no de doscientos días como se impuso en la sentencia recurrida. Por tanto, para calcular la pena de multa final, debe multiplicarse dicho factor, en este caso ciento veinte, por el importe que resulte de calcular el porcentaje de ingreso diario de cada uno de los sentenciados.

10.4 En ese orden de ideas, en relación a Nestares Silva se debe tener en cuenta que su ingreso mensual al momento de cometer el ilícito penal ascendía al monto de S/ 2 511.00. En ese sentido, el promedio de ingreso diario se calcula en S/83.70, al cual debe detraérsele el 25%, resultando el importe de cada día-multa en S/20.92. Por tanto, teniendo en cuenta que los días-multa impuestos es de 120, la suma final a imponer por dicho concepto es de S/2 510.40. En tal sentido, teniendo en cuenta que dicho extremo fue recurrido

por el Ministerio Público, es del caso reformar la sentencia de primera instancia e imponer a Nestares Silva dicho monto como pena de multa.

10.5 En el caso del sentenciado Burgos Horna, se debe tener en cuenta que al tiempo de cometer el ilícito penal se desempeñaba como Alcalde distrital, percibiendo por dicha actividad un ingreso mensual de S/9 300.00, en ese sentido, el promedio de ingreso diario se calcula en S/310.00, al cual debe detráersele el 25%, resultando el importe de cada día-multa en S/77.50. Por tanto, teniendo en cuenta que los días multa impuestos son 120, la suma final a imponer por dicho concepto sería de S/9 300.00. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho extremo no fue recurrido por el Ministerio Público y estando a la prohibición de reformar en perjuicio del imputado, deberá mantenerse al monto menor impuesto por concepto de multa en primera instancia.

10.6 En el caso de la sentenciada Oviedo Alcázar, se debe tener en cuenta que al tiempo de cometer el ilícito penal su ingreso mensual se calculaba con base en el importe de una remuneración mínima vital, esto es, S/750.00. En ese sentido, el promedio de ingreso diario se calcula en S/25.00, al cual debe detráersele el 25%, resultando el importe de cada día-multa en S/6.25. Por tanto, teniendo en cuenta que los días-multa impuestos son 120, la suma final a imponer por dicho concepto sería de S/750.00. En tal sentido, luego de realizar el control de legalidad de la pena de multa y habiendo verificado que el nuevo cálculo favorece la situación jurídica de la acusada, es del caso reformar dicho extremo de la sentencia e imponer esta nueva suma.

B. Control de legalidad de la pena de inhabilitación

10.7 Similar control de legalidad corresponde realizar en el ámbito de la pena de inhabilitación, pues, al momento de absolver los agravios planteados por el sentenciado Burgos Horna, respaldamos el razonamiento judicial de imponerle la pena de inhabilitación en aplicación del artículo 426° del CP. En relación a ello se verifica que efectivamente, se condenó a los acusados por el delito de enriquecimiento ilícito, y en tal virtud, se les impuso la pena de inhabilitación de 5 años.

10.8 No obstante ello, se verifica que al tiempo de sucedidos los hechos, el artículo 426° del CP establecía la pena de inhabilitación como pena principal y conjunta, con una duración de uno a tres años. En tal sentido, verificamos que de acuerdo al marco legal aplicable, la pena de inhabilitación podía

entenderse, como máximo, a 3 años, y no a 5, como finalmente se impuso a los acusados.

10.9 En tal sentido, realizando un control de legalidad de la pena de inhabilitación impuesta a los sentenciados, concluimos que el *quantum* de esta pena debe reducirse prudencialmente, hasta alcanzar plazos que no excedan los límites legalmente previstos. Para tal efecto, si bien la pena de inhabilitación debería ser evaluada bajo las mismas premisas fácticas y jurídicas con que han sido evaluadas las penas privativa de libertad y de multa, a fin de erradicar alguna desproporción punitiva en el ámbito de la inhabilitación; sin embargo, en el caso en concreto también se debe ponderar que el plazo de inhabilitación que se fije en arbitrio judicial, no haga perder a esta clase de pena su sentido y eficacia punitiva, tal y como lo autoriza el precedente vinculante contenido en el Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junín.

10.10 En ese orden de ideas, concluimos que la pena de inhabilitación inicialmente fijada en 5 años, debe ser prudencialmente reducida a 3, pena que se encuentra dentro del marco legal y además, responde a las necesidades preventivas que emanan de un proceso penal seguido contra importantes funcionarios de una entidad edil, vinculados con actos de corrupción.

DÉCIMO PRIMERO: CONCLUSIÓN

11.1 Conforme al análisis realizado por esta Sala, corresponde confirmar la sentencia en cuanto condena a los acusados Burgos Horna, Oviedo Alcazar y Nestares Silva por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos en agravio del Estado Peruano, conforme al grado de participación que se ha determinado en el juicio de primera instancia. Asimismo, confirmar el extremo que ordena el decomiso de bienes y acciones y la remisión de copias al Ministerio Público. Finalmente, la revoca en el extremo que fija el *quantum* de las penas de multa e inhabilitación, así como el monto fijado por concepto de reparación civil.

11.2 El Colegiado considera que no corresponde fijar costas en esta instancia, en tanto advierte que los recurrentes vencidos han tenido razones para recurrir en el ejercicio legítimo de su derecho, sin que se aprécien actitudes dilatorias o de mala fe. Por tanto, al amparo de lo dispuesto en los artículos 497°.3 y 504° del CPP, debe eximirseles del pago de costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los magistrados del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de los artículos 417°, 419° y 425° del Código Procesal Penal,

RESOLVIERON:

I. CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado Nacional que falla:

Condenando a los acusados **CARLOS JOSÉ BURGOS HORNA**, identificado con documento nacional de identidad número 08278545; **DAVID ELÍAS NESTARES SILVA**, identificado con documento nacional de identidad número 40383822; y **JESSICA KARINA OVIEDO ALCÁZAR**, identificada con documento nacional de identidad número 40275429, en el proceso penal que se les sigue como autores del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado Peruano, tipificado y sancionado por los párrafos primero y segundo del artículo 401° del Código Penal, para **Carlos José Burgos Horna**, y el primer párrafo del artículo 401° del Código Penal para **David Elías Nestares Silva** y **Jessica Karina Oviedo Alcázar**; y, condenando a **CARLOS JOSÉ BURGOS HORNA** y **JESSICA KARINA OVIEDO ALCÁZAR** como autores y en el caso de **Jessica Karina Oviedo Alcázar** como cómplice primaria, y a **DAVID ELÍAS NESTARES SILVA** como cómplice primario; todos ellos por el delito de lavado de activos en agravio del Estado Peruano, y como tales se les impuso:

A) Al sentenciado **Carlos José Burgos Horna**, dieciséis años de pena privativa de libertad (ocho años por enriquecimiento ilícito y ocho por lavado de activos), más doscientos días-multa equivalente a S/2 500.00 (dos mil quinientos soles con 00/100).

B) A la sentenciada **Jessica Karina Oviedo Alcázar**, trece años de pena privativa de libertad (cinco años por enriquecimiento ilícito y ocho por lavado de activos).

C) Al sentenciado **David Elías Nestares Silva**, trece años de pena privativa de libertad (cinco años por enriquecimiento ilícito y ocho por lavado de activos). Penas privativas de libertad que son efectivas.

II. REVOCARON el extremo que impone a cada uno de los sentenciados cinco años de inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal; **REFORMÁNDOLA** impusieron tres años de inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal

III. REVOCARON el extremo que impone doscientos días-multa a David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar, equivalente a S/1 250.00 (mil doscientos cincuenta soles con 00/100) y S/1 833.00 (mil ochocientos treinta y tres soles con 00/100), respectivamente; **REFORMÁNDOLO** impusieron a ambos sentenciados ciento veinte días-multa, equivalente a S/2 510.40 (dos mil quinientos diez con 40/100) en el caso de Nestares Silva, y S/750.00 (setecientos cincuenta con 00/100) en el caso de Oviedo Alcázar.

IV. REVOCARON el extremo que fija en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil y **REFORMÁNDOLA** fijaron en la suma de **diez millones de soles**, el monto que por concepto de reparación civil a favor del Estado Peruano agraviado, pagarán los sentenciados en forma solidaria.

V. CONFIRMARON el extremo que ordena el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la página ciento cinco, incluso, de sentencia impugnada, oficiándose por conducto regular en su debida ocasión.

VI. CONFIRMARON el extremo que dispone la remisión de copias pertinentes al Ministerio Público, para que con arreglo a sus atribuciones legales y constitucionales, se pronuncie respecto de la presuntas comisiones del delito del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica a que hace referencia en la página ciento nueve a ciento once, inclusive, de la sentencia impugnada.

VII. CONFIRMARON en lo demás que contiene, y dispusieron su cumplimiento; en consecuencia, al no haber concurrido los sentenciados al acto de lectura integral de sentencia, **ORDENARON** se giren las respectivas órdenes de ubicación y captura, y una vez detenidos se ponga a disposición del INPE para su ingreso a un centro penitenciario donde cumplirán la pena impuesta. **SIN COSTAS**, devuélvase.

Sres:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

BURGA ZAMORA

SENTENCIA DE CONFORMIDAD 030-2017

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA
TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE MARISCAL NIETO**

EXPEDIENTE: 418-2014-68-2801-JR-PE-01

JUEZ : Luis Antonio Talavera Herrera
ESPECIALISTA : Edwin Alexander Quispe Maquera
ACUSADOS : Filomeno Serapio Mamani Ortega
Victor Raúl Mendizábal Sucasaca
MINISTERIO PUBLICO: Tercer Despacho Especializado en Delitos de Co-
rrupción de Funcionarios
DELITO : Cohecho Pasivo Propio
Cohecho Activo Genérico
AGRAVIADO : Municipalidad Provincial de Ilo

Resolución No.11

Moquegua, cuatro de julio
del dos mil diecisiete.-

SENTENCIA DE CONFORMIDAD 030-2017

VISTOS Y OÍDOS.-

La aceptación de cargos pena y reparación civil por parte de los acusados Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca y Filomeno Serapio Mamani Ortega conjuntamente con sus abogados defensores lo expresado por parte del ministerio público y lo expresado por parte del actor civil sobre la existencia de acuerdos arribados por la parte acusadora y acusada.

PARTE EXPOSITIVA.-

PRIMERO.- *Identificación de los acusados e imputación.-*

1.1.*Identificación de los acusados.-*

VÍCTOR RAÚL MENDIZABAL SUCASACA, identificado con DNI 04635199. con domicilio real en P.J. Agrupamiento 18 de Mayo, Manz. H, U

Nº 22, Prolongación Alto ILO, Distrito y Provincia de ILO, Departamento de Moquegua, lugar de nacimiento Arequipa, de 58 años de edad, nombre de la madre Asunta y del padre Francisco, de estado civil casado, grado de instrucción superior completa.

Hechos fácticos.- El 11 de agosto del 2014, Filomeno Serapio Maman Ortega se dirigió a la Subgerencia de Transportes, logrando entrevistarse con el Subgerente VÍCTOR RAÚL MENDIZABAL SUCASACA, quien le indicó que no podía retirar dicho vehículo debido a que no se había enviado, aún, la papeleta de infracción de tránsito.

Recién el 15/08/2014 se impone la papeleta de infracción Nº 73344, por la infracción M2, conducción en estado de ebriedad, dado que, el dosaje etílico practicado sobre la muestra de sangre extraída a Filomeno Mamani Ortega, el día 09 de agosto de 2014, arroja 1.32 q/l de alcohol en la sangre, a lo que se agrega que tampoco tenía autorización para conducir vehículo automotor.

Con dicha copia de la papeleta de infracción (cargo), Filomeno Mamani Ortega se aproximó a la Subgerencia de Transportes de la Municipalidad Provincial de Ilo, entrevistándose con Víctor Mendizábal Sucasaca, quien le informó que no podía retirar el vehículo, en tanto que, no cancele el concepto de multa ascendente a S/.1,900.00 y el derecho de pago por concepto de internamiento de vehículo en el Depósito vehicular Municipal, ascendente a SI. 17.40.

El día 21 de agosto del 2014, Filomeno Mamani Ortega, retornó acompañado de su abogado, llevando consigo la suma de SI. 1,000.00 y se entrevista con Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca. Allí se pusieron de acuerdo y ejecutaron el acuerdo, consistente en que: Filomeno Serapio Mamani Ortega entregó al Sub Gerente de Transportes, Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca la suma de S/.1,000.00 nuevos soles (sin que dicho Funcionario tenga facultad para recibir dinero), y quien lo recibió, para efectuar la externación, retiro del vehículo de placa de rodaje Z2S-020, del Depósito Vehicular Municipal y su entrega a su persona, sin que previamente se efectuó el pago de la Multa por infracción al Tránsito vehicular ascendente a S/.1,900.00, ni se cancele tampoco el derecho por internamiento vehicular en el depósito ascendente a SI. 17.00. Y, menos aún se realice acta alguna que deje evidencia de la retención y posterior entrega del vehículo.

De tal forma que Víctor Mendizábal Sucasaca, luego de recibir los S/.1,000.00, así como copia de la papeleta de infracción y del dosaje etílico que le entregó Filomeno Mamani Ortega, ordenó a Alejandro Aguilar Baneas le haga entrega de las llaves del vehículo de placa Z2S-020, para dar salida al vehículo del Depósito Municipal Vehicular, realizando la entrega del mismo a su propietario Filomeno Mamani Ortega, quien retiro el vehículo del depósito. Salida ordenada por Víctor Mendizábal Sucasaca sin que el administrado Filomeno Mamani Ortega, efectuó el pago de la Multa por infracción al Tránsito vehicular ascendente a *SI.* 1,900.00, ni se cánde tampoco el derecho por internamiento vehicular en el depósito ascendente a S/. 17.40; y menos aún se realicen acta alguna que deje evidencia de la retención y posterior entrega del vehículo.

1.2. Calificación jurídica.- Respecto del hecho que se atribuye a dicho acusado se encuentra tipificado en el artículo 393 “del Código Penal que establece básicamente el delito de cohecho pasivo, lo referido en el primer párrafo de la ley Nro. 30111.

1.3. Pretensión Penal.- El Ministerio Público ha solicitado que se le imponga al acusado antes referido la pena de 5 años de pena privativa de la libertad efectiva e inhabilitación por el mismo tiempo y el pago de ciento ochenta días multa.

1.4. Pretensión Civil.- El actor civil constituido como sujeto procesal ha solicitado que en forma solidaria conjuntamente con su otro coacusado deben pagar el monto de S/3,000.00.

FILOMENO SERAPIO MAMANI ORTEGA identificado con DNI 43895270, con domicilio real en Fundo El Majuelo S/N - ILO, (referencia: Carretera de Valle Hermoso cruzando por el restaurante ‘La Hacienda’ hacia arriba), Distrito y Provincia de Ilo, Departamento de Moquegua, lugar de nacimiento Moquegua, de 44 años de edad, nombre de la madre Rufina y del padre Heradio, de estado civil casado, grado de instrucción superior completa.

1.5. Hechos fácticos.- El día 21 de agosto del 2014, Filomeno Mamani Ortega, retornó acompañado de su abogado, llevando consigo la suma de *SI.* 1,000.00 y se entrevista con Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca. Allí se pusieron de acuerdo y ejecutaron el acuerdo, consistente en que: Filomeno Serapio Mamani Ortega entregó al Sub Gerente de Transportes de la Municipalidad

Provincial de ILO Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca la suma de S/. 1,000.00 (sin que dicho Funcionario tenga facultad para recibir dinero), y quien lo recibió, para efectuar la externación, retiro del vehículo de placa de rodaje Z2S-020, del Depósito Vehicular Municipal y su entrega a su persona, sin que previamente se efectuó el pago de la Multa por infracción al Tránsito vehicular ascendente SI. 1,900.00, ni se cancele tampoco el derecho por internamiento vehicular en el depósito ascendente a S/.17.40. Y menos aún se realice acta alguna que deje evidencia de la retención y posterior entrega del vehículo.

1.6. Calificación jurídica.- Respecto del hecho acusado el Ministerio Público lo ha calificado conforme lo establece el artículo 397° del Código Penal primer párrafo referido al delito de Cohecho activo genérico.

1.7. Pretensión Penal.- El Ministerio Público ha solicitado en contra de dicho acusado se le imponga la pena privativa de la libertad de 4 años 6 meses de pena efectiva e inhabilitación por el mismo plazo y pago de días multa ascendente a 365 días multa.

SEGUNDO.- Posición de los acusados y acuerdos arribados.-

2.1. En juicio oral se les informó a los acusados de sus derechos, posteriormente se le preguntó si admitían ser autores del delito materia de acusación y responsables reparación civil, quien previamente a contestar conferenciaron con su abogado y representante del Ministerio Público para luego emitir una respuesta afirmativa refiriendo haber llegado a un acuerdo con Ministerio Público.

2.2. Acuerdos arribados por las partes presentes en torno a la pena y reparación civil.- Que han sido resumidos concretamente de la siguiente manera, respecto del acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca el Ministerio Público ha referido que los acuerdos a los cuales han arribado son los siguientes que la pena de 5 años de pena privativa de libertad se le ha hecho la reducción del beneficio premial de un séptimo de la pena quedando la pena conformada en cuatro años y tres meses de pena privativa de la libertad a cuyo efecto también se tomado en cuenta la voluntad, actitud y comportamiento del acusado durante el séquito de la investigación a nivel de investigación preparatoria e intermedia así como la edad de dicho acusado que también ha referido o ha invocado el principio pro homine respecto del cual se debe hacer la reducción razonable proporcional de tres meses que en todo caso la pena conformada

en cuatro años de pena privativa de la libertad la cual deberá cumplirse a través de un periodo de prueba suspendida por el plazo de tres años sujeto a reglas de conducta que el magistrado deberá establecer las mismas. Así mismo respecto de los días multa 180 días multa se le ha hecho la reducción del beneficio que establece la institución jurídica de conclusión respecto al cual los días multa habría quedado conformada en 154 días multa debiendo pagar el acusado la cantidad de S/. 3,721.00 estos que deberán ser efectivos el día 14 de julio del 2017.

En torno a los acuerdos del acusado Filomeno Serapio Mamani Ortega se ha referido que los cuatro años seis meses que se ha solicitado como pena también se ha reducido la reducción premial de un séptimo quedando la pena conformada en tres años y diez meses debiendo tener esta carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años sujeto a reglas de conducta que el magistrado juzgador deberá considerar durante dicho periodo, asimismo se ha establecido que de los días multa de 365 días multa que se solicitó también se hará el descuento de la reducción premial de un séptimo la cual ha quedado conformada en 312 días multa las cuales equivalen a 3120 días multa esto teniendo en cuenta los ingresos diarios que recibe al tiempo de los hechos el acusado, en el mismo sentido los días multa que han sido considerados por el acusado Víctor también se ha teniendo en cuenta el monto de ingreso al tiempo de los hechos y que respecto al acusado Filomeno el monto de 3120 días multa va a ser pagada en seis armadas de S/. 520.00 empezándose a pagar el último día hábil del mes de agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre siendo la última cuota de S/. 520.00 el último día hábil del mes de enero del 2018 con lo que se cumplirla el pago íntegro de los días multa. En torno a la reparación civil la adora civil constituida como sujeto procesal en representación del estado a su turno a su pretensión resarcitoria y establecida en acuerdo han referido que siendo un pago de S/.3,000.00 y siendo un pago solidario se ha dispuesto que este sea fraccionado a un pago de S/. 1,500.00 que serían pagaderos el último día hábil del mes de julio y respecto de los S/. 1,000.00 que se advierten que ha sido incautados respecto del cual existe una confirmatoria de incautación se ha solicitado el decomiso definitivo de los mismos a fin de que sean depositados a la comisión nacional de bienes incautados del estado Peruano, estos son los acuerdos a los cuales ha arribado el Ministerio Público los acusados y sus abogados de defensa.

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO.- De la conclusión anticipada del juicio.-

Que el artículo 372° del Código Procesal Penal ha sido objeto de sentencias vinculantes a observar¹²², incorpora la institución de la “conformidad”, que está basada en el reconocimiento del principio de adhesión de los acusados y que se hace en el momento del inicio del juicio oral, a través de un acto unilateral de los acusados y su defensa de reconocer los hechos objeto de la imputación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes; lo que implica una renuncia a la actuación de pruebas en juicio oral y público, constituyendo un acto de disposición de los propios acusados del proceso, por lo que debe disponerse la conclusión anticipada del juicio, para emitirse luego “sentencia conformada” o ‘sentencia de conformidad’ no pudiendo este juzgador valorar prueba alguna, y los fundamentos de hecho de la sentencia, no se forman como resultado de valoración de la prueba, sino que le vienen propuestos al Juzgado por el Ministerio Público por la defensa y el actor civil.

SEGUNDO: Control jurídico y subsunción de los hechos:

Respecto del acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca el delito que se imputa es el delito de cohecho pasivo propio que se encuentra previsto en el artículo 393° primer párrafo esto con la modificatoria de la Ley Nro. 30111 vigente del tiempo de los hechos que concretamente refiere el funcionar o servidor público que acepta, recibe, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, o el que acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, 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 del artículo

122 Acuerdo Plenario No. 5-2008/CJ-116 del 18 de julio 2008. publicado el tres de Noviembre 2008. en la sección jurisprudencia, págs. 6455 al 6460; Ejecutoria Suprema Vinculante No. 1766-2004/Callao del 21 setiembre 2004, publicado en el Diario Oficial El Peruano en noviembre 2004; Ejecutoria Suprema Vinculante N° 2206- 2005/Ayacucho, del 12 de Julio 2005. Acuerdo Plenario N°5-2008/CJ-116 del 18 de julio 2008, publicado el tres de Noviembre 2008, en la sección jurisprudencia, págs. 6/55. al 6460; Ejecutoria Suprema Vincúlame N° 1766- 2004/Callao del 21 setiembre 2004, publicado en el Diario Oficial El Peruano en noviembre 2004; Ejecutoria Suprema Vinculante N° 2206-2005/Ayacucho, del 12 de Julio 2005

36° del Código Penal; y, con trescientos ochenta y cinco a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El **bien jurídico** que se protege dicho delito del artículo referido es el correcto funcionamiento y la Imparcialidad de la Administración Pública¹²³

Sujeto Activo en el delito antes referido es cualquier funcionario o servidor público que actúa poseyendo competencia genérica en función al cargo o función¹²⁴

Sujeto Pasivo es el estado y no las personas que son objeto de la solicitud que efectúa el funcionario o servidor público¹²⁵

Tipicidad Subjetiva es un delito eminentemente doloso puesto que existe conocimiento y voluntad del sujeto activo que establece la norma penal¹²⁶ la conducta en este caso en concreto respecto a Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca está referida a haber recibido donativo a efecto de condicionar su comportamiento respecto estaba obligado a desempeñarse correctamente, en el caso de autos estando a los hechos tácticos imputados y aceptados por el acusado refrendados por el abogado de la defensa del mismo corresponde la calificación jurídica realizada respecto a los hechos en contra del acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca, puesto que la conducta desplegada que se ha referido en los hechos facticos que forman parte de la resolución, corresponde hacer la debida subsunción en la calificación jurídica respecto de los hechos así expuestos, la cual es contraria al ordenamiento jurídico penal respecto del cual existe **antijuricidad**, además el acusado es una persona que no sufre anomalía psíquica que lo haga inimputable como tal está en la capacidad de comprender el Injusto de su conducta y conducirse conforme las exigencias del derecho de manera que podía esperarse un conducta diferente a la que se realizó lo que significa el aspecto de **culpabilidad**, aspectos que en plenitud y

123 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la administración Pública. Grijley cuarta edición página 676.

124 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la administración Pública. Grijley cuarta edición página 677.

125 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la administración Pública Grijley cuarta edición página 678

126 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la Administración Pública. Grijley cuarta edición página 693.

con plenitud corresponden a lo referido por el Ministerio Público en torno a los hechos y calificación jurídica.

El delito de Cohecho Genérico respecto del acusado Filomeno Mamani Ortega delito que se encuentra previsto en el artículo 397º primer párrafo del Código Penal conforme la ley Nro. 30111 vigente al tiempo de los hechos que concretamente refiere que bajo el cualquier modalidad ofrece da a un funcionario público o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos de violación de sus obligaciones será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

El bien jurídico que se protege dicho tipo penal además del correcto funcionamiento y la imparcialidad de la administración pública, como bien jurídico específico protege en brindar protección de ejercicio regular de las funciones públicas preservándolas de los actos de corrupción de sujetos diversos o entre otros términos asegurar el respeto al desarrollo funcional de la administración pública¹²⁷ el sujeto activo puede ser cualquier persona incluso puede ser otro funcionario o servidor público¹²⁸ sujeto pasivo es el estado¹²⁹ tipicidad subjetiva es un delito doloso puesto que se tiene conocimiento voluntad de corromper a funcionario o servidor público¹³⁰. La conducta del acusado está destinada a ofrecer o dar a funcionario público o servidor público dar donativo para que haga u omita algo en violación a su obligación¹³¹ en el caso de autos estando a los hechos facticos imputados y aceptados por el acusado y refrendados por su abogado defensor respecto del acusado Filomeno Serapio Mamani Ortega corresponde la calificación jurídica realizada en contra del acusado conforme a la conducta desplegada por el mismo y conforme

127 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la Administración Publica, Grijley cuarta edición página 737.

128 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la Administración Publica, Grijley cuarta edición página 739.

129 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la Administración Publica. Grijley cuarta edición página 739.

130 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la/administración Publica, Grijley cuarta edición página 746.

131 Fidel Rojas Vargas en su tratado delitos contra la administración Publica, Grijley cuarta edición página 739

han sido referidos en los hechos que forman parte de la presente resolución la cual es contraria al ordenamiento jurídico es decir es una conducta antijurídica, además el acusado es un persona que no sufre anomalía psíquica en calidad de imputable como está en la capacidad de comprender lo injusto de su conducta y conducirse conforme las exigencias del derecho de manera que podía esperarse una conducta diferente a la que ha realizado, lo que no es otra cosa que la culpabilidad, circunstancias estas que corresponden ser subsumidas conforme lo referido.

TERCERO: Verificación de la legalidad de los acuerdos de la pena y de la reparación civil:

3.1. Control de la pena.-Respecto del acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca que se le imputa el delito previsto en el artículo 397” primer párrafo del Código Penal concretamente se establece en dicho tipo penal la pena privativa de la libertad de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme los Inciso 1 y 2 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa que es la pena abstracta punible que refiere dicho artículo, se tiene en cuenta que el Ministerio Público a efectos de poder llegar acuerdos ha tenido en cuenta lo que establece los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal modificados mediante la ley Nro. 31076 que establece la regla de tercios y espacio punitivo para llegar una pena concreta, a ello también ha referido la reducción de la pena que establece el acuerdo plenario 5-2008- CJ-2016 respecto del cual se habría hecho una reducción de un séptimo, antes de llegar a la pena conformada el Ministerio Público ha referido que ha tomado en consideración la actitud y el comportamiento de acusado durante el séquito de la investigación preparatoria y etapa intermedia, la edad del mismo y el principio pro omine respecto del cual se ha hecho un reducción razonable y proporcional de tres meses de la pena conformada de cuatro años y tres meses quedando la pena final de cuatro años, asimismo se habría procedido conforme los días multa es decir de los ciento ochenta días multa, también se habría hecho la reducción conforme se habría explicado con la pena principal llegando a una reducción total de ciento cincuenta y cuatro días multa, sin embargo si bien es cierto han sido acuerdos postulados por parte del Ministerio Público, del actor civil y los abogados de la defensa en concreto del abogado de la defensa de Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca es también cierto que este

magistrado sujeto a juez y derecho y el principio de legalidad ha tenido en consideración en que el Ministerio Público remitió a este magistrado previo a hacer análisis de la pena los actuados contenido en la carpeta fiscal que se encuentran en el caso 135-2014 respecto de los cuales resulta resaltar los siguientes actuados; se tiene a folios quince de dicha carpeta la disposición N°01 de tercer despacho de fecha 01 de octubre del 2014 en la cual dicha disposición está referida a iniciar diligencias preliminares en sede policial, por el plazo de sesenta días, asimismo se tiene que a folios veinticuatro se tiene la disposición N° 02 de fecha 01 de diciembre del 2014 respecto del cual se dispone ampliar diligencias preliminares en sede fiscal por un plazo de sesenta días, asimismo se tiene como relevante dentro de los actuados la declaración voluntaria por parte de Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca resaltando básicamente la pregunta número uno, que refiere declarante diga indique usted si conoce el motivo de su presencia en el departamento desconcentrado contra la corrupción con sede Moquegua dijo; que si visita por haber sido notificado por la policía nacional del Perú sede Moquegua para venir a brindar mi declaración voluntaria en calidad de imputado, respecto de la misma declaración corresponde resaltar la acción de la pregunta diez indique usted si la persona de Filomeno Serapio Mamani Ortega propietario del vehículo Z30-020 te entregó la suma de mil soles además de una copia de la papeleta de inflación como parte de pago de infracción como parte de pago de infracción que habría cometido y que el resto del dinero le entregarla el 29 de agosto del 2014 de ser así indique los motivos por los cuales recibió el dinero y si estaba facultado para recibir el dinero por las papeletas que comete cualquier ciudadano cuando ha cometido una infracción dijo; que el señor Serapio Mamani Ortega se acercó a mi oficina el día 19 de agosto del 2014, resaltándose básicamente el párrafo indicándome que solo tenía la suma del mil nuevos soles por lo que no sé cómo acepte y le dije que dejara una copia de la papeleta y la suma de mil nuevos soles, además que resulta relevante también resaltar a folio sesenta obra un acta de entrega de billetes en forma voluntaria respecto de los cuales el acusado habría concurrido en corrupción de funcionarios en la cual voluntariamente hizo entrega de billetes de cien nuevos soles con las series y números que así se registran, circunstancias que permiten advertir a este magistrado que estaríamos ante una institución jurídica que establece la confesión regulado en el artículo 160° del Código Penal que refiere que la

confesión para ser tal debe ser de consistirle y la admisión por parte del imputado de los cargos imputación formulada en su contra, Inciso 2) solo tendrá valor probatorio cuando esté debidamente corroborado por otros elementos de convicción sea que está libre y en estado normal de las facultades psíquicas, sea presentada ante juez y el fiscal y en presencia de su abogado sea sincera y espontánea, de la misma forma se tiene el artículo 161° respecto de los efectos de la confesión sincera el juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta una tercera por debajo del mínimo legal si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160° este beneficio es inaplicable a los supuestos de flagrancia de relevancia de admisión en los cargos en atención a los medios probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de residente o habitual de conformidad con los artículos 465-B y 46-C del Código Penal. Advierte este magistrado que en todo momento el acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca ha reconocido los hechos que se le imputan desde los actos iniciales Incluso habría entregado el dinero a efecto de que sea incautado respecto del cual finalmente el Ministerio Público en esta sesión de audiencia ha solicitado el decomiso de dicho bien, respecto de lo cual este magistrado considera que alcanza dicha figura e institución jurídica en beneficio de Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca coincidentemente la pena que ha solicitado el Ministerio Público debe ser conformada de la siguiente manera; que si bien es cierto se ha solicitado cinco años de pena privativa de la libertad y atendiendo lo que establece el artículo 161° del Código Penal este magistrado considera que previamente se debe hacer la reducción de un dieciseisavo de reducción de la pena es decir cinco años de pena privativa de la libertad que equivalen a sesenta meses deben reducirse dieciséis, quedando la pena en una reducción de 3.75 haciendo un redondeo de cuatro meses reduciendo los cuatro meses de los sesenta meses solicitados por el Ministerio Público se queda como pena cincuenta y seis meses respecto de lo cual recién procede la reducción de un séptimo de pena de conclusión anticipada haciendo la reducción de un séptimo de cincuenta y seis meses se tiene una reducción de ocho meses. Finalmente la pena concreta del acusado debe estar conformada en cuatro años de pena privativa de la libertad, pena que debe tener carácter de suspendida sujeta a reglas de prueba por el plazo de tres años, reglas de prueba que son las siguientes; el sentenciado, no debe cometer nuevo delito doloso, comparecer personal y obligatoriamente al Juz-

gado de Ejecución cada 30 días para informar y justificar sus actividades la prohibición de concurrir a bares, cantinas, casas de cita, casas de juego y similares donde puedan gastar o dilapidar sus bienes y perjudicar el pago de la reparación civil y por ende los días multa, cumplir con el pago íntegro de la reparación civil. Asimismo respecto de los días multa que se ha solicitado de ciento ochenta días multa como pretensión primigenia, también corresponde hacer la reducción del dieciseisavo de confesión sincera haciendo una reducción quedarla once días quedando la pena después en ciento sesenta y nueve días multa a la cual recién se aplica el séptimo respecto del cual tiene una reducción de veinticuatro teniendo una pena de días multa total de ciento cuarenta y cinco días multa multiplicados por el Ingreso diario de S/.24.166 los días multa quedan conformados en S/.3,504.00 que deberán ser pagados con fecha 14 de julio del 2017.

En torno al acusado Filomeno Serapio Mamani Ortega respecto lo que establece el artículo 397º primer párrafo del Código Penal la pena que establece dicha norma, establece una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, respecto de los cuales el Ministerio Público y también de los actuados de la carpeta fiscal no se advierte circunstancia similar a la expresada del acusado Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca respecto del cual únicamente resulta aplicable la reducción del séptimo de la pena que el Ministerio Público ha considerado coincidentemente la pena así propuesta de cuatro años y seis meses debe ser reducida con el beneficio premial teniendo esta la pena final conformada en tres años y diez meses debiendo tener esta el carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años sujeta a reglas de conducta que son: que el acusado señor Filomeno no debe cometer nuevo delito, comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado de Ejecución cada 30 días para informar y justificar sus actividades, la prohibición de concurrir a bares, cantinas, casas de cita, casas de juego y similares donde puedan gastar o dilapidar sus bienes y hacer imposible el pago de la reparación civil y por ende los días multa, cumplir con el pago íntegro de la reparación civil, asimismo respecto de los días multa que han sido solicitados respecto de trescientos sesenta y cinco días multa y del beneficio que se ha hecho de la reducción de un séptimo se tiene que en efecto los días multa que corresponde pagar al acusado es de trescientos doce días multa, teniendo en cuenta su ingreso diario mensual

de diez nuevos soles que equivalen S/.3,120.00 que van a ser pagados en seis meses (seis armadas) cada armada de S/.520.00 siendo la primera armada el último día hábil del mes de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre y el último día hábil de enero del año 2018 el monto de S/.520.00 con lo cual se cumpliría el pago Íntegro de los SI. 3,120.00. Respecto de los cuales existe acuerdo, control de legalidad que han sido propuestos por parte de las partes que están sujetos a derecho conforme a la norma penal a si establecida.

En torno a la reparación civil, si bien es cierto la Procuraduría Pública Anticorrupción ha considerado lo que establece los artículos 92° 93° del Código Penal en torno a lo que incluye la reparación civil, la devolución del bien o si no es posible el pago de su valor y la indemnización de daños y perjuicios así también como lo establece el artículo 393° inciso 3 literal f) del Código Procesal Penal, es también cierto de que existe un decomiso definitivo, existe pagos de días multa respecto de los cuales este magistrado considera razonable que el pago de la reparación civil si bien es cierto ha sido propuesto por la Procuraduría en el monto de S/. 3,000.00, estos deben ser reducidos en S/.2.000.00 en principio de razonabilidad y proporcionalidad, y siendo este un pago solidario el monto el monto de S/.2,000.00 corresponde a ser pagado en forma solidaria que equivale S/.1.000.00 por cada uno de los acusados y que serán pagadas el último día del mes de julio esto también sujeto a la regla de conducta establecida, ha tenido en cuenta el magistrado el comportamiento de los acusados y respecto al decomiso que habría sufrido en si en plenitud el acusado Filomeno Serapio Mamani Ortega respecto del cual se deja a salvo el derecho de que el abogado de la defensa pueda en su momento solicitar la devolución del bien esto respecto del acusado Filomeno Serapio Mamani Ortega conforme a ley, respecto del cual no corresponde emitir mayor pronunciamiento este magistrado, respecto del cual únicamente se ha considerado un principio de razonabilidad y proporcionalidad, respecto del pago de la reparación civil y a efecto que el Estado sea resarcido conforme corresponda respecto al hecho que ha sido expuesto en materia de hechos de imputación, respecto del decomiso solicitado por parte del Ministerio Público se dispone el decomiso definitivo de los S/.1,000.00 respecto del cual el Ministerio Público deberá proceder conforme así lo establece la norma procesal debiendo remitir las mismas a la Comisión Nacional de Bienes Incautados sin perjuicio de los antes referido que el abogado de la defensa del acusado Filomeno pueda proceder conforme corresponde a ley.

Se agrega respecto de la pena, que las reglas de conducta en caso sean incumplidas se hará efectivo lo que establece el artículo 59° del Código Penal es decir de revocar la pena suspendida y convertirla en pena efectiva.

CUARTO: Pago de costas:

De conformidad con el artículo 497° del Código Procesal Penal, toda decisión que pone fin al proceso penal debe de establecer quien debe de soportar las costas del proceso, en el presente caso de acuerdo con el artículo 501' concordante con el artículo 497.3 y 497.5 del Código Procesal Penal, corresponde exonerar a los acusados Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca y Filomeno Serapio Mamani Ortega el pago de las costas por haberse sometido a la conclusión anticipada y al haber llegado a un acuerdo sobre la pena y reparación civil conjuntamente con Ministerio Público y el Actor Civil Procuradora Pública Anticorrupción.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con los artículos 392° 393° y 395° del Código Procesal Penal, el Juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, administrando justicia a nombre de la Nación:

FALLA:

PRIMERO: APROBANDO EL ACUERDO celebrado entre los acusados Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca y Filomeno Serapio Mamani Ortega, y sus abogados conjuntamente con el Ministerio Público y el actor civil, respecto del cual se ha realizado el control de legalidad, vía conclusión anticipada respecto a las penas y reparación civil y propuestas.

SEGUNDO: DECLARO al acusado **VÍCTOR RAÚL MENDIZABAL SUCASACA**, como **AUTOR** del delito contra la Administración Pública en la modalidad del delito de cohecho pasivo propio, ilícito previsto en el artículo 393° primer párrafo del Código Penal vigente al tiempo de los hechos mediante la ley Nro. 30111, en agravio del Estado Peruano representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Moquegua.

TERCERO: IMPONGO al acusado **VÍCTOR RAÚL MENDIZABAL SUCASACA** la **PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DE CUATRO AÑOS CON EL CARÁCTER DE SUSPENDIDA POR EL PERIODO DE PRUEBA**

DE TRES AÑOS, debiendo de cumplir las siguientes reglas de conducta: sentenciado no deberá cometer nuevo delito doloso, comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado de Ejecución cada 30 días para informar y justificar sus actividades, la prohibición de concurrir a bares, cantinas, casas de cita, casas de juego y similares donde puedan gastar o dilapidar sus bienes y cumplir con el pago íntegro de la reparación civil. Todo esto bajo expreso apercibimiento de lo establecido por el artículo 59°.3 del Código Penal, conforme a ley. Asimismo la pena de **CIENTO CUARENTA Y CINCO DÍAS MULTA**, que equivalen a **TRES MIL QUINIENTOS CUATRO NUEVOS SOLES**, los cuales deberán ser pagados como se expresan en la parte considerativa de la sentencia y que deberán ser pagados conforme a ley.

CUARTO: DECLARO a FILOMENO SERAPIO MAMANI ORTEGA cuyos demás datos de identificación van a ser precisados en la parte introductoria conforme se ha referido, como **AUTOR** del delito contra la Administración Pública en su modalidad del delito de cohecho activo genérico, ilícito previsto en el artículo 397° primer párrafo del Código Penal esto conforme a la ley Nro. 30111 vigente al tiempo de los hechos, en agravio del Estado Peruano representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Moquegua.

QUINTO: IMPONGO al sentenciado **FILOMENO SERAPIO MAMANI ORTEGA** la **PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DE TRES AÑOS Y DIEZ MESES CON EL CARÁCTER DE SUSPENDIDA POR EL PERIODO DE PRUEBA DE DOS AÑOS**, sujeto a las siguientes reglas de conducta: el sentenciado no deberá cometer nuevo delito doloso, comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado de Ejecución cada 60 días para informar y justificar sus actividades, la prohibición de concurrir a bares, cantinas, casas de cita, casas de juego y similares donde puedan gastar o dilapidar sus bienes y cumplir con el pago íntegro de la reparación civil. Todo esto bajo expreso apercibimiento de lo establecido por el artículo 59.3 del Código Penal, conforme a ley. Asimismo la pena de **TRESCIENTOS DOCE DÍAS MULTA**, que equivalen a **TRES MIL CIENTO VEINTE NUEVOS SOLES**, los cuales deberán ser pagados conforme se ha referido en la parte considerativa de la sentencia y que deberán ser pagados conforme a ley

SEXTO: FIJO por concepto de reparación civil en la suma de **DOS MIL NUEVOS SOLES**, de los acusados Víctor Raúl Mendizábal Sucasaca y Filo-

meno Serapio Mamani Ortega deberán pagar en forma solidaria, mediante depósito judicial a favor del Estado Peruano, ello el último día hábil del presente mes de julio, conforme se tiene así dispuesto.

SEXTO: DISPONGO, en forma definitiva el decomiso de los MIL NUEVOS SOLES objeto del delito a efecto que el Ministerio Público proceda conforme sus atribuciones.

SEPTIMO: SE DISPONE sin costas procesales.

OCTAVO: En consecuencia dispongo que consentida o ejecutoriada la presente sentencia se remitan los testimonios a las autoridades competentes así como se elaboren los boletines de condenas para su inscripción en el registro respectivo, la misma que caducara automáticamente con el cumplimiento satisfactorio de las reglas de conducta dentro del periodo de pena suspendida. En caso de ser revocado, con el cumplimiento efectivo de la pena efectiva.

NOVENO: DISPONGO que los actuados sean remitidos al Juzgado de Investigación Preparatoria para la ejecución de la presente sentencia respecto del cual se ha dispuesto.

TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL TRNASITORIA
R.N.N. ° 1315-2015
LIMA

Alcances sobre se delito de peculado

Sumilla. El delito de peculado es especial, característico de los injustos funcionariales. El círculo de sujetos activos se concreta en razón de la actualización funcional, en que se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le fueron confiados en mérito al cargo.

Lima, catorce de marzo de dos mil dieciséis.

VISTO: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica del procesado don **Julio Alejandro Navarro Aguilar** (folios mil cuatrocientos diecinueve a mil cuatrocientos veinticinco), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de veinte de setiembre de dos mil trece (folios mil cuatrocientos a mil cuatrocientos doce), emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, de la Corten Superior de Justicia de Lima, que condenó a don Julio Alejandro Navarro Aguilar, como autor de delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, en perjuicio del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES) como parte integrante del Estado peruano, a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años sujeto a reglas de conducta, inhabilitación de un año, y se fijó en setecientos cincuenta soles la reparación civil a favor de la entidad agaviada.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

2.1. El señor abogado del encausado refirió que su patrocinado fue condenado sin que exista medio probatoria que acredite su responsabilidad en los hechos atributos.

2.2. Sostuvo que a pesar de que la testigo Doña Rosa Liliana Robles Valverde encontró irregularidades en el procedimiento de verificación que efectuó al interior de la entidad agraviada, no obstante, dicha labor no está contemplada en el Manual de Organización y Funciones del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES).

2.3. Dijo que se vulneró el principio de congruencia con la emisión de la sentencia, puesto que se emitió pronunciamiento de fondo para luego resolver la excepción de naturaleza de acción

2.4. También dijo que no se respetó el principio de” igual derecho, igual razón”, ya que el Colegiado Superior absolvió al acusado Puicán Santos, en otro proceso (N° 28031-2006) por hechos similares a aquellos en que se halló responsable a su defendido.

2.5. Finalmente, refirió que no se acreditó la adulteración de las boletas de pago que se presentaron por concepto de viáticos, ni tampoco que el encausado haya apropiado de los caudales puestos bajo su custodia.

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA ACUSACIÓN

Se atribuyó al imputado que su condición de Técnico de Cobranzas de la Gerencia del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES), retuvo buena parte de las sumas que le fueron asignadas para cubrir sus gastos operativos en los viajes realizados por “comisión de servicio” al interior del país a las ciudades de Pisco San Andrés, Lagunillas y Laguna Grande (del catorce al veinticinco de agosto de dos mil cuatro); San Andrés, Pisco, Matarani, Mollendo, Ilo Morrosama Bilabial (del diez al veintidós de julio de dos mil cuatro); Lambayeque y Piura (del catorce al veinticinco de agosto de dos mil cuatro). Pretendió ocultar este apoderamiento con la presentación de boletas de venta adulteradas y fraguadas. Con su actuar ocasionó un perjuicio de S/55,00.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante el Dictamen N°580-2015 (folios veintiocho a treinta y uno del cuadernillo formado en esta Instancia), la Primera Fiscalía Suprema en lo Pe-

nal, opinó que se debe declarar haber nulidad en la sentencia impugnada; y, reformándola, absolver al encausado, porque la rendición de los viáticos con documentación adulterada se adecúa al delito contra la fe pública, del cual el colegiado concluyó no haber mérito para pasar a juicio oral; por tanto, no es posible continuar con la acción persecutoria respecto a este tipo penal; máxime si, conforme se aprecia en autos, la entidad agraviada, en la vía administrativa, le descontó al procesado el monto no sustentado.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El artículo 387, de Código Penal, modificado por la Ley N° 26198, en su primer párrafo establece que: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, de 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”.

1.2. El artículo 36, del Código Sustantivo, sostiene que se establecerá la inhabilitación de: 1) privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; y de, 2) incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

1.3. El artículo 426, del acotado Código, vigente al momento de los hechos refiere que: “Los delitos en los capítulos II y III de este Título (Título XVIII: Delitos contra la administración pública), serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme con los incisos 1 y 2, del artículo 36, de referido Código”.

1.4. El artículo 426, del Código Sustantivo, modificado con la Ley N° 29758, en su primer párrafo refiere que: “os delitos previstos en el capítulo II de este Título (Título XVIII: Delitos contra la administración pública) se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2”.

1.5. Los artículos 45 y 46 del Código Penal, indican que se deben tener en cuenta las condiciones personales del justiciable al momento de imponerle una pena.

1.6. En el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, de treinta de setiembre de dos mil cinco, la Corte Suprema de Justicia ha precisado la definición y estructura típica del delito peculado, señalando los elementos materiales del delito, la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos.

1.7. El artículo VII, del Código Penal, vigente al momento de los hechos, contempla, como principio, la proporcionalidad de las penas.

1.8. El artículo 57, del Código Penal, vigente al momento de los hechos, contiene los requisitos para suspender la ejecución de la pena.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1 En las ejecutorias supremas recaídas tanto en el Recurso de Nulidad número cuatro mil cuatrocientos ochenta y uno-dos mil ocho, de fecha once de marzo de dos mil diez, como en el número doscientos setenta dos mil nueve, de tres de marzo de dos mil diez, este Supremo Tribunal ha establecido que el término “viáticos”, constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su condición contractual, para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento, movilidad y traslados o desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional.

2.2 Desde se punto de vista, tiene naturaleza distinta a la administración, la percepción y la custodia, ya que en este subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer total o parcialmente del dinero otorgado, y el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el integro de la suma que por este concepto se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no hay rendido cuentas o lo haya efectuado de manera defectuosa, hechos que, en todo caso, deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad otorgó dicho concepto. Sin embargo, cuando al procesado se le asigna un monto por viáticos y este, para apoderarse de los caudales entregados para cumplir su labor encomendada, adultera boletas, se configura el delito *sub materia*.

2.3 A escala instruccional, el imputado precisó que sus funciones principales eran emitir estadísticas mensuales sobre los créditos de los clientes, hacer evaluaciones, de carteras; pero que adicionalmente la Gerencia de Crédi-

tos de FONDEPES lo convocaba para realizar cobranzas y visitas a los clientes sobre sus créditos. Efectivamente, dijo que no estaba dentro de sus funciones realizar cobranzas, pero por necesidad de servicio la Gerencia le encomendaba realizar este tipo de labores. La Gerencia de Crédito realizaba una solicitud por comisión de servicio la Gerencia General, y esta daba su visto bueno, por lo que le ponían en conocimiento verbalmente de las acciones a realizar, para ello, había una programación de viajes; que realizaba durante doce o trece días durante el mes. Asimismo, señaló que laboró en la institución agraviada once años, aproximadamente, que durante este tiempo manejó dinero de las cobranzas que realizaba en las provincias por comisión de servicios (folios setecientos treinta y tres a setecientos treinta siete). Esto se encuentra corroborado con el Certificado de Trabajo del procesado, que indica que se desempeñaba como Técnico de Créditos de Gerencia de Créditos, y que su superior directo era el jefe de la unidad de Colaboraciones; en tal sentido, el encausado tenía la calidad de servidor público (ver folio doscientos setenta y tres)

2.4 El Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES) tiene como una de sus funciones otorgar créditos promocionales de fomento para el desarrollo sostenido de la pesquería artesanal y de la acuicultura (ver Decreto Supremo N°007-2001-PE, que aprobó el reglamento de Organización de Funciones de FONDEPES, que obra en el folio doscientos cinco de autos). Por otro lado, la Unidad de Colocaciones, de la que dependía el procesado, es el órgano encargado de elaborar y ejecutar los programas de créditos de FONDEPE, evaluando las solicitudes presentadas, asegurado que cumplan con la documentación y requisitos exigidos, así como confirmando su veracidad (ver Decreto Supremo N° 007-2001-PE se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de FONDEPES, del folio doscientos diez).

2.5. Entre los meses de abril a agosto de dos cuatro, el procesado fue comisionado a distintas localidades del interior del país para realizar labores de cobranza de créditos otorgados por el FONDEPES a diferentes beneficiarios (pescadores artesanales); y viajó a las ciudades de Pisco, San Andrés, Lagunillas y Laguna Grande, del quince al diecinueve de junio de dos mil cuatro; a San Andrés, Pisco, Matarani, Mollendo, Ilo, Morro Sama y Vila Vila, del diez al veintidós de julio de dos mil cuatro, conforme se advierte de la resolución de Gerencia General N°. 319-2009-FONDEPES/GG de once de junio de dos mil cuatro y las autorizaciones de viaje N° 007-2004-FONDEPES/OA cuyos

números se consignaron en la Resolución de Gerencia General de los folios veintiséis y veintisiete; así como a otras ciudades del interior del país, que se detallan en los oficios de folios doscientos setenta y siete, trescientos, trescientos sesenta y cinco, trescientos setenta y seis, trescientos ochenta y seis y cuatrocientos seis.

2.6. Para el cumplimiento de su trabajo, se entregó al procesado sumas de dinero para la comisión de servicios, haciendo un total de S/. 3 971.00, conforme se advierte de la conclusión “A”, del dictamen Pericial N° 38-2005-DIR-COCOR-PNP/DIVIAMP-DICE (folios quinientos veintidós a quinientos treinta y siete), así como de las rendiciones de gastos por comisión de servicios, efectuados por el procesado, que obran de folios doscientos setenta siete a cuatrocientos seis.

2.7. Sin embargo, en las rendiciones de cuentas por comisión de servicios que realizó ante el FONDEPES adjuntó boletas de venta con importes de dinero adulteradas, conforme se desprende de las conclusiones emitidas en los Informes números 1929-2004-FONDEPES/OA; 005-2004-FONDEPES/O.A./CONT./L.R.V. y 001-2004-FONDEPES/O.A/U.CONT, de los folios mil cuarenta y cuatro a mil cincuenta y tres, de cuatrocientos cuarenta y nueve a cuatrocientos sesenta y ocho y de cuatrocientos setenta a cuatrocientos noventa y tres, respectivamente.

2.8. En el mismo sentido en el Dictamen Pericial N° 38-2005-DIR-COCOR-PNP/DIVAMP-DICE, de los folios quinientos veintidós a seiscientos treinta y cinco, ya referido precedentemente, se concluyó que el procesado incurrió en irregularidades para rendir los gastos efectuados por concepto de viáticos, puesto que presentó boletas de venta con montos superiores a los realmente consignados en los establecimientos que las emitieron, ello luego de realizar el cruce de información respectivo.

2.9. En tal sentido, se acreditó que el encausado en su condición de Técnico de Colocaciones de FONDEPES entregó documentación adulterada para su rendición de cuentas, puesto que los documentos de los folios setecientos sesenta a setecientos setenta y cinco, que se encontraban en poder del agente emisor tenía consignado un monto menor a los presentados por el procesado, lo que permite concluir que este pretendía apropiarse indebidamente del dinero entregado por viáticos, puesto que para rendir gastos falseó boletas de

venta, por lo que queda descartado el argumento de que no quedó acreditado el acto de adulteración.

2.10. En su calidad de servidor público el acusado podía disponer de los fondos públicos que le fueron asignados para el cumplimiento de su labor, función en la que se desempeñó durante once años y que por cuya razón, aprovechó dicha situación para apropiarse de manera dolosa de los dineros destinados como viáticos, para lo cual presentó documentos (boletas de venta) con datos falsos a la entidad laboral para lograr su cometido; en tal sentido, quedó acreditado el desplazamiento patrimonial de los caudales del Estado a la esfera de dominio personal y de esta forma transgredió los deberes funcionales de lealtad y probidad, y ocasionó un desmedro económico en la entidad agraviada, perjuicio que asciende a S/ 55.00, conforme se tiene de la pericia contable del folio quinientos veintidós. En suma, se encuentra acreditado el delito por lo que cabe rechazar el recurso de nulidad planteado por el acusado.

2.11. Con relación a que al encausado Puicán Santos se le absolvió por hechos similares a los que fue condenado el procesado, en su declaración testimonial refirió que dentro de su función también se vio vinculado en cuentas irregulares con boletas adulteradas, pero lo hizo sin observar los procedimientos establecidos en la Directiva cero dos-dos mil cuatro-FONDEPES, según la cual cuando hubiera alguna irregularidad pedirían la devolución del dinero y por ello le llamaron la atención porque, en su caso, no había alterado montos, por lo que se archivó la investigación en su contra, situación que difiere de la del procesado Navarro, descartándose de esta forma un trato desigual.

2.12. Con relación a que se vulneró el principio de congruencia procesal al emitir la sentencia; efectivamente, luego de valorar los hechos y pruebas el Colegiado Superior, se pronunció sobre el pedido de excepción de naturaleza de acción deducido durante el juicio oral por la defensa técnica del encausado, sin embargo, tal pronunciamiento no altera la coherencia de la decisión final.

2.13. Respecto de que la testigo Robles Valverde encontró irregularidades en el procedimiento de verificación que efectuó al interior de la entidad agraviada, no obstante que dicha labor no está contemplada en el Manual

de Organización y Funciones del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES), tal argumento no incide ni invalida la conclusión a la que se arribó sobre la adulteración de las boletas.

Sobre la inhabilitación

2.14. Con relación al quantum de la pena de inhabilitación, impuesta en un año, resulta adecuado para sus fines; sin embargo, el artículo cuatrocientos veintiséis, del Código Penal, citado en el acápite uno punto tres, del sustento normativo, el cual prevé que se impondrá la inhabilitación conforme con los numerales uno y dos, del artículo treinta y seis, vigente al momento de los hechos.

No obstante, hubo una modificación posterior de dicho artículo, que fue citado en el acápite uno punto cuatro, del sustento normativo, que indica que la pena de inhabilitación es accesoria, aunado a ellos, la fiscalía en la acusación escrita, así como en la requisitoria oral, únicamente solicitó la imposición de la inhabilitación contenida en el numeral dos, del artículo treinta y seis; por favorabilidad ha de aplicar la modificación; en consecuencia, no corresponde inhabilitar al encausado por el numeral uno, del artículo treinta y seis del Código Sustantivo, en tal sentido el exceso deviene en nulo.

Sobre las reglas de conducta fijadas

2.15. Las imprecisas reglas de conducta señaladas: “b. Abstenerse de relacionarse con personas que viven al margen de la ley (...). C. No frecuentar lugares de dudosa reputación”, no se ajustan a la naturaleza del hecho imputado y, en tal sentido, no resultan razonables, puesto que el procesado estuvo investigado por un delito que vulnera la administración pública, por lo que estas reglas deben ser declaradas nulas.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, con lo opinado por el señor fiscal supremo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de veinte de setiembre de dos mil trece (folios mil cuatrocientos a mil cuatrocientos doce), emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos

Libres, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a don Julio Alejandro Navarro Aguilar, como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, en perjuicio del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES) como parte integrante del Estado peruano, le impusieron tres años de pena suspendida por el plazo de dos años, sujeto a reglas de conducta, e inhabilitación de un año y se fijó en sentencias cincuenta soles la reparación civil a favor de la entidad agraviada.

II. DECLARAR NULA parte de la sentencia en cuanto fijó como reglas de conducta de suspensión de efectividad de pena privativa de libertad: b. Abstenerse de relacionarse con personas que viven al margen de la ley y c. No frecuentar lugares de dudosa reputación.

III. DECLARAR NULA la sentencia que decidió inhabilitarlo para la función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de elección popular, señalando en el numeral 1), del artículo 36, del Código Penal.

IV. Declarar NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene. Y los devolvieron. Interviene el señor Neyra Flores, por impedimento del doctor San Martín Castro.

S.S

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE NULIDAD N° 1441 – 2015

Límite del recurso de nulidad

Sumilla. Que respecto a los agravios formulados por el encausado y el señor representante del Ministerio Público, este centra el objeto del presente pronunciamiento en el ámbito del juicio de la determinación de la pena y de la reparación civil impuesta al procesado, excluyendo, de esta manera, cualquier análisis vinculado con la determinación de los hechos que integra el injusto cometido.

Lima, once de noviembre de dos mil quince.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el encausado RICARDO HAMILTON DE LA CRUZ CONTRERAS Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, contra la sentencia de fojas seiscientos veinte, del cinco de diciembre de dos mil trece, que condenó a Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras, como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y contra la Fe Pública – Falsificación de Documentos, ambos en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pichanaki, a cuatro y dos años de pena privativa de la libertad, respectivamente, las mismas que hacen un sumatoria de seis años de pena privativa de la libertad; y le impusieron noventa días multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso promedio diario, e inhabilitación por el lapso de cuatro años; y fijó en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la Municipalidad agraviada.

Interviene como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas seiscientos cuarenta y dos, insta la reducción del *quantum* de la pena impuesta, así como la pena de días multa y reparación civil. Alega que la Sala Penal Superior no ha realizado una correcta valoración d los medios probatorios, a efectos de imponer la pena, pues aceptó ser responsable de los hechos materia de imputación, así como asumió su responsabilidad penal al haber devuelto el dinero materia de apropiación ascendiente a seis mil ciento cincuenta y siete nuevos soles. Adicionalmente, agrega, que a efectos de imponer una pena debe tenerse en consideración que carece de antecedentes penales, judiciales y policiales, posee domicilio y trabajo conocidos, con una familia constituida, así como su confesión sincera. En cuanto al monto impuesto por concepto de reparación civil resulta ser exagerado y desproporcionado con los hechos. Arguye que se le impusieron noventa días multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso diario; sin embargo, no se ha tomado en consideración que dicho pago resulta imposible, no se ha tomado en consideración que dicho pago resulta imposible en razón que se encuentra privado de su libertad y, por ende, no percibe ingresos haciendo imposible su cumplimiento.

Por su parte, el señor representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas seiscientos cincuenta y dos, solicita el incremento de la pena impuesta al encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras. Alega que la sanción de seis años de privación de libertad resulta mínima, si se tiene en consideración la naturaleza, forma y circunstancias del injusto, más aun cuando el procesado ha pretendido eludir la acción de la justicia, y es una persona con formación superior y actuó con conciencia y voluntad en perjuicio de la entidad donde se desempeñaba como servidor público.

SEGUNDO. Que el señor representante del Ministerio Público, a través de su acusación, obrante a fojas trescientos setenta y tres y la sentencia impugnada, determinan que el procesado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras, en su condición de servidor público responsable del Registro Tributario de la Municipalidad Distrital de Pichanaki, se apropió de 6457,00 nuevos soles, dinero proveniente del tributo de licencia de apertura de establecimientos,

fraguando para tal efecto recibos de pagos del mes de septiembre del año dos mil dos, signados con los números 20064, 20078, 20165 y 201666.

TERCERO. Que respecto a los agravios formulados por el encausado y el señor representante del Ministerio Público, este centra el objeto del presente pronunciamiento en el ámbito del juicio de la determinación de la pena y de la reparación civil impuesta al procesado De La Cruz Contreras, excluyendo, de esta manera, cualquier análisis vinculado con la determinación de los hechos que integra el injusto cometido.

CUARTO. No obstante a lo antes señalado, el Fiscal Supremo en lo Penal, en su dictamen considera que no concurre uno de los delitos materia de imputación – falsificación de documentos-; afirma que solo uno de ellos – peculado- engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza al resto de los tipos penales, por lo que corresponde, previamente a la determinación judicial de pena, determinar ello.

Al respecto, se advierte que el encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras, en su condición de servidor público y en el orden de asignación de funciones, recibió la suma de 6157,00 nuevos soles por concepto de tributos, pues como responsable del registro tributario, era el encargado de recibirlos; para ello informaba a los usuarios la cantidad que debían de entregar en función a la deuda que tenían con la Municipalidad Distrital de Pichanaki; y le entregaba recibos similares a los de la Municipalidad (falsos) a los usuarios, con el objeto de justificar ante estos el pago recibido, de modo que se advierten dos comportamientos delictivos distintos, la falsificación de documentos y el que en su condición de servidor público lejos de entregar el dinero a entidad estatal se apropió de mismo incurriendo en peculado, de ahí que ambos concursan de modo real.

QUINTO. En este contexto, se aprecia que el delito de peculado, regulado en el artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, prevé una sanción no menor de dos ni mayor de ocho años de privación de libertad, mientras que el delito de falsificación de documentos, previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete, del acotado Código observa una sanción no menor de dos ni mayor de diez años de privación de libertad. Dentro de dicho marco, el Fiscal Superior solicitó en su acusación diez años de privación de libertad. Al respecto, esta Instancia Suprema estima que la pena impuesta por el Tri-

bunal Superior – cuatro años por el delito de peculado y dos por el delito de falsificación de documentos, lo que hace una sumatoria de seis años de pena privativa de libertad efectiva- no resulta proporcional a la lesión o afectación de los bienes jurídicos vulnerados, pues si bien la Sala consideró la naturaleza de la acción, el grado de instrucción – superior incompleta-, y la ocupación del encausado – quien tenía pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos-, y su carencia de antecedentes, no estimó en el presente adecuadamente el principio de prevención especial de la pena, al que se aúna el comportamiento reparador del inculpado, pues devolvió la totalidad de la suma apropiada, tal como se aprecia en las instrumentales obrantes a folios cincuenta y nueve y quinientos veintiuno; suma que, como se advierte, no revela un excesivo perjuicio patrimonial. De ahí que es pertinente considerar que en el caso del delito de peculado no es admisible imponer el máximo de la pena conminada, pues ella está reservada a conductas peculadoras de mayor gravedad, por lo que basta con la aplicación de una pena privativa de libertad efectiva, en circunstancias como estas, resulta desproporcionada, por lo que es del caso imponer una pena de tres años de pena privativa de libertad por el delito de peculado y un año de pena privativa de libertad por el delito de falsificación de documentos, lo que hace una sumatoria de cuatro años de pena privativa de libertad, que debe ir con el carácter de suspendida. La pretensión del recurrente debe ampararse, de conformidad con lo estipulado en el artículo cincuenta y siete, del Código Penal.

SEXTO. En cuanto a la pena conjunta de días multa, conforme con el artículo cuarenta y uno, del Código Penal, esta es una sanción pecuniaria que se traduce en la afectación del patrimonio (rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza) del condenado y se efectúa en el ámbito de la soberanía penal del Estado, cuyo importe se determina en dinero y este, a su vez, en días-multa. Como se aprecia en la sentencia impugnada, atinadamente le impuso al encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras noventa días multa, teniendo en cuenta los ingresos económicos del encausado, quien señaló en el juicio oral que percibe dos mil doscientos soles mensuales.

SÉTIMO. La reparación civil ha sido cuestionada por el encausado. Considera que el monto fijado –S/. 4000- es desproporcionado con los hechos, por lo que estima debe ser disminuido. Que en el presente caso, si bien ha

existido un daño irrogado a la Municipalidad Distrital de Pichanaki, también lo que el encausado devolvió el dinero apropiado ilícitamente – conforme con las instrumentales de folios cincuenta y nueve y quinientos veintiuno, por las sumas de S/. 2000 y S/. 4157, respectivamente, haciendo un total de S/. 6157 nuevos soles-, por lo que corresponde disminuir prudencialmente la reparación civil a dos mil nuevos soles teniendo en cuenta en ello los daños y perjuicios ocasionados por el encausado con su accionar.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **I) NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos veinte, de cinco de diciembre de dos mil trece, que condenó a Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras, como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y contra la Fe Pública – falsificación de documentos, ambos en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pichanaki. **II) HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que le impuso al encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras cuatro años de pena privativa de libertad por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y dos años de pena privativa de libertad por el delito contra la Fe Pública – Falsificación de documentos, que sumando ambas penas de acuerdo con el concurso real de delitos, la pena es de seis años de pena privativa de libertad. **REFORMÁNDOLA: le impusieron** a Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras tres años de pena privativa de libertad por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y un año de pena privativa de libertad por el delito contra la Fe Pública – falsificación de documentos, que sumando ambas penas, de acuerdo con el concurso real de delitos, la pena es de cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el término de tres años, bajo determinadas reglas de conducta: **a)** No ausentarse y/o variar la localidad de su domicilio sin autorización personal del juzgado competente. **b)** Comparecer personal y obligatoriamente al órgano jurisdiccional cada fin de mes para firmar el libro de control correspondiente y dar cuenta de sus actividades. **c)** Fijar domicilio real; bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad en caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta. **ORDENARON** la inmediata libertad del imputado, siempre y cuando no exista en su contra

mandato de detención emanado por autoridad competente; en consecuencia, **OFÍCIESE**, vía fax, a fin de concretar la libertad del imputado, a la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de Junín. **III) NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que le impuso al encausado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras noventa días multa, a razón del veinticinco por ciento de sus ingresos promedios diarios. **IV) HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en cuanto le impuso al procesado Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras la suma de cuatro mil nuevos soles como monto de reparación civil a favor de la Municipalidad agraviada. **REFORMÁNDOLA:** le **impusieron** a Ricardo Hamilton de la Cruz Contreras el pago de dos mil nuevos soles, como monto de la reparación civil a favor de la Municipalidad de Pichinaki. **V) NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **DISPUSIERON** se devuelva los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta Sede Suprema.

S.S

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO BA/bm

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE NULIDAD N° 379-2015

Inhabilitación y Absolución

Sumilla. 1. La inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente no es proporcional por lo cual la misma debe reducirse. 2. Con relación al delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, del mismo modo sobre la comisión del delito de Peculado por parte de la encausada esta es ajena al mismo porque no contribuyó a que sus coimputados se apoderen de recursos públicos —la apropiación no está referida a ella, al proceso de menor cuantía en que intervino-, por lo cual se absuelve de dicho delito.

Lima, veinticuatro de agosto de dos mil quince.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el encausado ERASMO URIEL ACLETO CHÁVEZ, y los imputados VILMA AÍDA CÁCERES GARCÍA, RAÚL RONALD RAMOS RAMOS y CARLOS ENRIQUE PEDRO CERCADO SÁENZ contra las siguientes sentencias:

- A. El primero, respecto de la sentencia conformada de fojas cinco mil trescientos cincuenta y ocho, del diecinueve de agosto de dos mil catorce, aclarada a fojas cinco mil setecientos noventa y dos, del veintitrés de enero de dos mil quince, en el extremo que condenándolo como autor de los delitos de omisión de actos funcionales y de colusión en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”, le impuso

la pena de inhabilitación por tres años respecto de los incisos uno y dos del artículo 36° del Código Penal, así como fijó en cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

- B. A los restantes, en lo concerniente a la sentencia ordinaria de fojas cinco mil seiscientos treinta y dos. del trece de noviembre de dos mil catorce, que condenó a Carlos Enrique Pedro Cercado Sáenz y Raúl Ronald Ramos Ramos como autores de los delitos de omisión de actos funcionales, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, peculado, colusión y uso de documento público falso en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo” a cinco años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el plazo de tres años y ciento ochenta días multa; y, condenó a Vilma Aída Cáceres García como cómplice primario de los delitos de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y peculado en agravio del Estado — Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo” a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, e inhabilitación por tres años. Fijó además en cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

OÍDO el informe oral.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Acleto Chávez en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos cuarenta y seis ampliado a fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y dos insta se excluya la pena de inhabilitación y se disminuya el monto de la reparación civil. Alega que la pena de inhabilitación viola su derecho al trabajo, pues no podría laborar y, con ello, pondría en riesgo su subsistencia y la de su familia, así como estaría imposibilitado de pagar la reparación civil; que al hacerse efectiva tanto la inhabilitación penal como la administrativa se vulneraría el *tic bis in idem*; que la reparación civil es excesiva al no tomar en cuenta su capacidad económica, pues sus ingresos líquidos no superan los setecientos cincuenta nuevos soles.

SEGUNDO. Que la encausada Cáceres García en su recurso formalizado de fojas cinco mil seiscientos setenta y seis solicita la absolución de los cargos.

Aduce que no se evaluó correctamente las pruebas respecto de ella, pese a que acreditó la corrección de su conducta con las facturas correspondientes; que la -Contraloría General de la República no tuvo a la vista dichas facturas; que los precios que ofertó estaban dentro de los parámetros especificados en las bases; que no tenía relaciones de amistad con sus coimputados; que el pago lo cobró completo y en efectivo.

TERCERO. Que el encausado Ramos Ramos en su recurso formalizado de fojas cinco mil seiscientos setenta y nueve requiere la absolución de los cargos. Arguye que no existe prueba de cargo suficiente; que no se configuró el delito atribuido, pues no se aprovechó del cargo ni actuó con ánimo doloso; que la pena tiene función preventiva y resocializadora.

CUARTO. Que el encausado Cercado Sáenz en su recurso formalizado de fojas cinco mil seiscientos ochenta y cinco pretende la absolución de los cargos. Refiere que las declaraciones de la encausada Arambulo Sáenz y el Informe de Verificación de Denuncia de la Contraloría General de la República no han sido corroborados con otras pruebas; que la encausada Cáceres García expresó que nunca se coludió con él, incluso todos los proveedores anotaron que se les pagó por los servicios prestados; que no se probó que adulteró o usó facturas falsas, ni que se interesó en el proceso de selección; que no se realizó una pericia contable y financiera que determine el supuesto perjuicio causado.

QUINTO. Que el encausado Acleto Chávez era el Director del Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”. El encausado Cercado Sáenz era Presidente del Comité Especial Permanente de los Procesos de Adjudicación del año dos mil siete y miembro del referido Comité Especial dos mil ocho. El encausado Ramírez Villegas era miembro del Comité en dos mil siete y Presidente del mismo en dos mil ocho. El encausado Ramos Ramos era miembro del citado Comité en los años dos mil siete y dos mil ocho. Y, Romero Aguilar era tesorero del referido Instituto los años dos mil siete y dos mil ocho.

SEXTO. Que las sentencias conformada y ordinaria declararon probado los siguientes hechos, que se desarrollaron desde enero de dos mil siete a junio de dos mil ocho;

1. Los acusados Cercado Sáenz y Ramos Ramos, como integrantes del Comité Especial Permanente del Instituto Público agraviado, valiéndose de

sus cargos concertaron voluntades con los condenados Ramírez Villegas, Romero Aguilar y Acleto Chávez y otorgaron la buena pro a los proveedores All Make Service SAC y Randall Service SAC. cuyo Gerente General es Ornar Jefferson Calle Ramírez (reo contumaz y sobrino de Ramírez Villegas), Evelyn Roxana Vásquez Campos, Hilda Rosa Palomino Sáenz -ambas sentenciadas conformadas- y Ornar Mena Salón.

2. Para favorecer a los citados proveedores efectuaron sobre calificaciones respecto a los puntajes de la evaluación técnica de propuestas en los procesos de menor cuantía número cuarenta y nueve, sesenta y tres- noventa y uno, ciento cuatro y ciento veinticuatro guión dos mil siete, así como en los procesos de menor cuantía número cero nueve, cincuenta y tres y cincuenta y seis guión dos mil ocho, en que las propuestas no contaban con la documentación sustentatoria solicitada en las bases administrativas que avale los puntajes asignados.
3. Asimismo, ejecutaron los procesos de menor cuantía número cuarenta y nueve, noventa y uno y ciento veinticuatro guión dos mil siete, cuarenta, cuarenta y ocho, cuarenta y nueve, cincuenta y tres, cincuenta y cuatro, cincuenta y seis y setenta guión dos mil ocho en el plazo de un día; mientras que en los procesos de menor cuantía número ciento cuatro y ciento siete guión dos mil siete, cero nueve, veintinueve y setenta y cinco guión dos mil ocho se demoró dos días, de tal forma que en ambos casos se contravino el principio de libre competencia, por no haberse previsto mecanismos que fomenten la más amplia pluralidad y participación de postores potenciales, de conformidad con la Ley de adquisiciones y Contrataciones del Estado.
4. De igual manera, en los procesos de menor cuantía número cero cuatro, cuarenta y setenta y cinco guión dos mil ocho se formularon cotizaciones falsas de los presuntos proveedores -con excepción de la propuesta del ganador de la buena pro-, con el único propósito de favorecer a los proveedores antes citados.
5. También fueron seleccionados los postores antes referidos, pese a que la documentación sustentadora y declaraciones juradas eran adulteradas, en los procesos de menor cuantía número sesenta y tres, noventa y uno, ciento cuatro, ciento seis, ciento siete y ciento catorce guión dos mil siete

y cero nueve, veintinueve, cincuenta y tres, cincuenta y seis, setenta y setenta y cinco guión dos mil ocho.

6. Se benefició a las empresas All Make Service SAC y Randall Service SAC. a las que se otorgó la buena pro, en los procesos de menor cuantía número cuarenta y nueve, ciento veinticuatro guión dos mil siete, cero cuatro, cuarenta y ocho, cuarenta y nueve y setenta guión dos mil ocho, a pesar que el gerente general era sobrino de un miembro del Comité: Ramírez Villegas.
7. Se quebró, además, las condiciones para la emisión de cheques. Éstos fueron girados a nombre de los acusados Cercado Sáenz y Ramos Ramos, por lo que utilizaron y se apropiaron indebidamente los caudales del Instituto, sin tener el sustento legal correspondiente. La apropiación se concretó respecto del cheque de fojas trescientos cuarenta y nueve, por la suma de cuarenta y cuatro mil novecientos noventa y dos nuevos soles, que correspondía al proceso de menor cuantía número ciento cuatro dos mil siete y que habría ganado Hilda Rosa Palomino Sáenz. De igual manera, en la supuesta contratación de servicios de asesoría legal por dieciséis mil quinientos nuevos soles.
8. Respecto del encausado Mercado Sáenz, los procesos de menor cuantía número cero nueve y veintinueve dos mil ocho nunca fueron ejecutados materialmente. Ha expresado la sentenciada conformada y prima de aquél, Liliana Arambulo Sáenz, que compró dos cheques por quince mil soles a solicitud de Cercado Sáenz, a quien le dio el dinero en cuestión.
9. Con relación a la sentenciada Vilma Aída Cáceres García, ella participó en el proceso de menor cuantía número cincuenta y cuatro dos mil ocho, para la adquisición de electrodomésticos y otros. Es del caso que pese a no contar con documentos de sustento fue declarada ganadora de la buena pro por la suma de cuarenta mil nuevos soles, proceso en el que también fue acreditado el proveedor Nasach Representación y Servicios Generales, representado por su gerente general Walter Sánchez Agama. pero que nunca se presentó como postor. Además se le entregó un puntaje adicional en el rubro “garantía del bien”, a pesar que su propuesta técnica no mencionaba garantía adicional, y que los precios que ofertó eran superiores a los del mercado. Ello revela que la acusada Cáceres García

concertó voluntades con Cercado Sáenz, Ramos Ramos y el conformado Ramírez Villegas a fin de que mediara un beneficio ilícito, para lo cual se firmó el comprobante de pago que expresa conformidad de recibo del cheque por el pago de los servicios, título valor que fue girado y cobrado por Cercado Sáenz.

SÉPTIMO. Que, como ha quedado expuesto, el encausado conformado Acleto Chávez, Director del Instituto agraviado, solo impugnó la parte de pena de inhabilitación y la cuantía de la reparación civil.

La inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426° Código Penal y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón a su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deben ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto en cuanto existe un vínculo objetivo de conexión entre cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo y prevalimiento del cargo que en este caso se cumple acabadamente.

Ahora bien, el tiempo de la inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente no es proporcional. Si se le ha impuesto cuatro años de dicha pena -de un máximo de quince años- no puede ser razonable que se le imponga el máximo de la pena de inhabilitación. Debe reducirse.

OCTAVO. Que en cuanto a la reparación civil, se tiene que las contrataciones de menor cuantía ascendieron, en un caso a trescientos veintitrés mil setecientos noventa y uno punto cincuenta y ocho nuevos soles y en otro a treinta mil diez nuevos soles -existen otras irregularidades en cuatro procesos de menor cuantía del año dos mil ocho por un monto de ciento setenta y ocho mil nuevos soles—. Así consta de los Informes de Verificación de Denuncia de fojas una y mil setecientos tres, expedidos por la Contraloría General de la República.

Siendo así, la cantidad fijada de cincuenta mil nuevos soles, que debe pagarse solidariamente entre todos los condenados no es irrazonable en orden a los daños ocasionados por las conductas delictivas perpetradas. Debe

enfatzarse que la reparación civil se fija en función al daño causado y no a la capacidad económica del imputado.

El recurso defensivo del encausado Acleto Chávez, por ende, debe estimarse parcialmente y así se declara.

NOVENO. Que los encausados Cercado Sáenz y Ramos Ramos integraron el Comité Especial Permanente del Instituto público agraviado; y, como tal, otorgaron la buena pro a diversos postores en el curso de los años dos mil siete y dos mil ocho.

Es especialmente significativo el examen realizado por la Contraloría General de la República y que dieron lugar a los Informes de Verificación de Denuncia de fojas una y mil setecientos tres. Estos Informes de Verificación fueron emitidos por los Auditores Gubernamentales Quispe Tapia y Luyo Robles, que los ratificaron plenariamente a fojas cuatro mil setecientos treinta y cuatro mil setecientos treinta y cuatro. Se procedió, ante la presentación de una denuncia, del examen de la institución afectada, sobre los ámbitos de aquélla, que determinó la confirmación de los cargos imputados. Se advirtieron irregularidades en trece procesos de selección de menor cuantía y actuaciones parcializadas de los funcionarios quienes beneficiaron indebidamente a una j serie de proveedores, en los años dos mil siete y dos mil ocho.

El primer Informe de Verificación número trescientos cincuenta y cinco guión dos mil ocho guión CG oblicua GDPC guión AR, de veintidós de diciembre de dos mil ocho, determinó que en trece adjudicaciones de menor cuantía para la ^contratación de bienes y servicios por un monto de trescientos veintitrés mil / setecientos noventa y uno punto cincuenta y ocho nuevos soles se benefició / indebidamente a seis postores. A este efecto se descubrió sobre calificaciones en seis procesos de selección, ausencia de documentación sustentaría conforme a las bases que avale la selección en tres procesos, inconsistencias en el contenido y origen de las cotizaciones en tres procesos -los proveedores no reconocen su participación en los presupuestos materia de comentario-, la duración de los procesos de selección fue de un día en seis selecciones y de dos días en cinco procesos, y, finalmente, los cheques de pago en cinco procesos de selección, se emitieron a nombre del funcionario del Instituto agraviado, contraviniendo normas de Tesorería.

El segundo Informe de Verificación número cero cuarenta y tres guión dos mil nueve guión CG oblicua GDPC guión AR, de veintisiete de febrero de dos mil nueve, estableció que el Instituto agraviado terminó pagando por concepto de prestación de servicios de asesoría la suma de cuarenta y nueve mil diez nuevos soles, pero no se identificó al abogado que prestaría el servicios -el DNI y la dirección no existen, ni consta su número de Colegiatura- y el cheque de pago fue cobrado por el encausado Cercado Sáenz -dos procesos de asesoría jurídica, número ciento seis y ciento catorce del dos mil siete-. También acreditó irregularidades en cuatro procesos de selección de menor cuantía en el año dos mil ocho para la adquisición de diversos bienes por un monto de ciento setenta y ocho mil nuevos soles: procesos de selección número cuarenta, cuarenta y ocho, cuarenta y nueve y cincuenta y cuatro del dos mil ocho.

DÉCIMO. Que a estos hallazgos de Auditoría Gubernamental se consolidan, primero, con la declaración del tesorero del Instituto agraviado Romero Aguilar -condenado conformado-, quien expresó que efectuó el cobro de los / cheques cuestionados a nombre de Cercado Sáenz y que los proveedores así se lo exigían [declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y tres vuelta]; y, segundo, con la declaración de Ramírez Villegas, miembro del Comité Especial Permanente, que otorgó la buena pro a las empresas de sus familiares All Make Service y Randall Service, el mismo que sostiene incluso que un cheque lo dejó firmado en blanco y lo cobró Cercado Sáenz, quien era el encargado de la calificación de los postores [declaración plenarial de cinco mil cuatrocientos ochenta y dos vuelta].

Otro proveedor, Ramírez Rodríguez, acoló que en cinco oportunidades presentó documentos falsificados para ganar la buena pro acreditando una experiencia que no tenía (declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y cinco). De igual manera, según la declaración de Vásquez Guerrero -se declaró prescrita la acción penal incoada contra ella- llenó cuatro facturas con datos falsos -por parte de Sánchez Agama: /condenado conformado- e, incluso, dos días después de su presentación cambió varios datos por orden de su jefe (declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y seis). De otra falsedad documental da cuenta Evelyn Roxana Vásquez Campos -condenada conformada- en su declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y cuatro.

Estos testimonios no hacen sino fortalecer las conclusiones de la Auditoría Gubernamental. Se actuó concertadamente para beneficiar a determinados postores, para lo cual se realizaron diversas conductas delictivas, así como en otros casos medió una apropiación de recursos públicos pues no existe documentación administrativa de la efectividad del servicio o entrega de bienes.

DÉCIMO PRIMERO. Que el encausado Ramos Ramos, miembro del Comité Especial Permanente, aduce no conocer el parentesco de Ramírez Villegas con los titulares de las empresas All Make Service y Randall Service; que todos en el Comité revisan la documentación presentada; que la rapidez de los procesos de selección se debió a la necesidad de contar con los bienes que requería el Instituto agraviado; que cobró un cheque por treinta mil nuevos soles para hacerle un favor a un proveedor [fojas dos mil novecientos veinte, mil ochocientos cinco y cinco mil cuatrocientos cuarenta y tres vuelta].

El encausado Cercado Sáenz, miembro del Comité Especial Permanente, arguye igualmente que no conocía el parentesco de Ramírez Villegas con los titulares de las empresas All Make Service y Randall Service; que las convocatorias entre uno y tres días se hicieron porque así lo permite el Reglamento; que no se sobrevaluó las propuestas y no apreció alteraciones en la documentación analizada; que es falso que se llamó a Sánchez Agama para que se presente y pague cinco mil ochocientos nuevos soles para resultar beneficiado; que no dio órdenes para que se gire cheques a su favor y era el Pleno quien revisaba el cumplimiento de los requisitos por los postores [fojas dos mil novecientos uno, cuatro mil ochocientos sesenta y tres y cinco mil cuatrocientos cincuenta y ocho vuelta].

DÉCIMO SEGUNDO. Que las constataciones periciales son contundentes. Los procesos de menor cuantía fueron claramente fraudulentos, concusionarios. Persiguieron, en la mayoría de los casos, favorecer a los interesados en desmedro de los intereses patrimoniales de la Administración -en concreto, del Instituto Tecnológico Público José Pardo-. Los medios utilizados, en la lógica de un concierto entre servidores públicos e interesados o empresarios privados, fueron no solo predeterminar de antemano al ganador —varios proveedores dijeron que no se presentaron a concurso alguno, tal como se indica en los Informes de Verificación, y se utilizaron proveedores

inexistentes, como es el caso de Arambulo Sáenz respecto de su primo Cercado Sáenz [declaración plenaria de fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y cinco vuelta] —, sino permitir que se presenten sin los requisitos necesarios e incluso con documentos adulterados, así como con montos sobre valorados —el concierto es evidente en el caso de modificación de documentos para garantizar el éxito de la selección, como consta del testimonio de Vásquez Guerrero—, A ello se agrega que se cobró cheques al margen de los procedimientos normativos: lo hicieron los propios funcionarios de la Institución y en pocos casos, incluso, se fraguó procedimientos de menor cuantía para apoderarse de los fondos del Instituto.

DÉCIMO TERCERO. Que la encausada Cáceres García niega los cargos. Agrega que cumplía los requisitos para adjudicarse la buena pro de venta de electrodomésticos; que presentó los documentos necesarios y las facturas, así como que se le pagó en una de las oficinas de la Institución (declaración preliminar de fojas dos mil novecientos cincuenta y nueve y declaración plenaria de fojas cinco mil trescientos ochenta y ocho vuelta).

Dicha encausada está comprendida en el proceso número cincuenta y cuatro guión dos mil ocho. Éste se llevó a cabo en un solo día [fojas dos mil setecientos dos] y fue el encausado Cercado Sáenz quien cobró el cheque por cuarenta mil nuevos soles [comprobante de pago de fojas dos mil setecientos diecisiete] y se le calificó como experiencia veinte puntos cuando le correspondía menos [fojas dos mil seiscientos setenta y siete y dos mil seiscientos setenta y nueve], siendo de puntualizar que los documentos de fojas cinco mil trescientos noventa y tres y cinco mil cuatrocientos cuarenta y dos son de fecha posterior y no han sido analizados como corresponde, por ende, no prueban la experiencia afirmada. Esas referencias, como es obvio, revelan el concierto existente.

El recurso defensivo de dicha encausada, respecto del juicio histórico, debe desestimarse y así se declara.

DÉCIMO CUARTO. Que la Fiscalía Suprema en la parte expositiva del dictamen de fojas ciento treinta y seis del cuaderno de nulidad, formado en esta sede suprema, considera que la sentencia conformada está arreglada a ley. Empero, respecto de la sentencia ordinaria, estima que existen defectos de motivación respecto a la determinación de la responsabilidad, a la subsunción normativa e. incluso. a la pena impuesta.

Respecto de lo primero, lo palmario del dictamen para afirmar la corrección jurídica de la sentencia conformada, tal como se ha desarrollado en esta Ejecutoria, determina que pueda absolverse el grado sin problema alguno, aun cuando no lo precisó en la parte final de esa sección del dictamen.

En cuanto a la nulidad de la sentencia ordinaria, cabe acotar lo siguiente:

1. Nada de lo que importe una respuesta punitiva más intensa puede ser acogido, porque el Fiscal Superior no formuló recurso contra esa sentencia.

2. El recurso solo viene por parte del imputado y se circunscribe a una absolución o, en su caso, a una pena inferior derivada incluso de un juicio de subsunción más favorable.

3. El grado solo debe pronunciarse sobre el juicio histórico de la sentencia y, por extensión, sobre el juicio jurídico, en tanto en cuanto vaya asociado a una respuesta punitiva menos intensa.

4. Es cierto que ante una nulidad insubsanable o radical es posible, al margen de la pretensión impugnativa, declararla, siempre y cuando no vulnere el principio de interdicción de la reforma peyorativa, ya que la respuesta judicial no puede ir contra el garantizado con la norma fundamental presuntamente vulnerada.

5. En materia de motivación, salvo ausencia absoluta de ella o cuando medie incoherencia manifiesta en sus lineamientos lógicos, no cabe anularla por la presencia de determinados vicios no sustanciales y, por el contrario, en aras de la exigencia de interdicción de dilaciones indebidas o del plazo razonable, previa censura, cabe completarla y pronunciarse en vía recursal sobre el fondo del asunto.

DÉCIMO QUINTO. Que es claro que el Superior Tribunal expuso los cargos, dio cuenta de las pruebas actuadas en relación a la acusación y, esencialmente, detalló las irregularidades incurridas en cada uno de los procesos de menor cuantía cuestionados -así lo reconoce la Fiscalía Suprema- Solo se cuestiona, en el juicio jurídico, la subsunción normativa y, luego, la determinación de la pena. Estos ámbitos son importantes, pero pueden subsanarse en esta sede suprema. Por lo demás, en orden a la pena impuesta, lo que no es posible hacer es resaltar el error en el procedimiento de determinación para arribar a una respuesta punitiva más intensa al no recurriría el Fiscal Superior, de ahí que la nulidad no procede.

DÉCIMO SEXTO. Que, desde la subsunción de los hechos probados a los tipos legales correspondientes, se tiene: Primero, medió un concierto entre los funcionarios públicos que determinaron la buena pro y los interesados -empresarios privados-. Segundo, asimismo, a sabiendas, se usó documentos privados falsos para justificar las propuestas y determinados requisitos. Tercero, bajo la figura de un inexistente proceso de menor cuantía, se cobró en algunos casos cheques ilegalmente, cuyo monto no retornó a la institución -no nada que demuestre que el dinero respectivo de la Institución fue para un pago final a un proveedor concertado-. Cuarto, el delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, pues no solo se trata de una mero interés indebido en una actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público. Quinto, siendo así, sólo se han cometido tres delitos: colusión, peculado y uso de documento privado, en concurso real —no ideal: varias conductas cometidas en tiempos distintos, aunque conexas en atención a los procesos de menor cuantía objetados, que vulneran varios tipos legales. Sexto, en estas condiciones, vistos los delitos perpetrados por Cercado Sáenz y Ramos Ramos -los cuales incluso quisieron acogerse tardíamente a la conformidad procesal (fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y siete, de la audiencia del siete y veinte de octubre de dos mil catorce)- y los criterios de adición de penas impuestos para el concurso real de delitos (artículo 50° del Código Penal), y atento al techo fijado por el Tribunal Superior, más allá de que sería del caso una pena mayor, no cabe otra opción que ratificar la pena impuesta. Séptimo, de otro lado, se condenó a Cáceres García por dos delitos: negociación incompatible y peculado; empero, respecto del último delito, desde luego, es ajena al mismo porque no contribuyó a que sus coimputados se apoderen de recursos públicos -la apropiación no está referida a ella, al proceso de menor cuantía en que intervino-; y, en referencia al primer delito, es evidente el concierto para que pueda obtener la buena pro en la venta de electrodomésticos, pero como no se le ha imputado cargos por colusión, sino por negociación incompatible -que es un delito menor, con menos exigencias típicas, en relación al de colusión y da cuenta de un interés indebido, respecto de ella, de sus coimputados en los procesos en los que intervinieron por razón

de su cargo-, solo cabe ratificar ese extremo de la condena, sin perjuicio de disminuir la inhabilitación al mínimo legal, para compatibilizar las dos penas principales impuestas.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de fojas cinco mil trescientos cincuenta y ocho, del diecinueve de agosto de dos mil catorce, aclarada a fojas cinco mil setecientos noventa y dos, - del veintitrés de enero de dos mil quince, en el extremo que condenando a ERASMO URIEL ACLETO CHÁVEZ como autor de los delitos de omisión de actos funcionales y de colusión en agravio del Estado — Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”, le impuso la pena de inhabilitación respecto de los incisos uno y dos del artículo 36° del Código Penal, así como fijó en cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, II. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia conformada en la parte que aplicó tres años de inhabilitación; reformándolo: le **IMPUSIERON** un año y seis meses de dicha pena. III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia ordinaria de fojas cinco mil seiscientos treinta y dos, del trece de noviembre de dos mil catorce, en cuanto condenó a CARLOS ENRIQUE PEDRO CERCADO SÁENZ Y RAÚL RONALD RAMOS RAMOS como autores de los delitos de peculado, colusión y uso de documento público falso en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo” a cinco años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el plazo de tres años y ciento ochenta días multa; y, condenó a VILMA AÍDA CÁCERES GARCÍA como cómplice del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado — Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo” a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, e inhabilitación. Fijó además en cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil. IV. Declararon **HABER NULIDAD** en la aludida sentencia ordinaria en el punto que impone a Cáceres García 3 años de inhabilitación, reformándola: le **IMPUSIERON** un año y seis meses de dicha pena. V. Declararon **HABER NULIDAD** en dicha sentencia ordinaria en los extremos que condenó a Carlos Enrique Pedro Cercado Sáenz y Raúl Ronald Ramos Ramos como autores de los delitos de

omisión de actos funcionales y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”; y, condenó a Vilma Aida Cáceres García como cómplice del delito de peculado en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”; reformándola en ambos puntos: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por los referidos delitos en agravio del Estado - Instituto Superior Tecnológico Público “José Pardo”. En consecuencia, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en esos puntos y se **ANULEN** sus antecedentes policiales y judiciales sobre el particular. **V.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contienen ambas sentencias y es materia del recurso. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/amon

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

ASUNTOS VARIOS N° 05-02

Sentenciado : Waldo Enrique Ríos Salcedo y otros.

Delito : Cohecho Pasivo Impropio y otro.

Agraviado : El Estado

Lima, veintiséis de febrero de dos mil quince.-

AUTOS Y VISTOS: Con el informe de Secretaría que antecedente, y en mérito a la Resolución Administrativa N° 096-2015-P-PJ emitida por la Presidencia del Poder Judicial, mediante la cual habilitan al suscrito como Juez Supremo Instructor; en tal virtud, avocándose al conocimiento de la presente: puestos los autos a despacho para resolver el petitorio del sentenciado Waldo Enrique Ríos Salcedo, mediante el cual solicita la rehabilitación de la condena impuesta por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Conforme se aprecia de autos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema sentenció el 03 de junio de 2008 a Walter Enrique Ríos Salcedo y otros, por los delitos contra la Administración Pública – Cohecho Pasivo Impropio, y por el delito contra el Patrimonio – Receptación, en agravio del Estado, imponiéndose cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, con reglas de conducta por el periodo de prueba de tres años; asimismo, se le impuso la pena de inhabilitación por el periodo de prueba de tres años; asimismo, se le impuso la pena de inhabilitación por el periodo de tres años conforme al artículo 426° del Código Penal, y los incisos 1 y 2 del artículo 36° del mismo cuerpo legal, además, noventa días multa que deberá pagar a favor del Tesoro Público, así como el pago de cien mil nuevos soles por concepto de reparación civil en forma solidaria con sus cosentenciados a favor del Estado.

SEGUNDO: La citado sentencia, al ser impugnada, se elevó con recurso de nulidad a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

de la República, que mediante Ejecutoria del 04 de mayo de 2009 (folios 189) declaró No Haber Nulidad en el extremo de la condena, declarando Haber Nulidad en cuanto a la suma de cien mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar Waldo Ríos Salcedo y su demás cosentenciados, y reformándola fijaron en un millón de nuevos soles el monto que por dicho concepto deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada, integrando y precisando que el pago de noventa días multa es a razón del 25% del ingreso diario de cada sentenciado.

TERCERO: El artículo 69 del Código Penal señala: “El que ha cumplido con la pena a medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite”, siendo ello así, la rehabilitación opera automáticamente, esto es, sin más trámite que el puro y simple cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta. En el caso en concreto, el cumplimiento de la pena por parte del sentenciado Waldo Enrique ríos Salcedo – cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución-, computada desde el día en que el órgano jurisdiccional superior emitió su decisión, que data del 03 de junio de 2008 – apreciándose en la condena impuesta, que el periodo de prueba se inició el 03 de junio de 2008 y venció el 02 de junio de 2011- se ha cumplido aunque se haya interpuesto recurso de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 del Código de Procedimientos Penales.

CUARTO: Asimismo, se tiene que la reparación civil fijada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en un millón de nuevos soles ha sido abonada en su integridad por parte del peticionante, conforme es de verse de la razón emitida por Secretaría, en las que se adjuntan las consignaciones judiciales, así como los Testimonios de Escritura de Donación ante la Notaría Espinoza Oré, conforme al detalle que se indica:

I.- Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100317 por la suma de ciento veintiocho mil quinientos y 00 soles, otorgados en donación por Christian Luis Cárdenas Depaz a favor de Waldo Enrique Ríos Salcedo según el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26959; II) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100315 por la suma de sesenta mil y 00 soles, otorgados en donación por Daniel Humberto Reynafarje Quiroz a su favor conforme el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N°

26957; III) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100315 por la suma de ciento cuarenta mil 00 soles, dinero otorgado en donación por Patricia Leonor Quezada Barrera a favor del citado solicitante, conforme el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26958; IV) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100314 por la suma de cuarenta mil y 00 soles, otorgados en donación por José Enos Neyra Flores a favor el acotado peticionante, según el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26955; V) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100322 por la suma de ciento ochenta y un mil quinientos y 00 nuevos soles, dinero donado por Iris Mylуска Aldea Correa a favor de Waldo Enrique Ríos Salcedo conforme el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26952; VI) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100321 por la suma de doscientos veinte mil y 00 soles, otorgados en donación por Sabik Alioth Soriano Navarrete a favor del solicitante, conforme el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26953; VII) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100320 por la suma de noventa mil y 00 soles, dinero por Javier Remberto Contreras Lara a su favor, según el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26954; VIII) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100319 por la suma de sesenta mil y 00 soles, donados a favor del peticionante por Guillermo por Guillermo Washington Oviedo Velásquez, conforme el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26960; y IX) Depósito Judicial Administrativo N° 2015002100318 por la suma de ochenta mil y 00 nuevos soles, suma donada por Miguel Ángel Peralta Merino a favor de Waldo Enrique Ríos Salcedo, según el Testimonio de la Escritura de Donación – Kárdex N° 26956, ante la citada Notaría. De igual manera, el monto de cincuenta y dos mil cien y 00 nuevos soles que el citado Ríos Salcedo abonó en su oportunidad mediante Depósito Judicial Administrativo N° 2014006600724 conforme el escrito de folios 1721, el mismo que fue proveído teniendo por consignada dicha suma por concepto de reparación civil mediante resolución de folios 1725; teniéndose por cancelada la reparación civil en su totalidad.

QUINTO: Conforme se precisó líneas arriba, el recurrente también fue condenado al pago de noventa días multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso diario – véase fojas ciento ochenta y nueve-; al respecto es necesario precisar que de la revisión del expediente se advierte que éste no cumplió con hacer efectivo dicho pago. No obstante debe precisarse que tanto

la acción penal y la pena no son sempiternas, pues su exigencia está sujeta al paso del tiempo, esto es, la acción pena y la pena están sujetas a los plazos de prescripción. Al respecto es necesario acotar que los plazos de prescripción de la pena son los mismos que los establecidos para la acción penal, según lo prevé el artículo 86 del Código Penal: **“El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme”**.

SEXTO: Ahora bien, a efectos de establecer los plazos de prescripción para la pena de multa impuesta al recurrente deben hacerse dos precisiones de suma relevancia. En principio que la pena de multa impuesta resulta ser una de carácter principal¹³²- el tipo penal de receptación por el que también fue condenado lo exige-, en segundo lugar, que al ser una pena principal el cómputo del plazo de prescripción se rige conforme a lo establecido en el quinto párrafo del artículo 80 del Código Penal, el cual precisa: **“en los delitos que merezcan otras penas la acción prescribe a los dos años”**.

SETIMO: En esa línea y en atención a lo establecido en el artículo 86 del Código Penal **“... El Plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme”**, el plazo para la prescripción de la pena de multa que se impusiera al recurrente se computa desde el cuatro de mayo de dos mil nueve – fecha en que se emitió la Ejecutoria Suprema de fojas ciento ochenta y nueve-, esto es, a la fecha han transcurrido más de dos años desde que la sentencia emitida contra el recurrente quedó firme, por ende, la citada pena ha prescrito por el paso del tiempo y no puede ser exigible por el Estado.

DECISIÓN:

En consecuencia, de conformidad con el artículo 69° del Código Penal, se resuelve: declarar **PROCEDENTE** la solicitud de **REHABILITACIÓN** presentada por el sentenciado Waldo Enrique Ríos Salcedo e la instrucción que se le siguió por los delitos contra la Administración Pública – Cohecho Pasivo

132 Al respecto el Juez Supremo Víctor Prado Saldarriaga refiere: “Resulta frecuente encontrar resoluciones judiciales donde se otorga a la pena pecuniaria la calidad de pena accesoria, pese a que el Código Penal vigente sólo concede tal condición a la pena de inhabilitación”. Cfr. Víctor Prado Saldarriaga, “Determinación Judicial De La Pena y Acuerdos Plenarios”, Editorial IDEMSA, primera edición, 2010 Lima – Perú página 75.

Impropio, y por el delito contra el Patrimonio – Receptación, en agravio del Estado. **OFICIÁNDOSE** a las autoridades respectivas para la anulación de sus antecedentes penales y policiales, así como al Jurado Nacional de Elecciones solicita; y cumplido que sea, **REMÍTASE** al archivo central de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la debida nota de atención. Oficiese y notifiquese.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

RECURSO DE NULIDAD N° 3864-2013

JUNIN

EJECUTORIA VINCULANTE

Determinación Judicial de penas principales conjuntas.

Sumilla. En delitos sancionados con penas conjuntas, la concurrencia de reglas de bonificación procesal, como la conclusión anticipada de la audiencia, debe proyectar sus efectos de reducción de la pena, con igual eficacia porcentual sobre todas las penas aplicables.

Sentencia vinculante, de conformidad con el inciso 1, del artículo 301-A, del Código de Procedimientos Penales.

Lima, ocho de septiembre de dos mil catorce

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la acusada MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILCA, contra la sentencia conformada de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre de dos mil trece; y de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Primero. Que la procesada MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA, en su recurso formalizado de fojas trescientos ochenta y tres, alega que

si bien al inicio del juicio oral se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral prevista en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y admitió su responsabilidad en los hechos materia de imputación, el Tribunal de Instancia no ponderó que desconocía de la sustancia ilícita que trasladaba en la maleta que portaba, limitándose a aceptar el monto económico ofrecido, el cual necesita para tratarse de los males que la aquejaban, sin conocer de la antijuricidad de su conducta (error de prohibición vencible o invencible), por lo que se configura en su caso una causal de exculpación. Que ello se acredita con la documentación que adjunta a su recurso, por lo que solicita la anulación de la condena y pena impuesta y se le absuelve de los cargos imputados.

II. HECHOS IMPUTADOS

Segundo. Que en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y ocho, se atribuye a Maribel Verónica Andrade Da Silva, la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico, en su forma agravada, en perjuicio del Estado peruano.

Que aproximadamente a las tres horas, del trece de agosto de dos mil doce, cuando el personal policial de la División Antidrogas de Huancayo y del Control Ecológico de la Garita de la Oroya, intervino el vehículo de la Empresa de Transportes GM-Internacional, de placa de rodaje WdosM-novecientos cincuenta, procedente de Tingo María con destino a la ciudad de Lima y en su bodega se ubicó la maleta de lona, de color negro y plomo, marca Newwest, la cual estaba asegurada con un candado marca Forte y tenía engrampado el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós. Al abrirse dicha maleta se encontraron camuflados, entre una colcha polar, una almohada y un sacón, un total de veintiún paquetes de forma rectangular que contenía una sustancia blanquecina pulverulenta, con un peso de quince kilogramos con seiscientos noventa y tres gramos, que al ser sometida a la prueba de campo, arrojó positivo para clorhidrato de cocaína, como se registra en el informe pericial de química para drogas número nueve mil ciento uno/doce de fojas ciento setenta y dos. Al indagar la policía respecto al propietario de dicho equipaje se verificó que pertenecía a la procesada Andrade Da Silva, quien viajaba en el asiento número cincuenta y cinco, con boleto de viaje número

cero cero noventa y dos mil doce, al cual, además, le correspondía el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós.

III. ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS

Tercero. Que en el caso sub lite, se advierte que la pretensión impugnatoria de la recurrente está dirigida a obtener su absolución (exención de culpabilidad), porque habría incurrido en error de prohibición, al desconocer que trasladaba droga en la maleta que le entregó una persona de nombre Ambrosio Kárate lo que aceptó por el estado de necesidad que atravesaba, según la documentación que adjuntó a su recurso impugnatorio.

Cuarto. Que, sin embargo, al tratarse de una sentencia conformada, el Tribunal de Instancia no puede apreciar prueba alguna, no solo porque no puede generarse esta, sino, también, porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada a los cargos imputados, no autoriza a valorar en la etapa de instrucción.

Que, esto último constituye criterio jurisprudencial vinculante, establecido en el fundamento jurídico noveno, del Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho (Conclusión anticipada del juicio oral, pluralidad de acusados y ruptura del proceso); por lo que los agraviados propuestos por la impugnante resultan infundados.

IV. GRADUACIÓN DE LAS PENAS DE MULTA E IN HABILITACIÓN

Quinto. Que pese a no ser amparables los agravios planteados por la recurrente, encontrándose habilitado este Supremo Tribunal para revisar en lo que sea favorable al imputado las sanciones impuestas, cabe señalar que la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más pena principales. A esta modalidad de conminación penal se le denomina “penas conjuntas”. Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o partícipe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley.

Sexto. La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias

atenuantes o agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe. Por consiguiente, al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizada por el órgano jurisdiccional.

Séptimo. En atención a lo expuesto, no es explicable, en el presente caso, que el resultado punitivo en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo, del Código Penal, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal.

Octavo. En consecuencia, pues se deben reducir proporcionalmente las penas de multa e inhabilitación en función a una extensión porcentual equivalente a la que se ha establecido para la pena privativa de libertad.

Sin embargo, cabe precisar también que al tener la pena de inhabilitación en el artículo treinta y ocho del Código Penal un estándar mínimo genérico de seis meses, la aplicación concreta de esta clase de pena para el caso sub iúdice debe graduarse prudencialmente, a fin de que no pierda su sentido y eficacia punitiva.

Noveno. En ese contexto, para la reducción proporcional de la pena de multa debe tomarse como base del cálculo porcentual, los diez años de privación de libertad impuestos a la recurrente, que representan un estándar por debajo del mínimo legal establecido para dicha clase de sanción.

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simples) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición, representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de reducción

que el Tribunal de Instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días multa.

Décimo. Que al haberse establecido en esta resolución el procedimiento para determinar las penas de multa e inhabilitación, cuando concurren como penas conjuntas y principales, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencia el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

Décimo primero. Que en relación con la pena de la multa el señor juez supremo Salas Arenas tiene un criterio distinto al que comparten los demás integrantes que suscriben esta ejecutoria, por lo que los fundamentos y efectos de su posición se consignarán en el correspondiente voto singular.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I) Por unanimidad, NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre de dos mil trece, que condenó a MARIBEL VERÓNICA ANDRARE DA SILVA como autora del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico en su forma agravada, en agravio del Estado peruano, y como tal le impuso diez años de pena privativa de libertad, fijando en la suma de cincuenta mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la parte agraviada.

II) Por unanimidad, HABER NULIDAD en el extremo que impuso a la condenada cinco años de pena de inhabilitación, conforme con el artículo treinta y seis, inciso dos, del Código Penal; reformándola: **FIJARON** un año de pena de inhabilitación.

III) Por mayoría, HABER NULIDAD en cuando se impuso ciento ochenta días multa; reformándola: **IMPUSIERON** ciento diecinueve días multa, con una cuota dineraria diaria equivalente al veinticinco por ciento de su ingreso promedio diario.

IV) Por unanimidad, NO HABER NULIDAD en lo demás que al respecto contiene dicha sentencia.

V) Por unanimidad, DISPUSIERON que los fundamentos jurídicos cinco, seis, siete, ocho y nueve de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTIN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A 1) LA IMPOSICIÓN DE LAPENA DE MULTA E INHABILITACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL A LA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD FIJADA. 2) EL IMPACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN, ES COMO SIGUE:

Lima, ocho de septiembre de dos mil catorce.

DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

La proporcionalidad de las dimensiones o magnitudes importa la conformidad o proporción de una partes del todo o de cosas relacionadas entre sí (concepto de *proporcionalidad* según de la Real Academia Española).

En virtud a tal principio, el *quantum* fijado sobre la base de criterios objetivos, debe expresar el sentido de que a una mayor o menor pena, de tal forma que si se determinara la privación de libertad en su extremo mínimo, las copenalidades de multa e inhabilitación deberán, en principio, ser fijadas también en sus extremos mínimos.

Constataba la presencia de desproporción, procede la corrección tomando como base la pena privativa de libertad impuesta respecto de su mínimo legal o, en su caso, del extremo máximo conminado, teniendo siempre en cuenta el principio de *non reformatio in peius*.

IMPOSICIÓN DE LA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN EN DORMA PROPORCIONAL A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD			
ENCAUSADO	PENAS EN SU EXTREMO MÍNIMO	IMPOSICION SEGÚN SENTENCIA	IMPOSICION EN FORMA PROPORCIONAL RESPECTO DEL MÍNIMO LEGAL
MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA	AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE DÍAS MULTA LIBERTAD	10 AÑOS	10 AÑOS
	180 DÍAS MULTA	180 DÍAS MULTA	119 DÍAS MULTA
	6 MESES DE INHABILITACIÓN	5 AÑOS	4 MESES

El legislador ha considerado que la sanción, en el caso de conductas ligadas al tráfico de drogas debe incidir, en principio, en dos variantes de la libertad ambulatoria propiamente (prisión) y la libertad de ejercer atribuciones diversas (inhabilitaciones), y además en el patrimonio (la multa); claramente la conducta ilícita genera múltiples y predeterminadas consecuencias, tanto en el terreno penal como en el ámbito civil.

La sanción de inhabilitación que corresponde por el delito de tráfico ilícito de drogas es principal y el artículo treinta y ocho del Código Penal fija el plazo mínimo y máximo de la sanción a imponerse, el cual debe ser observado al determinar la pena específica y de existir beneficio premial por confesión sincera o conclusión anticipada, el descuento correspondiente debe alcanzar a todas las penas aplicables y no solo a la privativa de libertad, como limitativamente se hace.

De igual forma, el incremento o reducción de la pena impuestas en primera instancia, debe alcanzar a todas las copenalidades impuestas y la corrección proporciona como remedio ante una indebida determinación de la dimensión de las sanciones conjuntas, debe alcanzar a la inhabilitación en la misma relación, considerando los límites legales dejando de lado la arbitrariedad tanto más que existe norma delimitadora.

Este criterio ha sido expresado en diversos pronunciamientos anteriores del suscrito: así, como fundamento adicional, en el Recurso de Nulidad N° 26-2014 de Ayacucho, de diecinueve de agosto de dos mil catorce; como voto singular recaído en el Recurso de Nulidad N° 3894-2013 de Loreto, de veintinueve de agosto de dos mil catorce, aplicando el descuento a la pena de multa como se plasma en la presente ejecutoria vinculante, y desarrollando la proporcionalidad de las penas en la Ejecutoria N° 3458-2013 de Lambayeque, haciendo extensivo su aplicación a la pena de inhabilitación.

Sin embargo, este último criterio (reconocer a la inhabilitación como pena que debe ser proporcional a las de multa y privativa de libertad), aún no ha sido aceptado al considerar que al imponerla por debajo del límite inferior de seis meses, perdería su sentido y eficacia, criterio que el suscrito no comparte, dado que el legislador ha establecido límites de punición que deben ser observados, y si la pena privativa de libertad se impone por debajo del mínimo legal, lo propio debe hacerse con las copenalidades de multa e inhabilitación.

No cabe duda que allí donde la pena (entendida como sanción integral) no sea proporcional solo cabe reducirla o aumentarla según sea el caso, y para la reducción en los casos de penas por debajo del mínimo legal es posible hacer el cálculo proporcional tomando en cuenta la dimensión porcentual respecto del mínimo legal de pena privativa de libertad que se impuso y aplicarlo a las penas de multa e inhabilitación, sin embargo, cuando la pena se encuentra dentro de los márgenes previstos por la norma debe aplicarse tomando en cuenta el plazo de pena entre el mínimo y el máximo legal, como en el siguiente cuadro que no agota el tema¹³³:

Primer párrafo, artículo 296 del CP. El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, o las posea con este último fin, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, conforme con el artículo 36, incisos 1,2 y 4.		
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (DE 8 A 15 AÑOS)	MULTA (DE 180 A 365 DÍAS MULTA)	INHABILITACIÓN DE 6 MESES A 5 AÑOS (MESES DE 30 DÍAS; DE 180 A 1800 DÍAS) PARA DELITOS COMETIDOS ANTES DEL 18 DE ENERO DE 2013.
8	180	180
9	206	411
10	232	642
11	258	873
12	284	1104
13	310	1335
14	336	1566
15	365	1800

Así, si la pena privativa de libertad impuesta fuera de nueve años, corresponderá imponer doscientos seis días multa y cuatrocientos once días de inhabilitación (un año, un mes y veintiún días), no nueve años de la primera, ciento ochenta días multa y cinco años de inhabilitación, como suele hacerse, puesto que ello constituye una expresión de arbitrariedad en su imposición.

¹³³ Hay varias formas de alcanzar el mismo resultado y se prepara una propuesta para que este procedimiento se realice de modo técnico.

DEL IMPACTO DE LA PRISION PREENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACION

1.- En el análisis interpretativo del sentido del artículo cuarenta y siete, del Código Penal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) El primer párrafo, del citado dispositivo legal, establece que la privación de la libertad, decidida intraproceso penal, al decretarse el mandato de detención, reviste importancia gravitante para el descuento del quantum de la pena de la misma naturaleza que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal; de tal forma que incide a razón de un día de prisión preventiva por cada día de pena privativa de libertad.

ii) Por mandato del segundo párrafo, del referido artículo, la pena privativa de libertad también sufrirá efectos compensatorios y, en su caso, cancelatorios, sobre la pena de multa e inhabilitación, conforme con el marco tasado estipulado en dicha norma: “Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas, por cada día de detención”.

iii) El reconocimiento legal de las consecuencia reduccionistas de la prisión preventiva de libertad(en realidad compensatorias), debe surtir efectos aun cuando la pena privativa de libertad se fijase como suspendida de efectividad; y a partir del principio de legalidad, se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos parcial o totalmente cancelatorios en las penas de multa e inhabilitación que los jueces deber observar descontando lo pertinente o, de corresponder, darlas por cumplidas (esto es, compurgadas).

2. En consecuencia, en el presente caso, la encausada honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia) la dimensión temporal de inhabilitación y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad), conforme con el cuadro ilustrativo siguiente:

CÓMPUTO DE LAS COPENALIDADES DE MULTA E INHABILITACIÓN AL AMPARO DEL SEGUNDO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 47, DEL CÓDIGO PENAL.

ENCAUSADO	FECHA DE DETENCIÓN	SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	DÍAS DE DETENCIÓN (un día antes de la fecha de emisión de la citada sentencia)	IMPOSICIÓN CONCRETA PENA DE MULTA E INHABILITACION	APLICACIÓN DEL SEGUNDO PARRAFO ART. 47, C.P. (1x2)	ESTADO DE CUMPLIMIENTO
MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA	13 DE AGOSTO DE 2012	28 DE OCTUBRE DE 2013	441 DIAS DE DETENCIÓN	MULTA 119 DÍAS MULTA	MULTA 441x2=882 Dúplica de días de detención. Dimensión mayor que 119 días multa.	MULTA COMPUR- GADA
				INHABILITACIÓN 4 MESES (equivale a 120 días)	INHABILITACIÓN 441x2=882 dúplica de días de detención. Dimensión mayor que 120 días de inhabilitación.	INHABI- LITACIÓN COMPUR- GADA

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo. **MI VOTO** es porque se declare: **I. HABER NULIDAD** en cuanto le impuso la pena de ciento ochenta días multa e inhabilitación por el plazo de cinco años. **REFORMANDOLAS, IMPONER** ciento diecinueve días multa e inhabilitación por el plazo de cuatro meses. **II.** Se declaren compurgadas las penas de multa e inhabilitación impuestas a doña Maribel Verónica Andrade da Silva; y se devuelva.

S.S

SALAS ARENAS

ANEXOS

LEGISLATIVOS

LEY N° 28355 (06/OCT/2004)

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY PENAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

Artículo 1.- Modifica diversos artículos del Código Penal

Modifícanse los artículos 317, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, en los términos siguientes:

El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de treinta y cinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

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 artículo 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 artículo 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 artículo 36 del Código Penal.

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 artículo 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 artículo 36 del Código Penal.

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 y 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 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 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 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 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 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 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.

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 2.- Reubica y reforma el artículo 394-A del Código Penal

Reubícase el texto del artículo 394-A del Código Penal reformado, en la sección de los delitos de Abuso de Autoridad, como artículo 376-A, con el texto siguiente:

Artículo 376-A.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios

El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

Artículo 3.- Modifica los artículos 3 y 7 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos

Modifícanse los artículos 3 y 7 de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, en los términos siguientes:

Artículo 3.- Formas agravadas

(...)

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo.

Artículo 7.- Prohibición de beneficios penitenciarios

Los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional.”

Artículo 4.- Disposición derogatoria

Deróganse los artículos 398-A y 398-B del Código Penal

LEY N° 29703 (10/06/2011)

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL RESPECTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 1. Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal
Modifícanse los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

Artículo 376. Abuso de autoridad

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 384. Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

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.

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 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 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 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 2. Incorporación del artículo 393-A al Código Penal

Incorpórase el artículo 393-A al Código Penal, con el texto siguiente:

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.

LEY N° 29758 (21/07/2011)

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL RESPECTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo único. Modificación de los artículos 384, 387, 388, 400, 401 y 426 del Código Penal

Modifícanse los artículos 384, 387, 388, 400, 401 y 426 del Código Penal, con los textos siguientes:

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 concerta 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 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 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 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 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 426. Inhabilitación accesoria y especial

Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2.

Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2.”

LEY N° 30054
(30/JUN/2013)

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 108-A AL CÓDIGO PENAL, MODIFICA LOS ARTÍCULOS 46-A, 108, 121 Y 367 DEL CÓDIGO PENAL Y LOS ARTÍCULOS 47, 48 Y 53 DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL, PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL O DE LAS FUERZAS ARMADAS, MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL O DEL MINISTERIO PÚBLICO, MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL O AUTORIDADES ELEGIDAS POR MANDATO POPULAR

Artículo 1. Incorporación del artículo 108-A al Código Penal

Incorpórase el artículo 108-A al Código Penal, el cual queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 108-A.- Homicidio calificado por la condición oficial del agente

El que mata a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público o a un miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.”

Artículo 2. Modificación de los artículos 46-A, 108, 121 y 367 del Código Penal

Modifícanse los artículos 46-A, 108, 121 y 367 del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de

autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

Artículo 108°.- Homicidio calificado-asesinato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Por ferocidad, por lucro o por placer;
2. Para facilitar u ocultar otro delito;
3. Con gran crueldad o alevosía;
4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

Artículo 121°.- Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

En estos supuestos, cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, se aplica pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de doce años.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años. En este caso, si la víctima es 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 ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, se aplica pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.

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 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.

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 3. Modificación de los artículos 47, 48 y 53 del Código de Ejecución Penal
Modifícanse los artículos 47, 48 y 53 del Código de Ejecución Penal, en los siguientes términos:

Artículo 47°.- Imprudencia de acumulación de la redención de pena por el trabajo y educación

El beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación, no es acumulable cuando éstos se realizan simultáneamente.

El beneficio de la redención de la pena por el trabajo o la educación no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108°, 108°-A, 296°, 297°, 301°, 302° y 319° al 323° del Código Penal.

Artículo 48°.- Semilibertad

La semilibertad permite al sentenciado egresar del Establecimiento Penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos del artículo 46°, la semilibertad podrá concederse cuando se ha cumpli-

do las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183° del Código Procesal Penal.

Este beneficio no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108°, 108°-A, 296°, 297°, 301°, 302° y 319° al 323° del Código Penal.

Artículo 53°.- Liberación condicional

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos de los delitos a que se refiere el artículo 46°, la liberación condicional podrá concederse cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183° del Código Procesal Penal.

Este beneficio no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108°, 108°-A, 296°, 297°, 301°, 302° y 319° al 323° del Código Penal.”

LEY N° 30076 (19/AGO/2013)

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CÓDIGO PROCESAL PENAL, CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y CREA REGISTROS Y PROTOCOLOS CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA

Artículo 1. Modificación de diversos artículos del Código Penal

Modifícanse los artículos 22, 36, 38, 45, 46, 46-B, 46- C, 57, 58, 62, 64, 69, 70, 102, 170, 173, 186, 189, 194, 195, 200, 202, 204, 205, 279, 279-C, 317-A y 440 del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

Artículo 36. Inhabilitación

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;

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;
9. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;
10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos;
11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o,
12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.

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 artículo 36 del Código Penal.

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

- El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:
1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad;
 2. Su cultura y sus costumbres; y,
 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
 - a) La carencia de antecedentes penales;
 - b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
 - c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
 - d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito;

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Artículo 46-B. Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reinci-

dente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

Artículo 46-C. Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

Artículo 57. Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años;
 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; y,
 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.
- El plazo de suspensión es de uno a tres años.

Artículo 58. Reglas de conducta

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;
3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Artículo 62. Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos

El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito.

El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.

Artículo 64. Reglas de conducta

Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;

3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;

4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;

5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;

6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;

7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,

8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Artículo 69. Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

Artículo 70. Prohibición de comunicación de antecedentes

Producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez.

Artículo 102. Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito

son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre 10 y 14 años de edad la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

Artículo 186. Hurto agravado

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. Durante la noche.
2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
4. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
5. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
4. Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas.
5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
6. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.
7. Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.
8. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima.
9. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.
10. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
 2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
 3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
 4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
- La pena será de cadena perpetua cuando el agente en calidad de integrante de una organización criminal, como consecuencia del hecho, produce la muerte de la víctima o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Artículo 194. Receptación

El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.

Artículo 195. Receptación agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de sesenta a ciento cincuenta días multa si se trata de vehículos automotores, sus autopartes o accesorios, o si la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de robo agravado, secuestro, extorsión y trata de personas.

Artículo 200. Extorsión

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

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada;
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
- b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
- c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.
- d) El agente se vale de menores de edad.

Artículo 202. Usurpación

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.
4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Artículo 204. Formas agravadas de usurpación

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, cuando la usurpación se comete:

1. Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos.
2. Con la intervención de dos o más personas.
3. Sobre inmueble reservado para fines habitacionales.
4. Sobre bienes del Estado o de comunidades campesinas o nativas, o sobre bienes destinados a servicios públicos o inmuebles que integran el patrimonio cultural de la Nación declarados por la entidad competente.
5. Afectando la libre circulación en vías de comunicación.
6. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales.
7. Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público.

Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada.

Artículo 205. Daño simple

El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa.

Artículo 279. Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos

El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Artículo 279-C. Tráfico de productos pirotécnicos

El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, importa, exporta, deposita, transporta, comercializa o usa productos pirotécnicos de cualquier tipo, o los que vendan estos productos a menores de edad, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será no menor de cinco ni mayor de diez años, si a causa de la fabricación, importación, depósito, transporte, comercialización y uso de productos pirotécnicos, se produjesen lesiones graves o muerte de personas.

Artículo 317-A. Marcaje o reglaje

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información,

realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.
2. Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar su confianza en el agente.
3. Utilice a un menor de edad.
4. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.
5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.

Artículo 440. Disposiciones comunes Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero, con las modificaciones siguientes:

1. No es punible la tentativa, salvo en el caso de las faltas previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441 y 444.
2. Solo responde el autor.
3. Las penas que pueden imponerse son las limitativas de derechos y multa, salvo los casos de reincidencia o habitualidad en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444, en cuyos casos se reprime con pena privativa de libertad del delito aplicable.
4. Los días-multa no serán menos de diez ni más de ciento ochenta.
5. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia y habitualidad, prescriben a los dos años. Las faltas previstas en los artículos 441 y 444 prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80.
6. La investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los jueces de paz letrados o a los jueces de paz.
7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado, salvo en el caso de reincidencia en las faltas dolosas previstas en los artículos 441 y 444, según lo dispuesto en el numeral 3 del presente artículo.”

Artículo 2. Incorporación de artículos al Código Penal

Incorpóranse los artículos 45-A, 196-A, 207-D y 315-A al Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 45-A. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
 - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
 - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
 - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 196-A. Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Artículo 207-D. Tráfico ilegal de datos

El que, crea, ingresa o utiliza indebidamente una base de datos sobre una persona natural o jurídica, identificada o identificable, para comercializar, traficar, vender,

promover, favorecer o facilitar información relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga, creando o no perjuicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública.

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.”

Artículo 3. Modificación de diversos artículos del Código Procesal Penal

Modifícanse los artículos IV del Título Preliminar, 2, 32, 65, 67, 84, 85, 160, 161, 170, 268, 269, 274, 286, 287, 311, 332, 334, 386, 471 y 523 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, en los siguientes términos:

Artículo IV. Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.
4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos.

Artículo 2. Principio de oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento,

podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia El Peruano 501386 Lunes 19 de agosto de 2013 si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que

la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3) del presente artículo.

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento —con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)— hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;

b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;

c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,

d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio. En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones.

Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.

Artículo 32. Competencia por conexión

En los supuestos de conexión previstos en el artículo 31, la competencia se determinará:

1. En el numeral 1), le corresponde al Juez que conoce del delito con pena más grave. A igual gravedad, corresponde al Juez que primero recibió la comunicación prevista en el artículo 3.
2. En el numeral 2), la competencia se determinará subsidiariamente por la fecha de comisión del delito, por el turno en el momento de la comunicación prevista en el numeral 3) o por quien tuviera el proceso más avanzado. En caso de procesos incoados en distintos distritos judiciales, la competencia se establece por razón del territorio.
3. En los numerales 3) y 5), corresponde al que conoce el delito con pena más grave. A igual gravedad compete al juez penal que primero hubiera recibido la comunicación prevista en el artículo 3.
4. En el numeral 4) corresponderá al que conoce del delito con pena más grave.

Artículo 65. La investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. Con la finalidad de garantizar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben cooperar y actuar de forma conjunta y coordinada, debiendo diseñar protocolos de actuación, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 69 y 333.
2. El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará —si correspondiere— las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.
3. Cuando el fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del fiscal.
4. El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordi-

na con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. La Policía Nacional brinda sus recomendaciones a tal efecto. Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

5. El Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú, en la investigación del delito, observan en todo momento el principio de legalidad, pudiendo establecer programas de capacitación conjunta que permitan elevar la calidad de sus servicios.

Artículo 67. Función de investigación de la Policía

1. La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancias privadas o sujetas a ejercicio privado de la acción penal.

2. Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria.

Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.

10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.

El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Artículo 85. Reemplazo del abogado defensor inasistente

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.

2. Si el defensor no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, y esta no tiene el carácter de inaplazable, el procesado es requerido para que en el término de veinticuatro horas designe al reemplazante. De no hacerlo, se nombra uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez.

3. El juez o colegiado competente sanciona, de conformidad con el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al defensor que injustificadamente no asiste a una diligencia a la que ha sido citado o que injustificadamente abandona la diligencia que se estuviere desarrollando.

4. La renuncia del defensor no lo libera de su deber de realizar todos los actos urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado en la diligencia a la que ha sido citado. La renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de veinticuatro horas antes de la realización de la diligencia.

5. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo. La primera conoce la aplicación de la sanción y el segundo la ejecución formal de la sanción.

6. La sanción disciplinaria aplicable al fiscal que incurra en cualquiera de las conductas antes descritas, se aplican de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Artículo 160. Valor de prueba de la confesión

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra.

2. Solo tendrá valor probatorio cuando:

- a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;
- b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;
- c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y,
- d) Sea sincera y espontánea.

Artículo 161. Efecto de la confesión sincera

El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo

160. Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46- B y 46-C del Código Penal.

Artículo 170. Desarrollo del interrogatorio

1. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de las cuales pueda surgir su responsabilidad penal.
2. No se exige juramento o promesa de honor cuando declaren las personas comprendidas en el artículo 165, inciso 1), y los menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos.
3. Los testigos serán examinados por separado. Se dictarán las medidas necesarias para evitar que se establezca comunicación entre ellos.
4. Acto seguido se preguntará al testigo su nombre, apellido, nacionalidad, edad, religión si la tuviera, profesión u ocupación, estado civil, domicilio y sus relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa. Si teme por su integridad podrá indicar su domicilio en forma reservada, lo que se hará constar en el acta. En este último caso, se dispondrá la prohibición de la divulgación en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. La Fiscalía de la Nación y el órgano de gobierno del Poder Judicial dictarán las medidas reglamentarias correspondientes para garantizar la eficacia de esta norma.
5. A continuación se le interrogará sobre los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito investigado; asimismo, se le interrogará sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. Se procura la claridad y objetividad del testigo por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas.
6. Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Artículo 269. Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Artículo 274. Prolongación de la prisión preventiva

1. Cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.
2. El juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.
3. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278.
4. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.

Artículo 286. Presupuestos

1. El juez de la investigación preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266.

2. También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión.

Artículo 287. Comparecencia restrictiva

1. Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 167, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse. También podrá utilizarse, alternativamente, alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan las restricciones impuestas a la libertad personal.

2. El juez podrá imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado.

3. Si el imputado no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el fiscal o por el juzgador en su caso, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva. El trámite que seguirá el juez será el previsto en el artículo 271.

4. El Juez podrá imponer la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

Artículo 311. Desalojo preventivo

1. En los delitos de usurpación, el juez, a solicitud del fiscal o del agraviado, ordenará el desalojo preventivo del inmueble ocupado en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado. El desalojo se ejecuta dentro del término de setenta y dos horas de concedida.

2. La Policía Nacional, una vez que tenga conocimiento de la comisión del delito, lo pondrá en conocimiento del fiscal y llevará a cabo las investigaciones que el caso amerita. El fiscal, sin perjuicio de disponer las acciones que correspondan, realizará inmediatamente una inspección en el inmueble. El agraviado recibirá copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del fiscal.

3. La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria. Se acompañarán los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido.

4. El juez resolverá, sin trámite alguno, en el plazo de veinticuatro horas. Contra la resolución que se dicte procede recurso de apelación. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada.

5. El juez elevará el cuaderno correspondiente dentro de veinticuatro horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La Sala se pronunciará en el plazo de tres días, previa audiencia con notificación de las partes. Si ampara la solicitud de desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del juez para su inmediata ejecución.

Artículo 332. Informe policial

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.

Artículo 334. Calificación

1. Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notifica al denunciante, al agraviado y al denunciado.
2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.
3. En caso de que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para tal fin.
4. Cuando aparezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante.
5. El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al

fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

6. El fiscal superior se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda.

Artículo 386. Desarrollo de la discusión final

1. Concluido el debate probatorio, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:

- a) Exposición oral del fiscal;
- b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;
- c) Alegatos del abogado defensor del acusado;
- d) Autodefensa del acusado.

2. No podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audio-visuales para una mejor ilustración al juez.

3. Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado.

4. El juez penal concederá la palabra por un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto. En caso de manifiesto abuso de la palabra, el juez penal llamará la atención al orador y, si este persistiere, podrá fijarle un tiempo límite en el que indefectiblemente dará por concluido el alegato.

5. Culminada la autodefensa del acusado, el juez penal declarará cerrado el debate.

Artículo 471. Reducción adicional acumulable

El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión, en tanto esta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.

La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella.

Artículo 523. Arresto provisorio o preextradición

1. El arresto provisorio de una persona reclamada por las autoridades extranjeras procederá cuando:

- a) Haya sido solicitada formalmente por la autoridad central del país interesado;
- b) La persona pretenda ingresar al país mientras es perseguido por la autoridad de un país limítrofe;

c) La persona se encuentre plenamente ubicada, dentro del territorio nacional, con requerimiento urgente, por intermedio de la Organización Internacional de Policía Criminal-INTERPOL.

2. En el supuesto del literal a) del numeral anterior, la solicitud formal será remitida a la Fiscalía de la Nación ya sea por intermedio de su autoridad central o por conducto de la INTERPOL. En casos de urgencia, se requerirá simple requisición hecha por cualquier medio, inclusive telegráfico, telefónico, radiográfico o electrónico. La solicitud formal contendrá:

a) El nombre de la persona reclamada, con sus datos de identidad personal y las circunstancias que permitan encontrarla en el país;

b) La fecha, lugar de comisión y tipificación del hecho imputado;

c) Si el requerido fuese un imputado, indicación de la pena conminada para el hecho perpetrado; y, si fuera un condenado, precisión de la pena impuesta;

d) La invocación de la existencia de la orden judicial de detención o de prisión, y de ausencia o contumacia en su caso;

e) El compromiso del Estado solicitante a presentar el pedido formal de extradición dentro de sesenta días de producida la detención. A su vencimiento, de no haberse formalizado la demanda de extradición el arrestado será puesto en inmediata libertad.

3. La Fiscalía de la Nación remitirá de inmediato al juez de la Investigación Preparatoria competente, con aviso al fiscal Provincial que corresponda.

4. El juez dictará el mandato de arresto provisorio, siempre que el hecho que se repute delictivo también lo sea en el Perú y tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año. Si se invoca la comisión de varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos. La decisión que emita será notificada al fiscal y comunicada a la Fiscalía de la Nación y a la oficina local de la INTERPOL.

5. En el supuesto del literal b) del numeral 1) la Policía destacada en los lugares de frontera deberá poner inmediatamente al detenido a disposición del juez de la Investigación Preparatoria competente del lugar de la intervención, con aviso al fiscal provincial. El juez por la vía más rápida, que puede ser comunicación telefónica, fax o correo electrónico, pondrá el hecho en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del funcionario diplomático o consular del país de búsqueda. El representante diplomático o consular tendrá un plazo de dos días para requerir el mantenimiento del arresto provisorio, acompañando a su solicitud las condiciones establecidas en el numeral 2) de este artículo. De no hacerlo se dará inmediata libertad al arrestado.

6. Dispuesto el arresto provisorio, el juez de la Investigación Preparatoria oír a la

persona arrestada en el plazo de veinticuatro horas y le designará abogado defensor de oficio, si aquella no designa uno de su confianza. El arresto se levantará si, inicialmente, el Juez advierte que no se dan las condiciones indicadas en el numeral 4) de este artículo, convirtiéndose en un mandato de comparecencia restrictiva, con impedimento de salida del país. El arresto cesará si se comprobase que el arrestado no es la persona reclamada, o cuando transcurre el plazo de sesenta días para la presentación formal de la demanda de extradición.

7. El arrestado que sea liberado porque no se presentó a tiempo la demanda de extradición puede ser nuevamente detenido por razón del mismo delito, siempre que se reciba un formal pedido de extradición.

8. Mientras dure el arresto provisorio, el arrestado podrá dar su consentimiento a ser trasladado al Estado requirente. De ser así, se procederá conforme a lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 521.

9. El arrestado puede obtener libertad provisional si transcurriesen los plazos legales del tratado o de la ley justificatorios de la demanda de extradición, o si el extraditado reuniese las condiciones procesales para esa medida. En este último caso se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá su pasaporte, sin perjuicio de otras medidas de control que el juez discrecionalmente acuerde. Se seguirá el trámite previsto para la cesación de la prisión preventiva.

10. En el caso del inciso c) del numeral 1) del presente artículo, la Policía Nacional procederá a la intervención y conducción del requerido en forma inmediata, poniéndolo a disposición del juez competente del lugar de la intervención y comunicando tal hecho al fiscal provincial, a la Fiscalía de la Nación y al funcionario diplomático o consular del país requirente.”

Artículo 4. Incorporación de artículo al Código Procesal Penal

Incorpórase el artículo 119-A al Código Procesal Penal en los siguientes términos:

Artículo 119-A. Audiencia

1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, conforme al inciso 1) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley.
2. Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga.

Artículo 5. Modificación de diversos artículos del Código de Ejecución Penal

Modifícanse los artículos 46, 47, 48, 50, 53 y 55 del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

Artículo 46. Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio efectivos, según el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46- C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudio efectivos, en su caso.

Artículo 47. Improcedencia de acumulación de la redención de pena por el trabajo y educación

El beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación no es acumulable cuando estos se realizan simultáneamente.

El beneficio de la redención de la pena por el trabajo o la educación no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108, 108-A, 296, 297, 301, 302 y 319 a 323 del Código Penal.

Artículo 48. Semilibertad

La semilibertad permite al sentenciado egresar del establecimiento penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos del artículo 46, primer párrafo, la semilibertad podrá concederse cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal.

El beneficio de semilibertad es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

Artículo 50. Competencia y audiencia de semilibertad

La semilibertad se concede por el juzgado que conoció el proceso. Recibida la solicitud de beneficio penitenciario de semilibertad, acompañada obligatoriamente de

los documentos originales que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 49, el juez notifica con los recaudos correspondientes y convoca a audiencia dentro de los diez días, a la que concurren obligatoriamente el fiscal, el sentenciado y su defensa.

Instalada la audiencia, el abogado del condenado presenta la solicitud y los medios de prueba que la sustentan y, facultativamente, a las personas comprometidas con las actividades laborales o de estudio que acrediten la aplicación del beneficio.

El juez realiza un análisis de la admisibilidad de los medios de prueba y da inicio al debate contradictorio.

Culminada la audiencia, el juez escucha los alegatos finales, por su orden, al fiscal, al abogado defensor y al sentenciado, después de la cual, resuelve sobre la solicitud del beneficio penitenciario o, en su defecto, en el término de dos días.

Artículo 53. Liberación condicional

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos de los delitos a los que se refiere el artículo 46, primer párrafo, la liberación condicional podrá concederse cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 187 del Código Procesal Penal.

El beneficio de liberación condicional es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

Artículo 55. Competencia y audiencia de liberación condicional

La liberación condicional se concede por el juzgado que conoció el proceso. Recibida la solicitud de beneficio penitenciario de liberación condicional, acompañada obligatoriamente de los documentos originales que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 54, el juez notifica con los recaudos correspondientes y convoca a audiencia dentro de los diez días, a la que concurren obligatoriamente el fiscal, el sentenciado y su defensa.

Instalada la audiencia, el abogado del condenado presenta la solicitud y los medios de prueba que la sustentan y, facultativamente, a las personas comprometidas con las actividades laborales o de estudio que acrediten la aplicación del beneficio.

El juez realiza un análisis de la admisibilidad de los medios de prueba y da inicio al debate contradictorio.

Culminada la audiencia, el juez escucha los alegatos finales, por su orden, al fiscal, al abogado defensor y al sentenciado, después de la cual, resuelve sobre la solicitud del beneficio penitenciario o, en su defecto, en el término de dos días.”

Artículo 6. Incorporación de artículos al Código de Ejecución Penal

Incorpóranse los artículos 47-A, 50-A y 55-A al Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

Artículo 47-A. Acumulación de la redención de pena por trabajo o educación para el cumplimiento de la condena

Para el cumplimiento de la condena, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento penitenciario con el tiempo de pena redimido por trabajo o educación, en cuyo caso se deberá cumplir con el procedimiento y requisitos establecidos por el Reglamento.

Dicha acumulación no procede en los delitos respecto de los cuales la redención de la pena por el trabajo y la educación está expresamente prohibida por ley.

Artículo 50-A. Decisión e impugnación de la semilibertad

El juez resuelve finalizada la audiencia o, en todo caso, dentro de los dos días siguientes de realizada la audiencia de semilibertad. Solo concede el beneficio en el caso de que la naturaleza del delito, la evolución de la personalidad del sentenciado, las condiciones para el desarrollo de su vida futura y su conducta dentro del establecimiento penitenciario, permitan suponer razonablemente que no cometerá otra infracción penal.

Para la fundamentación y evaluación de la solicitud del beneficio, el juez debe atender especialmente los siguientes criterios:

1. La modalidad y motivación en la comisión del hecho punible.
2. La gravedad del hecho punible cometido.
3. La extensión del daño o peligro cometido.
4. Los esfuerzos realizados por reparar el daño causado con su comisión, incluso en caso de insolvencia.
5. Los antecedentes penales y judiciales.
6. Las medidas disciplinarias que se le haya impuesto durante su permanencia en el establecimiento penitenciario.
7. La verosimilitud de las condiciones externas en donde desarrollará, en su caso, el trabajo o estudio.
8. Cualquier otra circunstancia personal útil para la formulación del pronóstico de conducta.
9. El arraigo del interno, en cualquier lugar del territorio nacional debidamente acreditado.

Si el juez concede el beneficio, dicta las reglas de conducta pertinentes, conforme al artículo 58 del Código Penal. El juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control de la pena.

Contra la resolución procede recurso de apelación en el término de tres días.

Artículo 55-A. Decisión e impugnación de la liberación condicional

El juez resuelve finalizada la audiencia o, en todo caso, dentro de los dos días siguientes de realizada la audiencia de liberación condicional. Solo concede el beneficio en el caso de que la naturaleza del delito, la evolución de la personalidad del sentenciado, las condiciones para el desarrollo de su vida futura y su conducta dentro del establecimiento penitenciario, permitan suponer razonablemente que no cometerá otra infracción penal.

Para la fundamentación y evaluación de la solicitud del beneficio, el juez debe atender especialmente los siguientes criterios:

1. La modalidad y motivación en la comisión del hecho punible.
2. La gravedad del hecho punible cometido.
3. La extensión del daño o peligro cometido.
4. Los esfuerzos realizados por reparar el daño causado con su comisión, incluso en caso de insolvencia.
5. Los antecedentes penales y judiciales.
6. Las medidas disciplinarias que se le haya impuesto durante su permanencia en el establecimiento penitenciario.
7. La verosimilitud de las condiciones externas en donde desarrollará, en su caso, el trabajo o estudio.
8. Cualquier otra circunstancia personal útil para la formulación del pronóstico de conducta.
9. El arraigo del interno, en cualquier lugar del territorio nacional debidamente acreditado.

Si el juez concede el beneficio, dicta las reglas de conducta pertinentes, conforme al artículo 58 del Código Penal. El juez puede disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control de la pena.

Contra la resolución procede recurso de apelación en el término de tres días.”

Artículo 7. Modificación del Código de los Niños y Adolescentes Modifícase el artículo 239 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 239. Excepción

Si el adolescente adquiere la mayoría de edad durante el cumplimiento de la medida, el juez prolonga cualquier medida hasta el término de la misma.

Si el juez penal se inhibe por haberse establecido la minoridad al momento de los hechos, asume competencia el juez de familia aunque el infractor haya alcanzado mayoría de edad.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Puesta en vigencia de artículos del Código Procesal Penal

Adelántase la vigencia de los artículos 2, 160, 161, 268, 269, 270, 271 y 311 del Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957, en todo el territorio peruano.

SEGUNDA. Interpretación

Cuando los artículos 268 a 271 del Código Procesal Penal hagan referencia a los términos “investigación preparatoria”, “expediente fiscal”, “prisión preventiva” y “juez de la investigación preparatoria”, se debe interpretar que dichos términos hacen referencia, respectivamente, a “instrucción”, “expediente fiscal”, “mandato de detención” y “juez penal”. Esta disposición rige en los distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal no ha entrado en vigencia.

TERCERA. Adopción de protocolos y reglamentos

El Ministerio Público, el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú, respetando sus atribuciones constitucionales, diseñan y aprueban conjuntamente los protocolos y reglamentos necesarios para la adecuada y eficaz investigación del delito, en el plazo de noventa días calendario de publicada la presente ley en el diario oficial El Peruano.

En el mismo período, el Poder Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario diseñan y aprueban los protocolos y reglamentos necesarios para una adecuada y eficaz realización de videoconferencia desde los centros penitenciarios a las distintas sedes judiciales a nivel nacional.

CUARTA. Coordinación interinstitucional

En el marco de la lucha eficaz contra la criminalidad y la garantía de los derechos fundamentales, los jueces y fiscales tramitan de manera inmediata las solicitudes referidas a medidas de coerción y de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, para lo cual en el plazo de treinta días establecen los canales permanentes de coordinación, comunicación y autorización, a fin de agilizar y efectivizar la ejecución de dichas medidas de modo ininterrumpido.

QUINTA. Creación del Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio

Créase el Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio en la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, en el que se registran las denuncias por la presunta comisión de faltas contra la persona y el patrimonio previstas en los artículos 441 y 444 del Código Penal, respectivamente, así como los nombres y apellidos de la persona denunciada, lugar y fecha de nacimiento, edad, domicilio, número de su documento de identidad, pasaporte u otro de carácter oficial, según sea el caso, y una fotografía.

La Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú remite la información requerida en un plazo máximo de tres días.

SEXTA. Deberes de verificación y comunicación

La Policía Nacional del Perú, al tomar conocimiento de la presunta comisión de las faltas contra la persona o el patrimonio, verifica inmediatamente en el Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio y en el Registro Nacional de Condenas a cargo de la Gerencia General del Poder Judicial, a fin de verificar si el imputado registra antecedentes por la comisión de tres o más hechos referidos a la mencionada falta o una condena por esa misma infracción. Con dicha información, la autoridad policial remite los actuados al juez de paz letrado competente en un plazo máximo de cinco días, a efectos de que este determine si el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

En el caso del numeral 3) del artículo 440 del Código Penal, el juez de paz letrado debe remitir inmediatamente los actuados al fiscal, a fin de que este proceda con la investigación correspondiente, de acuerdo a sus atribuciones.

Si la denuncia se dirige directamente ante el juez de paz letrado, requiere la información sobre los antecedentes del imputado a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y al Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial, a fin de determinar si el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, en cuyo caso es de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior.

En casos de flagrancia, la autoridad policial da cuenta inmediatamente al Ministerio Público, remitiéndole los actuados con la información acerca de los antecedentes del detenido, con la cual el fiscal determina si el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, en cuyo caso continúa con la investigación correspondiente, conforme a sus atribuciones.

En el supuesto en que el fiscal no cuente con los antecedentes del imputado y considere que los hechos denunciados no constituyen delito sino falta contra el patrimonio, antes de archivar el caso y remitirlo al juzgado de paz competente, requiere la información actualizada sobre los antecedentes del imputado a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y al Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial, a efectos de determinar si dicho imputado tiene la condición de reincidente o habitual. De ser así, el fiscal continúa con la investigación correspondiente, conforme a sus atribuciones.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente disposición, la autoridad policial comunica a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú acerca de todas las presuntas faltas contra la persona o el patrimonio, puestas en su conocimiento, a fin de ingresar la información correspondiente en la base de datos del Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio.

SÉTIMA. Disposiciones relativas al Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio

El Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por los ministros de Justicia y Derechos Humanos y del Interior, dicta las disposiciones pertinentes y necesarias para la implementación y aplicación del Registro de Denuncias por Faltas contra la Persona y el Patrimonio en un plazo no mayor de sesenta días contado a partir de la publicación de la presente ley.

OCTAVA. Creación del Registro Nacional de Trabajadores de Construcción Civil

Créase, en la Dirección de Promoción del Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Registro Nacional de Trabajadores de Construcción Civil.

La Dirección de Promoción del Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementa el sistema de registro en un plazo de treinta días de publicada la presente ley.

NOVENA. Publicidad y destino de bienes inmovilizados o con similar medida

Respecto de los bienes que hayan sido materia de orden de inmovilización u otra medida similar, vinculados a investigaciones o actuaciones en que haya intervenido la Policía Nacional del Perú, y que se encuentren ubicados o custodiados en las delegaciones policiales por un período superior a seis meses, sin que se haya manifestado interesado alguno, estos deben ser materia de un inventario por parte de la respectiva entidad encargada de su custodia para comunicar a la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI) sobre su existencia, origen y propietario, si este se encuentra identificado, con la finalidad de publicitar el citado inventario.

Transcurrido el plazo de treinta días hábiles contado desde la comunicación mencionada, dichos bienes son considerados en abandono, encontrándose la CONABI facultada para su venta, donación, destrucción o asignación, una vez deducidos los gastos de custodia y administración respectivos.

DÉCIMA. Destino de bienes decomisados por usurpación

Los bienes decomisados por usurpación son enviados a la Comisión Nacional de Bienes Incautados para que, previa valorización, sean puestos a disposición de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos de Desastres, con la finalidad de ser destinados al cumplimiento de sus fines.

UNDÉCIMA. Revisión judicial en casos de accidentes de tránsito

No es de aplicación a los casos de imposición de papeletas de tránsito lo previsto en el numeral 23.3 del artículo 23 de la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. En estos casos, la presentación de la demanda de revisión judicial no suspende la ejecución de los cobros coactivos por aplicación de papeletas de tránsito, salvo mandato judicial.

DUODÉCIMA. Financiamiento

La implementación de las medidas a que se refiere la presente norma se financia con cargo al presupuesto de cada una de las instituciones señaladas en la presente ley, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público y conforme a las disposiciones legales.

DIPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS**PRIMERA. Derogación de disposiciones legales sobre usurpación**

Deróganse los Decretos Ley 14495 y 20066, así como el Decreto Legislativo 312 y todas las leyes que se opongan a la presente.

SEGUNDA. Derogación de ley referida a la refundición de penas

Derógase la Ley 10124, que establece las reglas que se observarán tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de delitos conexos.

LEY N° 30077

(20/08/2013)

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

TÍTULO I

OBJETO, DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal

1.-Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

2.-La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

Artículo 3. Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183- A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.

9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

Para la investigación, juzgamiento y sanción de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, que cometan los delitos señalados en el artículo 3 de la presente Ley, rigen las normas y disposiciones del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente Ley.

TÍTULO II

INVESTIGACIÓN, CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO I

INVESTIGACIÓN Y PROCESO PENAL

Artículo 5. Diligencias preliminares

1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

2. Para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta.

Artículo 6. Carácter complejo de la investigación preparatoria

Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera complejo de conformidad con el inciso 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

CAPÍTULO II

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Artículo 7. Disposiciones generales

1. Se pueden adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Su aplicación se decide caso por caso y se dictan cuando la naturaleza de la medida lo exija, siempre que existan suficientes elementos de convicción acerca de la comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal.

2. Las técnicas especiales de investigación deben respetar, escrupulosamente y en todos los casos, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

3. La resolución judicial que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación previstas en este capítulo, así como el requerimiento mediante el que se solicita su ejecución, según sea el caso, deben estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos por

la ley. Asimismo, deben señalar la forma de ejecución de la diligencia, así como su alcance y duración.

4. El Juez, una vez recibida la solicitud, debe resolver, sin trámite alguno, en el término de veinticuatro horas.

Artículo 8. Interceptación postal e intervención de las comunicaciones. Disposiciones comunes

1. En el ámbito de la presente Ley, se respetan los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones previstas en el inciso 2 del artículo 226 y en el inciso 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, respectivamente.

2. El trámite y realización de estas medidas tienen carácter reservado e inmediato.

Artículo 9. Interceptación postal

1. Solo se intercepta, retiene e incauta la correspondencia vinculada al delito objeto de investigación vinculado a la organización criminal, procurando, en la medida de lo posible, no afectar la correspondencia de terceros no involucrados.

2. Toda correspondencia retenida o abierta que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a su destinatario, siempre y cuando no revelen la presunta comisión de otros hechos punibles, en cuyo caso el fiscal dispone su incautación y procede conforme al inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

Artículo 10. Intervención de las comunicaciones

1. En el ámbito de la presente Ley, la grabación mediante la cual se registre la intervención de las comunicaciones es custodiada debidamente por el fiscal, quien debe disponer la transcripción de las partes pertinentes y útiles para la investigación.

2. Las comunicaciones que son irrelevantes para la investigación son entregadas a las personas afectadas con la medida, ordenándose, bajo responsabilidad, la destrucción de cualquier transcripción o copia de las mismas, salvo que dichas grabaciones pongan de manifiesto la presunta comisión de otro hecho punible, en cuyo caso se procede de conformidad con el inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697.

Artículo 11. Audiencia judicial de reexamen

Ejecutadas las técnicas especiales de investigación previstas en los artículos 9 y 10, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen prevista en el artículo 228 y en los incisos 3 y 4 del artículo 231 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 12. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

1. El fiscal se encuentra facultado a disponer la circulación o entrega vigilada de

cualquier bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.

2. Las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación dispuesto por el fiscal para el caso concreto. Del mismo modo, no puede imponerse consecuencia accesoria ni medida preventiva alguna a las personas jurídicas que obrasen dentro de estos márgenes permitidos.

Artículo 13. Agente encubierto

Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 15. Deber de colaboración y de confidencialidad de las instituciones y entidades públicas y privadas

1. Todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos, así como las personas naturales o jurídicas del sector privado están obligadas a prestar su colaboración cuando les sea requerida para el esclarecimiento de los delitos regulados por la presente Ley, a fin de lograr la eficaz y oportuna realización de las técnicas de investigación previstas en este capítulo.

2. La información obtenida como consecuencia de las técnicas previstas en el presente capítulo debe ser utilizada exclusivamente en la investigación correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad respecto de terceros durante y después del proceso penal, salvo en los casos de presunción de otros hechos punibles y de solicitudes fundadas de autoridades extranjeras del sistema de justicia penal.

3. Los referidos deberes se extienden a las personas naturales que intervengan en una investigación en el marco de la presente Ley.

4. El incumplimiento de estas obligaciones acarrea responsabilidad penal, civil o administrativa, según corresponda.

CAPÍTULO III

MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Artículo 16. Levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil

1. El juez, a solicitud del fiscal, puede ordenar, de forma reservada y de forma inmediata, el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria, conforme a lo establecido por el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957. La información obtenida solo puede ser utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron.

2. El juez, previa solicitud del fiscal, puede ordenar que se remita información sobre cualquier tipo de movimiento u operación bursátil, relacionados a acciones, bonos, fondos, cuotas de participación u otros valores, incluyendo la información relacionada a un emisor o sus negocios según lo establecido en los artículos 40 y 45 del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, en la medida en que pudiera resultar útil para la investigación. Asimismo, la autoridad fiscal o judicial puede solicitar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores negociados en el sistema bursátil, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 47 del Decreto Legislativo 861.

CAPÍTULO IV

INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Artículo 17. Procedencia

En todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, según lo previsto por la presente Ley, la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darse cuenta inmediata de su ejecución al fiscal.

Artículo 18. Proceso de pérdida de dominio

Son de aplicación las reglas y el procedimiento del proceso de pérdida de dominio para los bienes señalados en el anterior artículo, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

Artículo 19. Administración y custodia de los bienes de carácter delictivo

1. El fiscal o la Policía Nacional del Perú ejercen sus funciones de conformidad con

las normas y los reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes señalados en el artículo 17 de la presente Ley.

2. Para los efectos de recepción, registro, calificación, conservación, administración y disposición de los bienes a que hace referencia el artículo 17 de la presente Ley, asume competencia la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1104, siempre que dichos bienes provengan de los delitos en agravio del patrimonio del Estado.

CAPÍTULO V

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Artículo 20. Prueba trasladada

1. En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.
2. En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.
3. La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.
4. Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:
 - a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
 - b) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.
 - c) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

CAPÍTULO VI

CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

Artículo 21. Inhabilitación

En el supuesto previsto en el literal c) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley, se impone inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 22. Agravantes especiales

1. El Juez aumenta la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en los siguientes supuestos:

- a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
 - b) Si el agente financia la organización criminal.
 - c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.
 - d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.
 - e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.
 - f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.
 - g) Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley.
 - h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.
2. Estas circunstancias agravantes no son aplicables cuando se encuentren ya previstas como tales por la ley penal.

Artículo 23. Consecuencias accesorias

- 1.-Si cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley han sido cometidos en

ejercicio de la actividad de una persona jurídica o valiéndose de su estructura organizativa para favorecerlo, facilitarlo o encubrirlo, el Juez debe imponer, atendiendo a la gravedad y naturaleza de los hechos, la relevancia de la intervención de la persona jurídica en el delito y las características particulares de la organización criminal, cualquiera de las siguientes consecuencias accesorias de forma alternativa o conjunta:

- a) Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.
- b) Clausura definitiva de locales o establecimientos.
- c) Suspensión de actividades por un plazo no mayor a cinco años.
- d) Prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- e) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- f) Disolución de la persona jurídica.

2. Simultáneamente a la medida impuesta, el Juez ordena a la autoridad competente que disponga, de ser el caso, la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un período de dos años.

3. Para la aplicación de las medidas previstas en el inciso 1 del presente artículo, el Juez tiene en consideración los criterios establecidos en el artículo 105-A del Código Penal.

Artículo 24. Prohibición de beneficios penitenciarios

No pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional:

1. Las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley.
2. Los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108, 152, 153, 189 y 200 del Código Penal.

Artículo 25. Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO)

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) se encarga del diseño, implementación y administración del Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO), que contenga una base de datos y elementos para almacenar información sobre la situación penal, procesal y penitenciaria de todos los procesa-

dos y condenados por la comisión de uno o más delitos en condición de integrantes de una organización criminal, vinculadas a ella o por haber actuado por encargo de la misma, así como el registro de las visitas que reciben los internos antes aludidos, con la finalidad de hacer un seguimiento administrativo a efecto de garantizar el imperio de la ley, la seguridad penitenciaria, el orden y su rápida localización en los establecimientos penitenciarios.

TÍTULO III

COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 26. Obligación del Estado de colaborar

1. El Estado peruano, a través de las agencias del sistema penal, presta cooperación internacional o asistencia judicial recíproca, incluyendo a la Corte Penal Internacional, en las investigaciones, los procesos, así como las actuaciones fiscales y judiciales relacionados con los delitos a que se refiere la presente Ley.
2. Las autoridades competentes pueden solicitar cooperación o asistencia a otros Estados y organismos internacionales, de conformidad con los tratados multilaterales o bilaterales ratificados por el Estado en materia de cooperación o asistencia jurídico-penal.
3. En caso de que exista un tratado de cooperación internacional o asistencia judicial aplicable a los delitos contemplados en el artículo 3 de la presente Ley, sus normas rigen el trámite de cooperación internacional, aplicándose en forma complementaria lo dispuesto por la presente Ley.
4. La solicitud de cooperación o asistencia judicial solo procede cuando la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.
5. En las circunstancias no previstas en la presente Ley, se aplican las disposiciones establecidas sobre Cooperación Judicial Internacional reguladas en el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 27. Cooperación judicial y principio de doble incriminación

Para que las autoridades nacionales den lugar a la cooperación o asistencia judicial, no es necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional, salvo en las situaciones previstas en el literal h) del inciso 1 del artículo 511 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.

Artículo 28. Actos de cooperación o asistencia internacional

1. Las autoridades judiciales, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú pueden prestar y solicitar asistencia a otros Estados en actuaciones operativas, actos de investigación y procesos judiciales, de conformidad con la legislación nacional y

los tratados internacionales ratificados por el Perú, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. En especial, los actos de cooperación y asistencia son los siguientes:

- a) Recibir entrevistas o declaraciones de personas a fin de esclarecer los hechos materia de investigación o juzgamiento. Las autoridades nacionales pueden permitir la presencia de las autoridades extranjeras requirentes en las entrevistas o declaraciones.
- b) Emitir copia certificada de documentos.
- c) Efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos.
- d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.
- f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también la documentación social o comercial de personas jurídicas.
- g) Identificar o localizar los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito u otros elementos con fines probatorios.
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente.
- i) Detener provisionalmente y entregar a las personas investigadas, acusadas o condenadas.
- j) Remitir todos los atestados en casos de entrega vigilada.
- k) Cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial autorizada por el derecho interno.

3. Sin perjuicio de los actos de cooperación y asistencia señalados, se puede autorizar la práctica de operaciones conjuntas entre autoridades peruanas y autoridades extranjeras para el análisis y búsqueda de pruebas, ubicación y captura de las personas investigadas y cualquier otra diligencia necesaria para los fines de la investigación o proceso penal, según sea el caso.

Artículo 29. Trámite de cooperación o asistencia

1. Las solicitudes de cooperación o asistencia son dirigidas a la Fiscalía de la Nación del Ministerio Público, en su calidad de autoridad central en materia de cooperación judicial internacional.

2. El Ministerio de Relaciones Exteriores brinda el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación en sus relaciones con los demás países y órganos internacionales, así como interviene en la tramitación de las solicitudes de cooperación que formulen las autoridades nacionales.

3. El Estado requerido cubre los gastos de la ejecución de solicitudes de asistencia o cooperación internacional, salvo pacto en contrario.

Artículo 30. Formalidades para la obtención de la prueba

Las pruebas provenientes del extranjero, en cuanto a la formalidad de su obtención, se regulan por la ley del lugar de donde provienen y, en cuanto a su valoración, se rigen conforme a las normas procesales vigentes en la República del Perú, así como por lo dispuesto en los instrumentos internacionales aplicables en territorio peruano.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**PRIMERA. Vigencia**

La presente Ley entra en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

SEGUNDA. Reglamentación del SISCRICO

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el plazo de ciento veinte días, debe aprobar un reglamento que describa el diseño informático y establezca normas y procedimientos para la administración y cuidado de la información, los grupos de internos de especial seguimiento y la gestión de la base de datos a que hace referencia el artículo 25 de la presente Ley.

TERCERA. Competencia de la Sala Penal Nacional

La investigación y procesamiento de los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley vinculados a organizaciones criminales son de competencia de la Sala Penal Nacional del Poder Judicial.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**PRIMERA. Vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para casos de criminalidad organizada**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, conjuntamente con la presente Ley, entra en vigencia el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para todos los delitos previstos en el artículo 3 cometidos por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

SEGUNDA. Aplicación a investigaciones y procesos en trámite

Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

1. En los casos en que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en que el fiscal haya formalizado denuncia penal pero el juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecúen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, siguen su trámite regular, bajo esas mismas reglas según corresponda, hasta su conclusión.

TERCERA. Adelanto de vigencia

Dispónese la entrada en vigencia a nivel nacional del Título V de la Sección II del Libro Segundo y la Sección VI del Libro Quinto del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

No se aplica la reducción de la pena establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal a quienes cometan los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley como integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

CUARTA. Financiamiento

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y en el marco de las leyes anuales de presupuesto.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 80, 152, 179, 181, 186, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 Y 318-A DEL CÓDIGO PENAL

Modifícanse los artículos 80 in fine, 152 incisos 8, 179 incisos 7, 181 incisos 4, 186 in fine, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 y 318-A del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 80. - Plazos de prescripción de la acción penal

(...)

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

Artículo 152. - Secuestro

(...)

La pena será no menor de treinta años cuando:

(...)

8. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.

(...)

Artículo 179. - Favorecimiento a la prostitución

(...)

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años, cuando:

(...)

7. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

Artículo 181. - Proxenetismo

(...)

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

(...)

4. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 186. - Hurto agravado

(...)

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.

Artículo 189. - Robo agravado

(...)

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Artículo 225. - Condición y grado de participación del agente

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4:

a) Si el agente que comete el delito integra una organización criminal destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.

(...)

Artículo 257-A. - Formas agravadas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de catorce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que comete los delitos establecidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257, si concurriera cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 272. - Comercio clandestino

(...)

En los supuestos previstos en los incisos 3), 4) y 5) constituyen circunstancias agravantes sancionadas 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, cuando cualquiera de las conductas descritas se realice:

(...)

c) Por una organización criminal;

(...)

Artículo 297. - Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

(...)

6. El hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.

(...)

Artículo 310-C. - Formas agravadas

(...)

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

1. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 317. - Asociación ilícita

El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382,

383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.

b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.

c) Cuando el agente es quién financia la organización.

Artículo 318-A. - Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

(...)

b. Constituye o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines.

(...)”

SEGUNDA. Incorporación del artículo 105-A al Código Penal

Incorpórase el artículo 105-A al Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 105-A. - Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.”

TERCERA. Modificación de los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957

Modifícanse los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, en los siguientes términos:

Artículo 227. - Ejecución

(...)

2. La apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el Fiscal lo considere más conveniente para los fines de la investigación, atendiendo a las circunstancias del caso. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario, directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario o con su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.

(...)

Artículo 230. - Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles

(...)

3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro. El Juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente.

4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les cite como testigo al procedimiento.

Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional.

(...)

6. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

Artículo 231. - Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance y cuida que las mismas no sean conocidas por personas ajenas al procedimiento.

2. Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente. Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al Juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita. Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

(...)

Artículo 249. - Medidas adicionales

(...)

2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las

medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales.

Artículo 340. - Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

(...)

4. Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son:

a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; c) los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias a que se refiere el Decreto Legislativo 1106; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.

Artículo 341. - Agente encubierto

1. El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

(...)

Artículo 342. - Plazo

(...)

2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.

3. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que

comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Artículo 473. - Ámbito del proceso y competencia 1. Los delitos que pueden ser objeto de acuerdo, sin perjuicio de los que establezca la ley, son los siguientes: (...)

b. Para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia. (...)"

CUARTA. Incorporación del inciso 5 al artículo 231, del literal h) al inciso 2 del artículo 248 y del artículo 341-A del Código Procesal Penal

Incorpóranse el inciso 5 al artículo 231, el literal h) al inciso 2 del artículo 248 y el artículo 341-A del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

Artículo 231. - Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

(...)

5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones

en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

Artículo 248. - Medidas de protección

(...)

2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

(...)

h) Siempre que exista grave e inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo, se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero.

Artículo 341-A. - Operaciones encubiertas

Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y

jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos, pudiéndose crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes.

La autorización correspondiente será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto. Por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo sino que formarán un cuaderno secreto al que solo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes.

QUINTA. Modificación de los artículos 1 y 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional

Modifícanse el artículo 1 y el inciso 7 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, en los siguientes términos:

Artículo 1. - Marco y finalidad

La presente Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional otorgada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional.

Solo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:

1. Secuestro.
2. Trata de personas.
3. Pornografía infantil.
4. Robo agravado.
5. Extorsión.
6. Tráfico ilícito de drogas.
7. Tráfico ilícito de migrantes.
8. Delitos contra la humanidad.
9. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria.
10. Peculado.
11. Corrupción de funcionarios.
12. Terrorismo.
13. Delitos tributarios y aduaneros.
14. Lavado de activos.

Artículo 2. - Normas sobre recolección, control de comunicaciones y sanción

(...)

7. La solicitud que se presente estará debidamente sustentada y contendrá todos los datos necesarios. Tendrá como anexo los elementos indiciarios que permitan al Juez emitir bajo su criterio la respectiva autorización.

El Juez, después de verificar los requisitos establecidos en el primer párrafo de este numeral, emitirá resolución autorizando la realización de la medida hasta por el plazo estrictamente necesario, que no será mayor que el período de la investigación en el caso de la interceptación postal, y de sesenta días excepcionalmente prorrogables por plazos sucesivos a solicitud del Fiscal y mandato judicial debidamente motivado, en el caso de la intervención de las comunicaciones.

(...)”

SEXTA. Modificación del artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.

Modifícase el artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, en los siguientes términos:

Artículo 1. - Ámbito de aplicación

La presente Ley está circunscrita a las medidas que limitan derechos en el curso de investigaciones preliminares, de carácter jurisdiccional.

Las medidas limitativas previstas en la presente Ley podrán dictarse en los siguientes casos:

1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.

(...)

4. Delitos contra la libertad, previstos en los artículos 152 al 153-A, y delito de extorsión, previsto en el artículo 200 del Código Penal, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. Derogación de normas

Deróganse los siguientes dispositivos:

1. La Ley 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. 2. Los artículos 12, 13, 14, 15 y 17 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

LEY N° 30111
(26/NOV/2013)

**LEY QUE INCORPORA LA PENA DE MULTA EN LOS DELITOS COMETIDOS
POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Artículo único. Modificación de diversos artículos del Código Penal

Modifícanse los artículos 382, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, con los siguientes textos:

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 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 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

finas 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 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 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 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 artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

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

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 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 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 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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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 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.

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 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.

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 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.

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.”

LEY N° 30304
(26/FEB/2015)

**LEY QUE PROHÍBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS**

Artículo único.- Modificación del artículo 57 del Código Penal

Modifícase el artículo 57 del Código Penal con el siguiente texto:

Artículo 57. Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, aceptándose las observaciones formuladas por el señor Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1243

(22/OCT/2016)

Que, mediante Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el término de noventa (90) días calendarios, la facultad de legislar en materia de lucha contra la corrupción a fin de aprobar medidas para restringir la posibilidad de que las personas condenadas por delitos contra la administración pública trabajen como funcionarios públicos;

Que, el Perú ha ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, haciendo expreso su compromiso a nivel regional y global de prevenir, sancionar y erradicar la corrupción en todas sus formas y modalidades;

Que, entre las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional se encuentra la número 26 referida a la promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas, en virtud de la cual se estableció como objetivos desterrar la corrupción, promover una cultura de anticorrupción y regular la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares;

Que, el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016, aprobado mediante Decreto Supremo N° 119- 2012-PCM, establece como objetivos: la prevención eficaz de la corrupción; y, la investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial; Que, el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal, la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII de dicha norma;

De conformidad con lo establecido en el literal b del numeral 3 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL
CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL A FIN DE ESTABLECER Y AMPLIAR EL
PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PRINCIPAL,
E INCORPORAR LA INHABILITACIÓN PERPETUA PARA LOS DELITOS
COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA, Y CREA EL
REGISTRO ÚNICO DE CONDENADOS INHABILITADOS**

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados.

Artículo 2. Modificación de los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal

Modifícanse los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal en los siguientes términos:

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 artículo 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.”

Artículo 69. Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite. La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta

por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de delitos contra la Administración Pública, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.”

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; *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 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 e *inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.”*

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; *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. 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, 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 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; *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.

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; *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.

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 ocho ni mayor de doce 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, 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 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 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 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 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.***”

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 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; **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 no será 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 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; **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 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; **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 426. Inhabilitación

Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38.”

Artículo 3.- Incorporación del Capítulo Sexto al Título II del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654

Incorpórase el Capítulo Sexto al Título II del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

CAPÍTULO SEXTO

REVISIÓN DE LA CONDENA DE INHABILITACIÓN PERPETUA

Artículo 59-B.- Procedimiento.

1. La condena de inhabilitación perpetua es revisada, de oficio o a petición de parte, por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, cuando el condenado cumpla veinte años de pena de inhabilitación.
2. El condenado es declarado rehabilitado cuando se verifique que no cuenta con antecedentes penales por delitos cometidos durante la ejecución de la pena de inhabilitación, que no tenga proceso pendiente a nivel nacional y que no se encuentre registrado en el Registro Nacional de Deudores de Reparaciones Civiles - REDERECEI.
3. Realizada la solicitud de rehabilitación, se corre traslado de todas las actuaciones al Ministerio Público y a la parte civil, para que en el plazo de cinco días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes.
4. En audiencia privada, que se inicia dentro de los diez días siguientes de cumplido el plazo al que se refiere el inciso anterior, se verifican los requisitos señalados en el inciso 1, se actúan las pruebas ofrecidas, se examina al condenado y se pueden formular alegatos orales. La resolución que corresponda es dictada al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes.

5. El órgano jurisdiccional resuelve manteniendo la condena de inhabilitación o declarando rehabilitado al condenado, conforme al artículo 69 del Código Penal.
6. Contra la decisión del órgano jurisdiccional procede recurso impugnatorio ante el superior jerárquico, dentro de los tres días. El expediente se eleva de inmediato y se corre vista fiscal dentro de 24 horas de recibido. El dictamen fiscal se emite dentro de diez días y la resolución que absuelve el grado se dicta en igual plazo.
7. Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realiza una nueva revisión, a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento.

Artículo 4. Creación del Registro único de condenados inhabilitados por delitos contra la Administración Pública

Créase el Registro Único de Condenados Inhabilitados, por los delitos tipificados en las Secciones I, II, III y IV del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil –SERVIR-, en el que se registra la información de las personas que cuentan con sentencia condenatoria que los inhabilita por la comisión de alguno de los delitos antes referidos.

Dicho Registro será público. Las entidades públicas que vayan a incorporar a un servidor deberán consultar obligatoriamente este Registro antes de decidir el nombramiento, bajo responsabilidad.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

UNICA. - Reglamentación del Registro Único de Condenados Inhabilitados por delitos contra la Administración Pública

En el plazo de 60 días, el Poder Ejecutivo reglamenta el Registro único de condenados inhabilitados por delitos contra la Administración Pública.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1351

(07/ENE/2017)

Que, mediante Ley N° 30506, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, por el término de noventa (90) días calendario; Que, en este sentido, el literal a) del inciso 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar a efectos de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes;

Que, resulta necesario 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;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del inciso 2 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL A FIN DE FORTALECER LA SEGURIDAD CIUDADANA

Artículo 1.- Objeto de la norma

La presente norma modifica el Código Penal con el objeto de mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales para contribuir a la mejora de la tutela penal de la integridad personal, el patrimonio, la correcta administración pública y la estabilidad del medio ambiente.

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

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.”

Artículo 57.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.”

Artículo 58.- Reglas de conducta

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

(...)

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.”

Artículo 64.- Reglas de conducta

Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso:

(...)

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.”

Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos

para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

(...)

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

(...)

Artículo 128.- Exposición a peligro de persona dependiente

El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, o cualquier acto análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de catorce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si se produce lesión grave o muerte de la víctima, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Artículo 196-A.- Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.
6. Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

Artículo 301.- Coacción al consumo de droga

El que, subrepticamente, o con violencia o intimidación, hace consumir a otro una droga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Si el delito se comete en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si se produce afectación grave a la salud física o mental de la víctima, la pena será no menor de doce ni mayor de quince años.

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

Artículo 320.- Desaparición forzada de personas

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el

destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

La pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando la víctima:

- a. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- b. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- c. Se encuentra en estado de gestación.”

Artículo 321.- Tortura

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.

La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

- a. Resulte con lesión grave.
- b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- c. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- d. Se encuentra en estado de gestación.
- e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito.

Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.”

Artículo 3.- Incorporación de los artículos 395-A,

395-B, 398-A, 398-B y 438-A en el Código Penal Incorporáranse los artículos 395-A, 395-B, 398-A, 398-B y 438-A en el Código Penal en los siguientes términos:

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 artículo 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 artículo 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 artículo 36 del Código Penal.

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 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 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 éstas 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 438-A.- Falsedad genérica agravada

El que otorgue, expida u oferte certificados, diplomas u otras constancias que atribuyan grado académico, título profesional, título de segunda especialidad profesional, nivel de especialización u otra capacidad análoga, sin que el beneficiario haya llevado efectivamente los estudios correspondientes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y sesenta a ciento cincuenta días-multa.

Artículo 441.- Lesión dolosa y lesión culposa

El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquella.

Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona hasta quince días de incapacidad, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL**Única.- Exención de responsabilidad penal**

Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el artículo 307-A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos:

- a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización.
- b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1293.

LEY N° 30650
(19/AGOS/2017)

**LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DEL PERÚ**

ARTÍCULO ÚNICO. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Modifícase el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

Artículo 41°.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber” en *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima 2014.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema de derecho penal?”. En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima 2010.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 16. Idemsa. Lima 2005.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Palestra Editores. Lima 2003.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”. En: Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1998.

BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2001.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

BINDER, Alberto. Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática, 1ra. Edición, Astrea, Buenos Aires 2011.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Lección 4: Penas Privativas de Derechos”. En: Luis Gracia Martín y otros, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Política. Política Criminal y Derecho Penal”. En: Curso de Política Criminal, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

BRAMONT-ARIAS TORES, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, Eddili, Lima 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era. Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1989.

CARO CORIA, Dino Carlos, La Responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal Peruano e Iberoamericano. Este artículo está disponible en: <https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/L-h-Ri-vacoba-CCaro.pdf>.

CARO JOHN, José Antonio, El Principio de Legalidad Penal. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013.

CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2017.

CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho Penal General, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CHÁVEZ COTRINA, Jorge W. La Pérdida de Dominio. Implicancias en el Perú, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2018.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Compilación normativa de instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. Palestra Editores. Lima 2014.

CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIEDH) y otro. La Corrupción y los Derechos Humanos Estableciendo el Vínculo, México, 2009.

CREUS, Carlos, Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 1999.

DE LA LAMA, Pedro. Asistencia mutua en la lucha contra los delitos financieros, fraude y corrupción. Fraude y corrupción en la praxis. Problemática de su investigación. Artículo en: Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca 2002.

DÍAZ CASTILLO, Ingrid. “Criminalidad Organizada y Corrupción en la Contratación Pública: Análisis del Injusto Típico de los Delitos de Colusión y Negociación Incompatible como base para la aplicación de la Ley N° 30077”. En: Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal, Instituto Pacífico, Lima 2016.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Exigencias sociales y política criminal. En: Estudios Penales y de Política Criminal, Idemsa, Lima 2007.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. “La Fenomenología del Lavado de Dinero, sus efectos sobre la Economía y el Bien Jurídico Protegido”. En: Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú. Organización de los Estados Americanos - OEA. Washington 2006.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Corrupción y Fraude de Subvenciones”. Artículo en: Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca 2002.

FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública, Editora “Fecat” E.I.R.L., Lima, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. En Especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos. Instituto Pacífico, Lima 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy (Coordinador). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Órganos y Representantes, ARA Editores, Lima 2002.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Sobre los derechos fundamentales de la persona jurídica responsable criminalmente es España”. En: Libro Home-

naje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Perú. Instituto Pacífico, Lima 2018.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”. En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis y otros, Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-02 (2005). Pág. 2. El citado artículo está disponible en.

GRACIA MARTÍN, Luis, Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

HASSEMER, Winfried, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?”, en *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal* N° 1, Grijley, Lima, 2000.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B y HUARCAYA RAMOS, Betty S. Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios, 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2018.

HUGO VIZCARDO, Silfredo, “La extensión de la pena de inhabilitación principal”. En la revista: *Actualidad Jurídica. Información Especializada para Abogados y Jueces*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, Tomo 164.

HURTADO POZO, José, El Sistema de Control Penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales, Instituto Pacífico, Lima 2016.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomos I y II, 4ta. Edición, Idemsa, Lima 2011.

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I. 3era. Edición, Grijley, Lima 2005.

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Eddili, Lima 1987.

IBARRA, Hernán. Reseña de Clientismo, corrupción y criminalidad organizada, de Mario Caciagli. En: Íconos. Revista de Ciencias Sociales. Diciembre 2002, N° 015. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Sede Académica de Ecuador

JESCHECK, Hans-Heinrich y otro, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen II, 5ta. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2014.

KOFI A. Annan. Convención de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Organización de las Naciones Unidas. Nueva York 2004.

LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo... y como resistirlo”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 18, Idemsa, Lima 2006.

LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 16, Idemsa, Lima 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica S.A, Lima 2004.

LÓPEZ GONZÁLES, José Ignacio, La inhabilitación especial del funcionario público y los efectos jurídico-administrativos “ex lege”, Revista de Administración Pública Núm. 120. Septiembre-diciembre 1989. Disponible: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaInhabilitacionEspecialDelFuncionarioPublicoYLosE-17029.pdf>.

LÓPEZ PÉREZ, Luis, Acerca de la Pena de Multa. El artículo está disponible: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca_de_la_Pena_de_Multa.pdf.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Las inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 176-228. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788182>.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las Penas Accesorias o la Accesoriedad Punitiva”, en la *Revista de Estudios Penitenciarios. Homenaje Profesor Francisco Bueno Arús*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Extra, 2006.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “Sistema de sanciones en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el Siglo XXI*, Ideas Solución Editorial, Lima 2015.

MATUTE URDANETA, Gabriela (22 diciembre 2016). «Escándalo Odebrecht: EE.UU. dice que 12 países recibieron sobornos». *CNNespañol.com*. Consultado el 23 de diciembre de 2017.

MAZUELOS COELLO, Julio F. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aplicación al caso peruano desde una perspectiva político criminal”. En: *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*, Idemsa, Lima 2013.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis, *Presupuesto Acusatorio. Determinación e Individualización de la Pena*, Jurista Editores, Lima 2015.

MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los Delitos contra la Administración Pública*, 1ra. Ed., Instituto Pacífico, Lima 2016.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. Edición, Tecfotó, Barcelona 1998.

NAVARRO ALTAUS, Martín. “El Sistema de Penas en el CP Peruano de 1991”, en *Anuario de Derecho Penal '97/'98*, Grijley, Lima 1999.

ORÉ SOSA, Eduardo. “La Organización Criminal. A propósito de la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado”. En: *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal*, Instituto Pacífico, Lima 2016.

ORÉ SOSA, Eduardo. “Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 51, Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2009

PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de Colusión*, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2017.

PARIONA ARANA, Raúl, “La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber: Fundamentos y Consecuencias”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima 2013.

PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso**, “La inhabilitación perpetua en los delitos funcionariales”, en *Actualidad Penal*. Número 36, Instituto Pacífico, Lima 2017.

PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso R.**, “Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político - criminales”, en *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso Raúl**. Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal, Ideas Solución Editorial, Lima 2013.

PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso Raúl**. Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2013.

PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso Raúl**, Derecho Penal. Parte General, Teoría del Delito y la Pena y las Consecuencias Jurídicas, Editorial Rodhas, Lima 2007.

PETERS, **Anne**. Corrupción y Derechos Humanos, Basel Institute on Governance, septiembre 2015. El artículo está disponible en el siguiente link: https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf.

POLAINO NAVARRETE, **Miguel**, Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas, Grijley, Lima 2004.

PRADO SALDARRIAGA, **Víctor Roberto**, La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos, Ideas Solución Editorial, Lima 2018.

PRADO SALDARRIAGA, **Víctor**, “El Decreto Legislativo N° 1243 y la Pena de Inhabilitación”. En: Ius Puniendi. Sistema Penal Integral, Marzo-Abril 2017, N°1, Ideas Solución Editorial, Lima 2017.

PRADO SALDARRIAGA, **Víctor Roberto**. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal, 1ra. Ed., Idemsa, Lima 2016.

PRADO SALDARRIAGA, **Víctor**, “La Determinación Judicial de la Pena en la Ley N° 30076”, en *Determinación Judicial de la Pena*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

PRADO SALDARRIAGA, **Víctor Roberto**. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Idemsa, Lima 2010.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Reforma Penal y Principios Regulares del Control Penal”, en *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 2009.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Gaceta Jurídica, Lima 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El Derecho Penal ante la globalización”, en *El Derecho Penal ante la Globalización*. Coordinadoras: Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez y Ma. Rosario Diego Díaz-Santos, Editorial COLEX. Madrid 2002.

QUISPE MEZA y otro, Algunos comentarios sobre la muerte civil por delitos de corrupción, Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. Disponible: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-ene-ro-12-19.pdf>.

RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. La Prescripción Penal: Fundamento y aplicación, Atelier, Lima, 2004.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Jurista Editores, Lima 2004.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, 2da. Edición, Jurista editores, Lima 2017.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen 3, Ediciones Legales, Lima 2016.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Jurista Editores. Lima 2015.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Perspectivas Comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador), Ideas Solución Editorial, Lima 2018.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencias Jurídicas del Delito, Instituto Pacífico, Lima 2016.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

RIGHI, Esteban, Teoría de la Pena, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 2001.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. El Derecho Penal en la Actividad Económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídica. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1998.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y otros, Compendio Jurisprudencial Sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP, Lima, 2014.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, Principio de Resocialización y la Inhabilitación Permanente, Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. Disponible: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRE-RO-IDEHPUCP-6-11.pdf>.

ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos., 2da. Edición, Nomos & Thesis, Lima 2017.

ROJAS VARGAS, Fidel. Aspectos Problemáticos en los Delitos contra la Administración Pública, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, Reimpresión de la Tercera Edición, Grijley, Lima 2003.

ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley. Lima. 3era. Edición. Octubre 2002.

ROXIN CLAUS, “Cambios en la teoría de los fines de la pena”, en *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Grijley, Tomo I, Lima 2016.

ROXIN CLAUS, Fundamentos político-criminales del Derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires 2008.

ROXIN. Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena”, en *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Grijley, Lima 2007.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 5ta. Ed., Editorial Iustitia, Lima 2018.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 4ta. Edición, Grijley, Lima, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, 3ra. Edición, Grijley, Lima 2014.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 2da. Edición. Grijley. Lima 2011.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción”. En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Ara Editores, Lima 2010.

SAN MARTÍN, César. Debate en panel: la lucha anticorrupción desde el sistema de justicia peruano. En: *La Lucha Anticorrupción como Política de Estado, V Seminario de Reforma del Estado*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2012.

SANZ MULAS, Nieves, Alternativas a la Pena Privativa de Libertad, Colex, Madrid 2000.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal, Presentación y anotaciones de Derecho Penal Peruano por el Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Editorial Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo”, en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19, Idemsa, Lima, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias el art. 129 del Código Penal Español*, En: La Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, Órganos y Representantes. Ara Editores E.I.R.L., Lima 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Cuaderno Civitas. Madrid 1999.

TERRAGNI, Marco Antonio, La Pena de Inhabilitación. Esta lectura se encuentra disponible en: <https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>.

TIEDEMANN, Klaus: “Aspectos culturales de las sanciones penales contra entes colectivos”. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013

TIEDEMANN, Klaus. Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, Idemsa, Lima 1999.

UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y HAVA GARCÍA, Esther. “Cómo definir la gran corrupción”. En: Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal, Instituto Pacífico, Lima 2016.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, 3era. Edición. Textos Docentes. Publicaciones Universidad Alicante. Alicante 2010.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín 2009.

VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2008.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2006.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander, La Suspensión de la Pena y la Reserva del Fallo Condenatorio. Problemas en su Determinación y Ejecución, Gaceta Jurídica, Lima 2014.

VOGEL, Joachim. “Responsabilidad Penal de los Empresarios y las Empresas”. En: La política criminal en Europa, Atelier penal, Barcelona 2004.

YARLEQUÉ MONTERO, Jearsineo Ray. Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243, que incorpora la inhabilitación perpetua. En: *Actualidad Penal*, Numero 31, Instituto Pacífico, Lima 2017.

YSHÍ MEZA, Luis Alejandro. “Algunos apuntes sobre la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal peruano”. En: *Derecho a Survivir. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Año 1 / N° 1*. Poder Judicial del Perú, Lima 2014.

YSHII MEZA, Luis Alejandro. La Pena de Inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública (A propósito de la modificación del artículo 426° del Código Penal por la Ley N° 29758 y los Proyectos de Ley en el Congreso de la República). En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos, Idemsa, Lima 2013.

YSHÍ MEZA, Luis Alejandro. “El principio de legalidad (*lex certa*) y la pena de inhabilitación en los Códigos Penales peruano y español. A propósito de su regulación, cambios normativos y tratamiento jurisprudencial”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces*, Gaceta Jurídica, Lima 2013, Tomo 49.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Globalización y Crimen Organizado”, en *Conferencia de clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal* que organizó la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de Noviembre de 2007. El artículo está disponible en: www.cienciaspenales.net.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En Busca de las Penas Perdidas: Deslegitimación y Dogmática Jurídico - Penal, AFA, Lima 1989.

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ad-Hoc, Buenos Aires 1996.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105° del Código Penal: principales problemas de aplicación”. En: *Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos Modelos para armas en el Derecho Penal. Colección de Ciencias Penales 4*. Jurista Editores, Lima 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Contribución a la Determinación del Injusto Penal de Organización Criminal. Editorial Comares. Granada 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, 2da. Edición, Thomson Aranzadi, Navarra 2003.

**LA REFORMA DE LAS PENAS DE INHABILITACIÓN Y MULTA EN
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Problemas Normativos y Prácticos

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
En los talleres gráficos de JURISTA EDITORES,
Petit Thouars N° 1207 - Lima
En el mes de Junio 2019

