PRÓLOGO
CÉSAR
NAKAZAKI
SERVIGÓN

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
cometidos por funcionarios públicos

César Nakazaki Servigón
Jorge B. Hugo Álvarez
Alonso Peña Cabrera Freyre
Betty S. Huarcaya Ramos
Roberto Cáceres Julca
Silfredo Hugo Vizcardo
Ramiro Salinas Siccha
Elky Villegas Paiva
Jorge Pérez López
Leonardo Calderón Valverde

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA PENAL
& procesal penal

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2016
6,050 ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2016-05767
LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-338-4

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221600457

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Luis Briones Ramírez

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Prólogo

Por: César NAKAZAKI SERVIGÓN

INTRODUCCIÓN

Cuando inicié el ejercicio de la abogacía participé en el Subsiste-
ıa de Justicia Antiterrorista. El capellán del penal de mujeres de Lam-
ayeque, el padre Alvarado, me llevó a dicho establecimiento peniten-
iario para superar la situación vergonzosa que significaba que este se
bicara a dos cuadras del Colegio de Abogados y que en él estuvie-
an mujeres privadas de libertad sin el derecho humano a la defensa
ficaz. Casi todas eran procesadas por terrorismo o tráfico ilícito de
rogas, algún homicidio completaba el cuadro. Rápidamente tuve que
omper con la visión estética o cosmetológica del abogado que pro-
onía mi profesor de práctica penal José Ugaz Sánchez Moreno: solo
efender a los "buenos", a los mediáticamente "correctos". Más allá
e discutir los "juicios" y a los "jueces morales", la dramática realidad
enitenciaria me hizo tomar conciencia de que para el abogado los de-
endidos no son "buenos" o "malos", son seres humanos y como tales
on derecho a la defensa en un proceso penal con todas las garantías
ue aseguran la Constitución y los tratados sobre derechos humanos.

Así, inicié la defensa en la justicia antiterrorista en la que enfren-
é un Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo, que a toda costa y
recio, de cualquier forma, debía lograr máximas condenas para los
cusados por terrorismo. Años después, la abogacía que por tantos ca-
ninos me lleva, me permitió participar en el Subsistema de Justicia An-
icorrupción. Se diseñó en su primera fase, durante los gobiernos de

los presidentes Paniagua[1] y Toledo, para que la mayor cantidad de encausados, perseguidos o vinculados al régimen fujimorista fueran condenados a las mayores penas efectivas. Un correcto juez superior, que hasta hoy sigue en el subsistema, me reveló que en este se consideraba al procesado un enemigo y a los defensores, oponentes a los que se debía derrotar. No hizo otra cosa que advertirme que nuevamente enfrentaba al Derecho del enemigo. Este fenómeno, presente en los subsistemas de justicia del Perú, tiene como característica fundamental que el problema, por lo general, no son las leyes, sino la forma de interpretarlas o aplicarlas.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS EXPRESIONES DE DERECHO DEL ENEMIGO EN LA PRIMERA FASE DEL SUBSISTEMA DE JUSTICIA ANTICORRUPCIÓN

1. El funcionario administrador de hecho

Los tristemente célebres "vladivideos" permitieron conocer cómo el exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos, con fondos públicos cometió una serie de delitos en una magnitud que cuestionó la base moral de la sociedad. Surgió en los operadores del Derecho la necesidad, comprensible, de que todas las personas que aparecían recibiendo dinero sean condenadas a severas penas efectivas. Empero, surgió como un primer problema el que el exasesor del SIN no podía ser autor de delito de peculado porque la ley exigía (hasta hoy lo hace) la cualidad de funcionario administrador, custodio o perceptor de fondos públicos, competencia que no tenía el que de asesor, formalmente, llegó al cargo de jefe del gabinete de asesores del SIN. Por esta situación, la primera sentencia condenatoria en su contra fue a título de autor de usurpación de funciones. El cargo imputado fue disponer de fondos públicos que no administraba, custodiaba o percibía por razón de su cargo.

Si Vladimiro Montesinos no era autor de peculado, sino de apropiación ilícita, las personas que recibieron el dinero serían autores de receptación, como lo discutí en los casos del canal 2 y el caso del canal 5. La respuesta institucional fue instruir al exasesor como cómplice

(1) Valentín Paniagua Corazao fue mi querido y recordado profesor de Derecho Constitucional I, su calidad humana y excelente formación jurídica siempre me llevó a considerar que no conoció el funcionamiento crítico del Subsistema de Justicia Anticorrupción.

de peculado, e igualmente a todas las personas que recibieron dinero; el problema se agravó cuando las instrucciones terminaron sin determinar autores de peculado y menos la ruta de cómo llegaron los fondos a poder de Montesinos. Ante ello es que se recurrió a la teoría del funcionario administrador de hecho. De este modo se pudo cambiar el título de intervención criminal de cómplice primario por autor de peculado y con ello se justificó la acusación y condena de quienes recibieron dinero como cómplices de peculado.

Al estudiar la teoría judicial en busca de establecer su base legal y dogmática, no motivada en las muchas sentencias condenatorias, demostré que se violó sistemáticamente la garantía constitucional de legalidad penal y que se dejaron de lado las exigencias que en el Derecho Administrativo se establecen respecto a los funcionarios de hecho[2].

2. El momento consumativo del peculado doloso por apropiación

La aplicación del funcionario administrador de hecho fue complementada con la condena por complicidad de peculado a las personas que recibieron dinero de Montesinos sin determinar el momento consumativo.

Dado que solo se puede producir complicidad durante las fases preparatoria y ejecutiva del delito, no después de la consumación, desarrollé, como parte de las defensas, actividad probatoria para demostrar la relación entre el exjefe, del gabinete de asesores del SIN y las Fuerzas Armadas para que estas envíen el dinero a lo que denominé la "caja de Montesinos". Vladimiro Montesinos acordó con los comandantes generales de las Fuerzas Armadas la entrega de fondos públicos; por ejemplo: Montesinos pedía dinero al director de Inteligencia de la Fuerza Aérea, este disponía la simulación de la operación de inteligencia "Plan Tormenta" para sacar el dinero del presupuesto público asignado, los soles eran cambiados por dólares en el jirón Ocoña y luego, en cajas cartón, llevados al SIN y entregados a Matilde Pinchi, quien los guardaba y administraba en las habitaciones de Montesinos, para darle dinero cuando disponga; él pedía una cantidad y era entregada en la "salita del SIN" a un dueño de televisora. ¿Cuándo se

(2) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Problemas de aplicación de la figura del funcionario administrador de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú". En: *Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2005, pp. 773-793.

produjo el acto de apropiación de fondos públicos, el momento consumativo del peculado doloso por apropiación?

El subsistema respondió con un absurdo: al momento de la entrega del dinero de Montesinos a los dueños de los medios de prensa, "justificando" que la acción se realizaba en una instalación pública, es decir, la esfera de custodia de los fondos públicos era "física" o "geográfica". El "bolsillo" del Estado, los fondos públicos están en su poder de disposición en el proceso presupuestal; mientras que el dinero siga en los canales presupuestales están a disposición del Estado. En los hechos que probamos, fiscales y jueces –agrego procuradores públicos– debieron establecer cuándo los fondos públicos salieron del proceso presupuestal para fijar el momento consumativo.

Nunca lo hicieron porque la respuesta es clara: al sacar los fondos públicos del proceso presupuestal del Ministerio de Defensa, y en específico de la Fuerza Aérea del Perú, con un plan de inteligencia simulado, el Estado perdió el poder de disposición y evidentemente se produjo la acción de apropiación por los funcionarios administradores del presupuesto de la FAP. Las personas que recibieron dinero de Montesinos lo hicieron mucho después del momento consumativo del peculado, en no pocos casos de años, por el funcionamiento de la organización criminal a través de la cual se financiaba la "caja de Montesinos". Otra razón para calificar de inconstitucionales las condenas por complicidad de peculado doloso por apropiación, pues se evidencia un motivo más para la violación sistemática de la garantía de legalidad penal, así como de proporcionalidad de las penas.

3. El concepto anticipado de funcionario público

Al salir a la luz el "vladivideo Kouri-Montesinos", que inició la caída del régimen fujimorista, el hecho de la entrega de dinero por Vladimiro Montesinos a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar para que en el nuevo Congreso de la República no integre el grupo parlamentario de Perú Posible sino el de Perú 2000, motivó su juzgamiento y condena por delito de cohecho pasivo a pesar de que en la ley se exige que el acto de percepción del soborno se produzca durante el ejercicio del cargo. El hecho se produjo con resultados provisionales dados por la prensa y algún avance de la ONPE; no había resultados oficiales, menos proclamación, entrega de credenciales y juramentación, esto es, se dio sin ser todavía Luis Alberto Kouri congresista de la República.

Para "salvar el escollo" se indicó que en la Convención Interamericana contra la Corrupción se recogía el concepto anticipado de funcionario público, es decir, que se podía cometer delito de cohecho siendo congresista electo, antes de la juramentación. Se demostró en juzgamiento: a) que la Convención no era autoejecutiva, por lo que requería modificación en la legislación interna para su aplicación[3]; b) que la Convención no prevé un concepto anticipado de funcionario público[4]; y c) que Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar al momento de recibir dinero registrado en video no tenía la condición de congresista electo.

Para lograr aceptación del argumento, probé que fueron cuatro entregas de dinero: tres antes y una después de la juramentación, que solo la última era delito y que bastaba para imponer la sanción máxima que se buscaba. La gran carga política del caso impidió reconocer al subsistema que la primera entrega, la del vladivideo, no fue delito.

III. PLANTEAMIENTO PARA NUEVA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN

La necesidad de buscar soluciones al problema de la corrupción genera que en el debate público se planteen como supuestas soluciones, por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de función, sin estudio sobre por qué plazos muy amplios de prescripción no son suficientes o razonables. Como muestra, el delito de colusión desleal agravada. Por los artículos del Código Penal 80 primer párrafo y 384 segundo párrafo, el plazo de prescripción ordinaria equivalente a la pena abstracta máxima de 15 años se duplica a 30 por aplicación del artículo 41 último párrafo de la Constitución y artículo 80 último párrafo del Código Penal. Como producto de la suspensión por inicio del proceso penal, conforme al artículo 83 último párrafo y el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal, surge un plazo de prescripción extraordinaria máximo de 30 años.

Si bien el plazo máximo de 20 años del cuarto párrafo del Código de 1991 es aplicable a la prescripción ordinaria y no a la extraordinaria,

(3) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por la falta de modificación en la legislación penal interna". En: *Advocatus*, revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 9, 2003 II, Lima, Perú, Diciembre 2003, p. 267.

(4) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "¿Existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción el concepto anticipado de funcionario público?" En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 170, enero 2008, Lima, pp. 103-108.

conforme al Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, esta tiene límites constitucionales, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, así como el plazo razonable. Los procesos penales "infinitos" son inconstitucionales; ni siquiera la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad justifica la violación del derecho humano al plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas.

El plazo de prescripción de la acción penal en casos que la pena abstracta es la cadena perpetua es de 30 años, artículo 80 cuarto párrafo. El legislador, respetando la Constitución, no admite un plazo de prescripción extraordinaria que "nunca acabe", una imprescriptibilidad tácita o encubierta. La interpretación constitucional de la ley penal determina que ningún plazo de prescripción extraordinaria de pena privativa de la libertad temporal abstracta pueda superar la señalada para los casos de cadena perpetua. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en el citado Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116.

Han existido varios intentos de agravar la prescripción: aplicar la duplicidad del plazo señalada en el artículo 41 de la Constitución a la prescripción extraordinaria en vez de la ordinaria; o la interpretación que el inicio del proceso penal produce interrupción y no suspensión del plazo de prescripción.

Es indispensable asegurar la supremacía de la Constitución en la interpretación y aplicación de la ley en los casos penales, con especial esmero en los que se siguen a través de los subsistemas penales, lavado de activos, crimen organizado. El respeto a la Constitución se logra con una doctrina judicial que exprese el mejor uso de la dogmática jurídica.

IV. PROBLEMAS DE LA JUSTICIA ANTICORRUPCIÓN A SOLUCIONAR PARA EVITAR LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL ENEMIGO

En la justicia anticorrupción hay varios temas pendientes de resolver.

La acusación y condena por delito de malversación de fondos sin considerar que la modificación presupuestal fue aprobada por la Dirección Nacional de Presupuesto Público a través del SIAF[5].

(5) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* tomo 71, Lima, mayo 2015, pp. 179-193.

La sistemática inobservancia del artículo 41 de la Constitución en los delitos de enriquecimiento ilícito[6].

La determinación del rol del contratista en el delito de negociación incompatible con la función pública en la modalidad de representación indebida de un interés particular de tercero, que trato en un artículo de este libro.

El no desarrollo de criterios de dogmática jurídica, o interpretación de la ley penal, para los casos de actos preparatorios punibles a los que no se les debe tratar como si fuesen tipos penales de delitos consumados, lleva a una serie de cuestionamientos.

Los actos preparatorios punibles en delitos de función son el tráfico de influencias y el aprovechamiento indebido del cargo.

Hasta hoy, y sin un profundo análisis jurídico, se amplían los tipos penales de actos preparatorios al admitirse participación –esto es, complicidad e instigación, o sancionándose la tentativa– cuando lo correcto sería que en los actos preparatorios punibles solo se sancione a los autores, así se respetará cabalmente al principio de lesividad o de protección de bienes jurídico, límite material de la función punitiva del Estado. Lamentablemente, el intenso debate que se produjo en el caso Lucchetti sobre si en el tráfico de influencias el interesado podía ser calificado de instigador, no se continuó en la jurisprudencia desde la perspectiva que planteo, la necesidad de una dogmática penal para los actos preparatorios punibles.

1. Problema de falta de definición adecuada de la acción típica tráfico de influencias

En la jurisprudencia se ha desarrollado el pacto colusorio como acción típica del delito de colusión desleal; igualmente se ha trabajo el pacto de corrupción en el caso del delito de cohecho; sin embargo, no se aprecia lo mismo con el delito de tráfico de influencias.

El artículo 400 del Código Penal establece un tipo penal alternativo de tráfico de influencias, esto es, diversas formas de comisión, una de las cuales es "hacerse prometer una ventaja económica"; esto es, la celebración de una compraventa de influencias. La acción típica es la

(6) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Análisis del derecho constitucional al plazo razonable a propósito de la ejecutoria expedida en el R.N. 2966-Lima por el 'Caso Luis Valdez Villacorta'". En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 200, Lima, mayo 2015, pp. 167-197.

del traficante que oferta la venta de su influencia sobre funcionarios públicos que intervienen en el proceso judicial o administrativo; y el interesado que acepta la oferta, esto es, se produce el pacto o acuerdo de tráfico de influencia o compraventa de influencia[7][8][9]. El momento consumativo del tráfico de influencias, el "hacerse prometer una ventaja económica", es la celebración de la compraventa de influencia que se produce al momento de la aceptación de la oferta[10][11].

Siendo el tráfico de influencias una compraventa de influencias, para determinar si el Fiscal ha probado la celebración del "contrato criminal" es válido acudir como auxilio metodológico al derecho contractual que trata, como ninguna otra rama del Derecho, a la oferta con la exclusiva finalidad de conocer mejor sus elementos, cuándo se considera que existe una oferta. "La oferta es una declaración de voluntad en la que el ofertante manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que este quedará formado si recae la aceptación"[12].

El "contrato" de compraventa de influencias tiene tres etapas: a) preparación; b) celebración o perfeccionamiento; y c) consumación, ejecución o periodo de cumplimiento. Las tratativas corresponden a la etapa de preparación, son los tratos iniciales, las negociaciones entre traficante e interesado para la formación de la oferta. Si en las tratativas no se llega a establecer el precio porque no se llega a definir el monto y la forma de pago, o no se define el funcionario que el traficante oferta influenciar, no se llega a celebrar el pacto o compraventa de influencias, se queda a nivel de actos preparatorios.

No distinguir las tratativas de la compraventa de influencias significaría condenar penalmente a pesar que en el *iter criminis* solo se llegó a la fase preparatoria del tráfico de influencias, sanción penal por acto preparatorio de un acto preparatorio punible. En el caso Z Bus se

(7) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Grijley, Lima, 2007, p. 797.
(8) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición, Palestra, Lima, 2003, p. 534.
(9) REAÑO PESCHEIRA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista Editores, Lima, 2004, p. 51.
(10) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 800.
(11) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., pp. 534 y 535.
(12) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato*. 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 283.

produjo tal agresión al principio de protección de bienes jurídicos[13] puesto que se condenó como autor de tráfico de influencias al gerente de la empresa por acordar con un funcionario de la Municipalidad Distrital del Rímac que este influiría sobre los funcionarios que intervenían en el proceso administrativo de revocatoria de licencia de funcionamiento. Un audio, la única prueba en el juzgamiento, daba cuenta de tratativas en las que la oferta no llegó totalmente a formarse, faltaban elementos necesarios para celebrar la compraventa de influencia: a) la influencia, específicamente, el servidor(es) o funcionario(s) público(s) sobre el(los) cual(es) se iba a influenciar; y el precio.

En efecto, no se había decidido si se influenciaría al alcalde o al gerente municipal; tampoco se estableció si el precio de venta de la influencia correspondía al monto de 5000 o 7000 dólares americanos. De igual forma, tampoco se acordó la forma de pago de dicho monto; esto es, si se debía pagar al contado, por armadas o en forma de adelanto al "servicio". Los jueces interpretaron indebidamente el artículo 400 al no establecer los elementos del pacto o compraventa de influencias. Por ello terminaron calificando como delito a las tratativas, es decir, el acto preparatorio del acto preparatorio punible.

La acción típica exige que el traficante ofrezca en venta un "servicio", que el tipo penal del artículo 400 describe de la siguiente forma: "con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo". El acuerdo se produce en la fase de celebración o perfeccionamiento, exige que esté formada la oferta, formulada por el traficante y aceptada por el interesado, convirtiéndose en vendedor y comprador. Las tratativas, se reitera, constituyen actos preparatorios, no actos de ejecución; esta fase se inicia con la formulación de la oferta; la preparación de la oferta es acto preparatorio. La negociación sobre a quién o quiénes se va a influenciar en el proceso administrativo, el precio, cuánto y cómo se iba a pagar al traficante se dan en la fase preparatoria del tráfico de influencias.

Si el traficante no llega a ser vendedor y el interesado no se convirtió en comprador, no hay acción típica de tráfico de influencias.

En fin, hay la la necesidad de desarrollo jurisprudencial sobre el delito de tráfico de influencias a partir de los siguientes criterios:

(13) Expediente N° 193-2012-8-1826-JR-PE-03.

- El tráfico de influencias del artículo 400 es un acto preparatorio punible[14][15][16], una excepción a la regla de la no punibilidad de los actos preparatorios.
- Los actos preparatorios punibles tienen un conjunto de reglas dogmático-jurídicas que deben regir la interpretación y la aplicación de las leyes penales que los regulan. No tiene la misma base constitucional y penal el condenar a una persona por un acto preparatorio, por un acto de ejecución o por un acto de consumación.
- El limite material de la función punitiva del Estado, principio de lesividad recogido en la Norma IV del Título Preliminar-Principios Generales del Código Penal, exige que al aplicar el tipo penal de tráfico de influencias: a) diferenciar con rigor actos preparatorios y actos de ejecución; y b) la no punibilidad los partícipes[17].
- La acción típica de tráfico de influencias en la modalidad de "hacerse prometer una ventaja económica" se configura mediante la celebración del "pacto" o la "compraventa" de influencias, que significa definir el "servicio que se compra", el funcionario que se va a influenciar en el proceso administrativo o judicial; y la fijación del precio, monto y forma de pago.
- Como es un delito de dominio, el tráfico de influencias puede ser cometido por particulares y por funcionarios públicos[18]. La posibilidad que los funcionarios públicos sean autores de tráfico de influencias exige establecer el fundamento dogmático-jurídico de la forma agravada del segundo párrafo del artículo 400 a fin de respetar los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

(14) Ibídem, p. 523.
(15) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 780.
(16) SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 27.
(17) La discusión académica que se generó por el Caso Lucchetti no terminó con un pronunciamiento de fondo por la Corte Suprema, y en el tratamiento de los autores no se considera la condición de actos preparatorios punibles del tráfico de influencias.
(18) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 527.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
cometidos por funcionarios públicos

Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal

César NAKAZAKI SERVIGÓN(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La prueba del grave peligro como causa de la declaración de situación de emergencia del artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. 1. Presentación del problema. 2. Doctrina jurisprudencial que proponemos. III. La determinación de los criterios de admisión de prueba nueva en el procedimiento de apelación de sentencia. 1. Antecedentes procesales en el Caso del ex Presidente Regional de Ayacucho. 2. Doctrina jurisprudencial que proponemos. IV. El rol del particular en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399 del Código Penal, para la verificación del elemento típico acción, en la modalidad del interés particular indebido de tercero. 1. Presentación del problema. 2. Doctrina jurisprudencial que proponemos. V. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399 del Código Penal. 1. Presentación del problema. 2. Doctrina jurisprudencial que proponemos. VI. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho. 1. Funcionamiento de la imputación objetiva dentro del tipo penal. 2. Filtro de imputación objetiva: principio de confianza. 3. Aplicación del principio de confianza como filtro de imputación objetiva en el Gobierno Regional de Ayacucho al Presidente Regional. 4. Doctrina jurisprudencial que proponemos. VII. El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia. 1. Presentación del problema. 2. Doctrina jurisprudencial que proponemos.

I. INTRODUCCIÓN

El cada vez más frecuente empleo del supuesto de hecho típico de negociación incompatible con la función pública o aprovechamiento

(*) Abogado, socio del Estudio Sousa & Nakazaki. Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Ética Profesional de la Universidad de Lima y de la Academia Nacional de la Magistratura. Como ya es costumbre desde hace más de cuatro años, en este artículo es mi colaborador Exson Vilcherrez Ato; quien me asiste eficientemente en la actividad académica y profesional.

indebido del cargo, entiendo, se da como alternativa a la dificultad probatoria de los delitos de colusión desleal y cohecho.

El subsistema de justicia anticorrupción trabajó en su primera etapa, en los casos penales contra integrantes del Gobierno del Presidente Alberto Fujimori, con el tipo penal de enriquecimiento ilícito. El ejemplo más severo de empleo de la figura delictiva del enriquecimiento ilícito se dio en el "Caso de la Promoción de Vladimiro Montesinos", que significó el procesamiento penal de varios generales del Ejército, conjuntamente con sus familias[1].

La aplicación del supuesto típico de enriquecimiento ilícito sirvió para evitar impunidad; pero en su aplicación se incurrió en problemas de inconstitucionalidad como las establecidas en el "Caso de la Familia del General Walter Chacón Málaga"[2]; en este caso, se demostró cómo en los procesos de las otras familias de generales de la promoción del ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, se realizaron varias cadenas de condenas ilegales porque no se hizo una interpretación constitucional sobre el significado del requisito de procedencia de la acción penal: Fiscal de la Nación "formula los cargos" por delito de enriquecimiento ilícito[3].

Tales condenas fueron uno de los más grandes errores sistémicos, sin desconocer aciertos, del subsistema de justicia anticorrupción.

El más grave error, el empleo distorsionado de la teoría del funcionario administrador de hecho; permitió prisiones preventivas y condenas a penas privativas de la libertad efectivas a personas que recibieron dinero de Vladimiro Montesinos Torres, como cómplices de peculado doloso por apropiación, cuando el principio de legalidad exigía que tales conductas se tipifiquen como delito receptación[4].

(1) Así, el Caso de la Familia Delgado de la Paz (R.N. N° 383-2011-Lima); el Caso de la Familia Yanqui Cervantes (R.N. N° 1051-2011 Lima); el Caso de la Familia Sotero Navarro (R.N. N° 1125-2011-Lima), y el Caso de la Familia Cano Angulo (R.N. N° 1076-2011-Lima).

(2) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "El artículo 41 de la Constitución y el especial requisito de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito". En: *Revista de Derecho de la Universidad Particular de Piura*. Volumen 16, Año 2015, pp. 33 y ss.

(3) Ídem.

(4) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Problemas de aplicación de la figura del funcionario administrador de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú". En: *Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2005, pp. 773 y ss.

En la segunda etapa del subsistema de justicia anticorrupción, en los casos que se procesan con el Código Procesal Penal del 2004, se está empleando, por menor dificultad probatoria, el tipo penal de negociación incompatible con el cargo.

El artículo que presento tiene como fuente la defensa que realizó del ex Presidente Regional de Ayacucho Wilfredo Oscorima Núñez.

En la tipificación de los operadores del Derecho respecto del delito de aprovechamiento indebido del cargo, se aprecia una cadena de errores de aplicación de la ley penal, procesal y administrativa.

No es posible establecer la estructura típica y el tema de prueba en un caso de negociación incompatible con la función si no se combina Derecho Administrativo, Penal y Procesal Penal; el no hacerlo, como descubrí en la defensa del ex Gobernador Regional de Ayacucho Wilfredo Oscorima Núñez, produce condenas injustas.

Los problemas se generan porque fiscales, procuradores y jueces, por ejemplo, determinan la no justificación de una exoneración de selección de proveedor para celebrar contratos, sin considerar las reglas legales de declaración de emergencia; o condenan a los funcionarios a pesar del no procesamiento o el sobreseimiento del proceso penal a los contratistas.

A estos problemas sustantivos se agregan interpretaciones inadecuadas de la Ley Procesal Penal, propias del tiempo de "adaptación" que aún exige el nuevo Código del 2004; se presentan en el ámbito del control de la acusación, de la admisión de la prueba, este último es tratado en este artículo.

II. LA PRUEBA DEL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE LA DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y DEL ARTÍCULO 128 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO[5]

1. Presentación del problema

En el caso del ex Gobernador Regional de Ayacucho[6], motivo de estas reflexiones, se estableció que la declaración de la situación de emergencia que realizó el Consejo Regional de Ayacucho fue simulada porque no existió el grave peligro que se señaló como causa de la exoneración de las reglas de contratación ordinaria del Estado.

El problema, en el caso ejemplo, es que la Sala de Apelaciones, al igual que la juez del juzgamiento, afirman que la declaratoria de situación de emergencia fue simulada sin aplicar las reglas normativas que determinan si hubo o no el grave peligro que invocó el Gobierno Regional de Ayacucho.

Una condena estableciendo la simulación de situación de emergencia por lluvias sin aplicar las normas del Sistema Sinager, viola la garantía de presunción de inocencia.

2. Doctrina jurisprudencial que proponemos

El defecto de la sentencia condenatoria tiene un origen común: no haberse formulado las siguientes preguntas:

¿El grave peligro es un hecho que debe ser probado?

¿Cómo se prueba el hecho grave peligro?

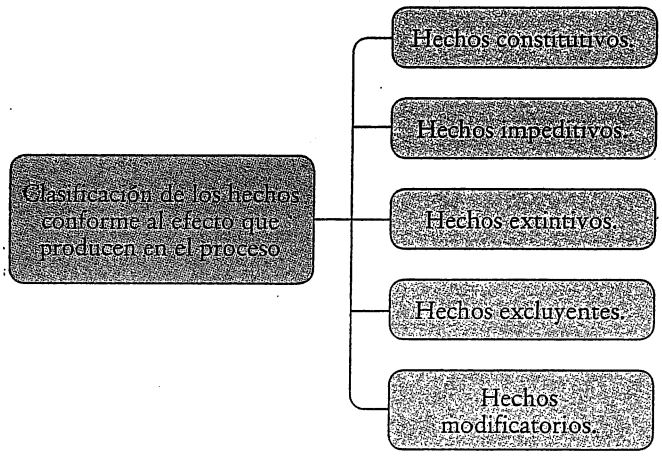
2.1. ¿El grave peligro es un hecho que debe ser probado?

La respuesta a esta pregunta exige tener presente que para la aplicación de la ley en los procesos judiciales, por ejemplo la Ley de Contrataciones del Estado, deben probarse diversos tipos de hechos.

(5) En este artículo trabajo con el Decreto Legislativo N° 1017 del 4 junio del 2008, vigente al tiempo de los casos que motivan las reflexiones que comparto.

(6) En este proceso penal existe sentencia condenatoria de juez de juzgamiento, confirmada por Sala de Apelaciones, encontrándose el proceso en la etapa de procedimiento de recurso de casación, pendiente de calificación.

Se deben identificar los hechos que forman el objeto del proceso en función de los efectos legales que producen: a) hechos constitutivos; b) hechos impeditivos; c) hechos extintivos; d) hechos excluyentes; e) hechos modificativos[7][8][9].



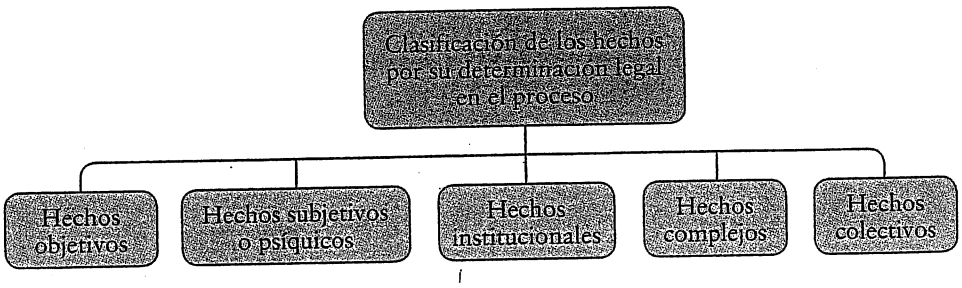
La clasificación de hechos procesales permite distribuir la carga de la prueba en el proceso penal; esta le corresponde al Ministerio Público respecto de los hechos constitutivos del delito; los hechos impeditivos, una causa de justificación, deben ser probados por la parte que los postula, la defensa[10].

Según la teoría del caso de la Fiscalía, la simulación de la declaración de situación de emergencia es un hecho que establecería la acción típica del delito de negociación incompatible, por tanto, resulta un hecho constitutivo que le corresponde probar.

Es de gran utilidad para la operación probatoria la clasificación de los hechos a partir de su determinación normativa. El profesor Taruffo, máximo exponente de la teoría de la prueba, señala que "es el

(7) FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. "Prueba y presunción de inocencia". En: IUSTEL. Madrid, 2005, pp. 48 y 49.
(8) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "El trastorno bipolar como causa de inimputabilidad: a propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales N° 24. Instituto de Derecho Penal.* Idemsa, Lima, 2012, p. 396 y ss.
(9) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 71, Lima, 2015, p. 182.
(10) Ibídem, pp.182 y 183.

Derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye "el hecho"[11][12].



La declaración de la situación de emergencia por grave peligro es un hecho institucional.

2.2. Los hechos institucionales

Los hechos institucionales no están definidos en términos puramente fácticos, sino "jurídicamente condicionados", se determinan en relación con el Derecho, se tienen que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado[13][14][15].

Los hechos institucionales son los que crea el Derecho; no existen en la realidad como los hechos objetivos o subjetivos, sino en el orden jurídico; por ejemplo; jurisdicción, orden constitucional; renta tributaria, etc.[16].

El elemento renta en el delito de defraudación tributaria; su existencia y prueba se produce a través de la resolución de determinación de deuda tributaria, conforme al Código Tributario, no de una pericia contable[17].

El elemento modificación presupuestal por saldo de libre disposición, igualmente, su existencia y prueba es a través del registro del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) de la Dirección

(11) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002. pp. 89 y ss.
(12) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". Ob. cit., p. 183.
(13) Ídem.
(14) FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 49
(15) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". Ob. cit., p. 183.
(16) Ídem.
(17) Ídem.

Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, con la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto[18].

Siendo creaciones del Derecho los hechos institucionales, la ley establece su existencia y prueba[19]. Por ejemplo; la condición de condenado de una persona, existe a partir de una sentencia condenatoria firme; se prueba con la sentencia o el registro de la condena[20].

La regla; el tipo del hecho determina el medio de prueba que se debe emplear para demostrarlo, tiene especial aplicación con los hechos institucionales[21].

En el proceso penal, la demostración de los hechos institucionales exige determinar las leyes, las reglas jurídicas para establecer no solo la prueba *ad probationem*, sino la existencia del hecho *ad solemnitatem*[22][23].

En la Casación N° 374-2015[24], considerando décimo, se desconoce que el ejercicio legítimo de la abogacía es un hecho institucional, porque sería fruto de una "discusión filosófica"; lo cual no es correcto, sino expresión del respeto a la legalidad de la prueba como expresión de la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Utilizando los ejemplos de la casación; la existencia del contrato, matrimonio, sentencia, los determina el Derecho, este señala cómo existen y se prueban.

(18) Ibídem, p. 184.
(19) Ibídem, p. 183.
(20) Ibídem, p. 186.
(21) Ídem.
(22) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 90.
(23) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". Ob. cit., p. 183.
(24) "Caso del ex Ministro de Justicia Aurelio Pastor Valdivieso", Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 11 de noviembre del 2015.

Los hechos institucionales dan realidad a los elementos normativos del tipo penal.

La identificación de los hechos institucionales no es un problema de cuestión previa o prejudicial, tampoco la aceptación de un sistema legal de prueba tasada como se dice en la Casación N° 374-2015; sino de respeto a los principios de legalidad y de libertad probatoria: las fuentes de prueba deben incorporarse a través de los procedimientos establecidos por la ley[25][26].

(25) Requisito del acto de prueba: legalidad o conducencia. Ver: NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Reflexiones sobre Derecho Penal internacional y su aplicación en el Derecho Penal interno". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 49, Lima, Julio 2013, pp. 60 y ss. El tribunal tiene la obligación de establecer como hechos probados en la sentencia, solamente los hechos discutidos que hayan sido fijados mediante alguno de los procedimientos probatorios establecidos en la ley. (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 790. El gran maestro italiano Eugenio FLORIÁN afirma que el procedimiento probatorio establecido por la ley regula la forma como se desarrolla la actividad probatoria, por ejemplo, la incorporación del medio de prueba al proceso penal; enseña el maestro italiano que la garantía de los derechos de las partes "exige que la presentación y la realización de la prueba en el proceso tengan un régimen propio en la ley". (FLORIÁN, Eugenio. *De las Pruebas Penales*, Tomo I, De la prueba en general, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982, pp. 313 y 314). Existe prohibición que el tribunal forme convicción sobre los hechos objeto del proceso, utilizando cualquier medio de información; la aceptación y el valor probatorio de los medios de información sobre los hechos, está condicionado a su ingreso al proceso penal observando los procedimientos legales y sin violar las garantías procesales constitucionales. (ORTELLS RAMOS, Manuel. *Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal.* José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995, p. 324. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Tomo II, p. 790). SAN MARTÍN CASTRO reconoce como un "carácter" de los elementos de prueba, a la legalidad; la exigencia que la información ingrese al proceso penal "siguiendo las prescripciones de la ley"; el modo cómo se obtiene y se incorpora. (Ibídem, 810). DEVIS ECHANDÍA, máximo exponente latinoamericano de la teoría de la prueba, comenta sobre la conducencia o legalidad como uno de los requisitos intrínsecos de los actos de prueba. Afirma que el juez solamente puede admitir prueba lícita, que no sea objeto de prohibición legal general o especial; ejemplo de prohibición general que su incorporación no signifique la violación de derechos fundamentales. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo I, 6ª edición, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1988, pp. 339, 340 y 342). El Tribunal Constitucional Español ha establecido que el derecho a la prueba es de configuración legal; "la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido por el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio" (STC 45/1996, 25 de marzo; STC 96/2000, 10 de abril; y STC 43/2003, 3 de marzo); "su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionamientos impuestos por la normatividad procesal" (STC 169/1996, 29 de octubre); y "el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento jurídico". (STC 149/1987, 30 de septiembre; STC 33/ 1989, 13 de febrero; STC 87/1992, 8 de junio; STC 97/1995, 20 de junio; STC 198/1997, 24 de noviembre; STC 181/1999, 11 de octubre; STC 246/2000, 16 de octubre; STC 78/2001, 26 de marzo; STC 70/2002, 3 de abril; STC 71/2003, 9 de abril). (ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. Obra colectiva, *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 519.

(26) Libertad probatoria. Ver: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 813. CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba en el proceso penal.* 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 32. NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". Ob. cit... Si bien es cierto que en el proceso penal existe libertad probatoria; en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba, pero no mediante cualquier procedimiento, "libertad de medios no implica libertad de procedimiento"; lo contrario

2.3. El hecho institucional declaración de situación de emergencia por grave peligro

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 del 4 junio del 2008, vigente al tiempo de los hechos[27], establecía:

> "Artículo 23 LCE.- Situación de emergencia.
>
> Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan **grave peligro**, o que afecten la defensa y seguridad nacional" (resaltado del autor).
>
> "Artículo 128 RLCE.- Situación de Emergencia
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan **grave peligro**, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes" (resaltado del autor).

La Ley de Contrataciones del Estado no establece qué hechos constituyen grave peligro, la forma de determinarlo, etc.

La LCE tiene un objeto específico, que explica por qué no regula el tema del grave peligro:

> "Artículo 2.- Objeto
>
> El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento

significaría arbitrariedad judicial y afectación de las garantías procesales constitucionales de las partes. El maestro argentino CAFFERATA NORES afirma que la libertad de medios de prueba "no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a este se le concibe como una forma de asegurar y controlar la autenticidad, la seriedad y la eficacia de la prueba y los derechos de las partes". Agrega el principal representante de la Escuela de Córdova que cada prueba seguirá el procedimiento establecido por la ley, y "cuando se quiera optar por un medio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquel, respetando sus formas y bajo sus mismas sanciones".

(27) Actualmente está vigente la Ley N° 30225 publicada el 11 de julio del 2014.

de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma" (resaltado del autor).

El grave peligro; órganos competentes para declararlo, método, prueba, etc., sí se encuentran regulados en la Ley del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, Sinagerd, Ley N° 29664 del 19 de febrero del 2011.

"**Artículo 1.- Creación del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd)**

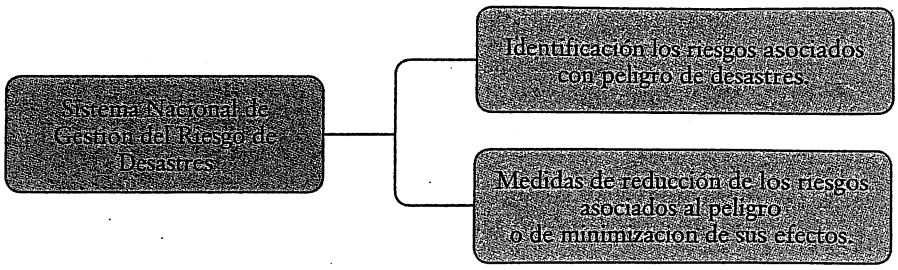
Créase el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, procesos e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres" (resaltado del autor).

"**Artículo 8.- Objetivos del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.**

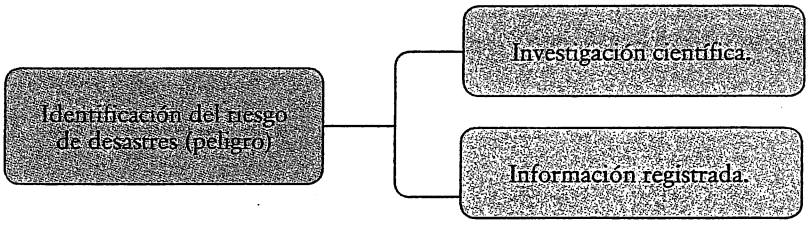
El Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) tiene los siguientes objetivos:

a. La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres" (resaltado del autor).

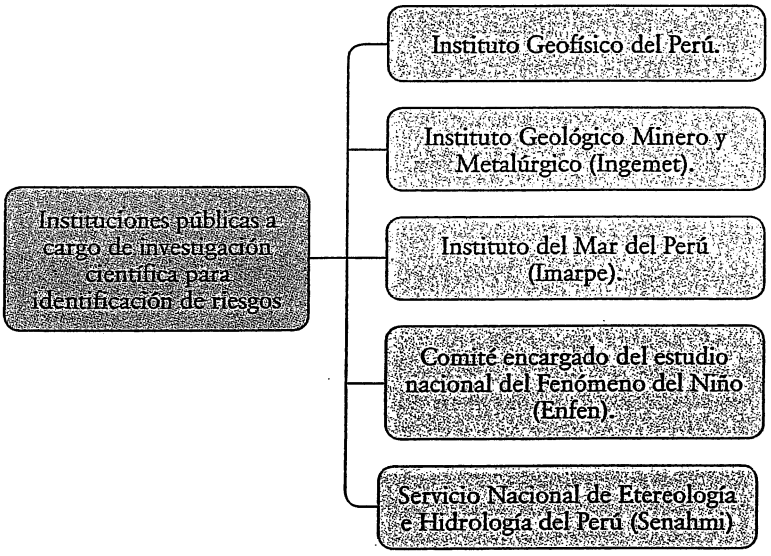
El Sistema Nacional de Gestión del Riesgo del Desastre (Sinagerd) define las situaciones de grave peligro de desastres; su finalidad es identificarlos, evaluar los niveles de riesgo, para establecer las medidas necesarias para reducir los riesgos asociados al peligro o minimizar sus efectos.



El artículo 3 de la Ley del Sinagerd establece que la identificación del riesgo, esto es, la determinación del peligro, se establece con información científica y registrada; ya que se basa en las investigaciones científicas y en el registro de las informaciones.



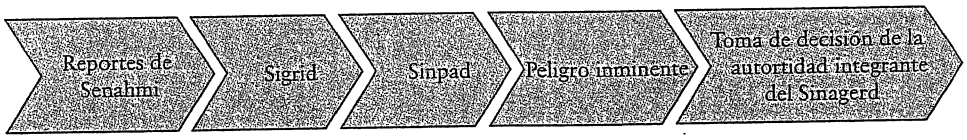
Dependiendo del tipo de riesgo de desastre, la investigación científica está a cargo de una institución pública, que adelanto no es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OCSE) ni la Contraloría General de la República:



En el caso de riesgo de desastre por lluvias la investigación científica correspondía al Senahmi.

La información sobre riesgos de desastres se incorpora al Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres, artículo 19 inciso "d" de la Ley del Sinagerd, a fin de generar y articular conocimiento sobre las características y estado actual o probable de peligros, su distribución espacial y temporal, los factores de vulnerabilidad y el dimensionamiento del riesgo.

El Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres (Sigrid) cuenta con diversas herramientas, una de las cuales es el Sistema de Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación (Sinpad), a partir del cual los Centros de Operaciones de Emergencia (COE), en sus diversos niveles, a través del monitoreo de peligros, emergencias y desastres, brindan la información "para la oportuna toma de decisiones de las autoridades del sistema, en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales". Artículo 50, apartado 50.1 del Reglamento de la Ley del Sinagerd, Decreto Supremo N° 048-2011-PCM.



El Sistema de Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación (Sinpad) es administrado por el Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci); artículo 53 apartado 53.3 del Reglamento.

El peligro que constituye el riesgo no se determina por el criterio de la imprevisibilidad, esto es, si el hecho es previsible ya no cabría calificar la situación como el peligro cuyo riesgo gestiona el Sinagerd, como erradamente lo sostienen la Contraloría General de la República y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en diversos casos.

No peligro imprevisible, sino peligro inminente es el que justifica la declaración de una situación de emergencia por el Gobierno Regional, o de un estado de emergencia por el Gobierno Nacional; artículo 6 apartado 6.1 párrafo de la Ley del Sinagerd; artículos 2 apartado 2.15; 11 apartado 11.4; 49 apartado 49.1; 67 apartado 67.2 del

Reglamento de la Ley N° 29664; en los que se define y señala expresamente al peligro inminente; lo que en términos del Derecho Penal se conoce como peligro concreto.

El artículo 2 apartado 2.15 del Reglamento define el peligro:

"Peligro: probabilidad de que un fenómeno físico, potencialmente dañino, de origen natural o inducido por la acción humana, se presente en un lugar específico, con una cierta intensidad y en un periodo de tiempo y frecuencia definidos".

Constituye un error grosero negar la definición de peligro inminente por desconocimiento de la Ley del Sinager.

A la pregunta: ¿el grave peligro es un hecho que debe ser probado?, la respuesta es SÍ porque se trata de un hecho institucional.

2.4. ¿Cómo se prueba el hecho grave peligro?

Siendo un hecho institucional el grave peligro o peligro inminente, la ley establece su existencia y prueba, como ya se explicó, la forma es *ad solemnitatem* y *ad probationem*; determina su existencia y prueba.

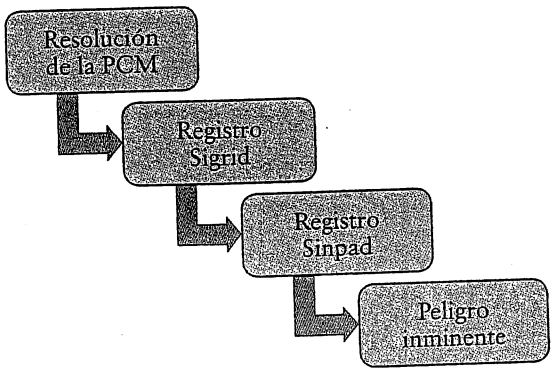
Conforme a la Ley y Reglamento del Sinagerd el hecho institucional peligro inminente, como causa de la declaración de una situación de emergencia o de un estado de emergencia, se determina y demuestra a través del Sistema de Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación (Sinpad), como componente del Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres (Sigrid).

La Ley del Sinagerd establece el procedimiento para determinar si la información consignada es falsa o fraudulenta.

El artículo 20 establece las infracciones a las reglas del Sinagerd; en el apartado 20.2 se tipifica como tal la presentación de documentación fraudulenta y la consignación de información falsa.

En el artículo 21 se señala que el órgano rector del Sinagerd impone las sanciones, esto es, la Presidencia del Consejo de Ministros; artículo 9 de la ley.

Sin resolución de la PCM no puede discutirse el contenido de los registros del Sinagerd o la existencia del peligro inminente que motivó la declaración de la situación de emergencia:



La Fiscalía y los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, en el "Caso del ex Gobernador de Ayacucho" no solo omitieron el registro Sinpad, a pesar de advertirse que ni testigos expertos y peritos de cargo recurrieron a este registro público de peligros inminentes por lluvias; sino que no habría podido negarle valor probatorio porque su veracidad se establece por resolución de la PCM.

La respuesta a la pregunta: ¿Cómo se prueba el hecho grave peligro? es a través de un documento público, el registro en el Sigrid y específicamente en el Sinpad.

2.5. Información relevante que no se consideró por dejar de lado al Sinager para probar el peligro inminente climatológico.

En el "Caso del ex Gobernador de Ayacucho", la Fiscalía intenta probar la ausencia de peligro inminente por lluvias torrenciales con informes de Contraloría General de la República, el OCSE, o peritos contadores, práctica que presenta dos problemas: a) la inobservancia de la ley que determina la prueba del hecho institucional; y b) la no aplicación de las reglas de eficacia de la prueba pericial.

Los requisitos de eficacia probatoria son criterios que han desarrollado la jurisprudencia y la teoría de la prueba para determinar el valor probatorio que corresponde asignarle a una pericia.

Los requisitos de eficacia probatoria de la prueba pericial son los siguientes[28][29][30][31][32][33][34]:

REQUISITOS DE EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA PERICIAL
1. Que sea un medio conducente respecto al hecho por probar.
2. Que el hecho objeto del dictamen sea pertinente.
3. Que la materia a peritar constituya la menor causa de error posible.
4. Que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo.
5. Que no exista motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad.
6. Que no se haya probado una objeción por error grave, dolo, cohecho, o seducción.
7. Que el dictamen esté debidamente fundamentado.
8. Que el perito haya utilizado principios o leyes de la ciencia reconocidos y aplicados correctamente.
9. Qué clase de exámenes, indagaciones y pruebas técnicas ha utilizado el perito para lograr las comprobaciones que afirma en el dictamen pericial; la actualidad científica o vetustez de los métodos empleados.
10. Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.
11. Que las conclusiones sean convincentes y no aparezcan improbables, absurdas o imposibles.
12. Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto.
13. Que no haya rectificación o retractación del perito.
14. Que el dictamen sea rendido en oportunidad.
15. Que no se haya violado el derecho de defensa, de la parte perjudicada con el dictamen, o su debida contradicción.
16. Que los peritos no excedan los límites de su encargo.
17. Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen.
18. Que el hecho no sea jurídicamente imposible por existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario.
19. Que los peritos no hayan violado la reserva legal, o el secreto profesional.

(28) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo II, 6ª edición, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1988, pp. 332-346.

(29) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.* Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1973, pp. 329-333.

(30) MITTERMAIER, Karl Joseph Antón. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, pp. 227-232.

(31) FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales.* Tomo II, De las Pruebas en Particular, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pp. 443-446.

(32) M. JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal.* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006. pp. 438-443.

(33) AROCENA, Gustavo Alberto, BALCARCE, Fabián Ignacio y CESANO, José Daniel. *Prueba en materia penal.* Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2009, pp. 342-348.

(34) LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. *La prueba pericial: Guía práctica y jurisprudencia.* 3ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 341 y ss.

Varios requisitos de eficacia probatoria no cumplieron los peritos de la fiscalía al dejar de lado los registros del Sinagerd, lo que no debía hacer por dos razones: a) la Ley del Sinagerd lo dispone; y b) la calidad de registros públicos del Sigrid y del Sinpad.

Ya he señalado que la información que utiliza el Sinagerd para declarar una situación o estado de emergencia es fruto de una investigación científica (artículo 19 de la ley), lo que exigía que los peritos cumplan con los estándares de la prueba científica.

Para completar el tema de la valoración de la prueba pericial hay que tratar el caso de las llamadas pruebas científicas, en las cuales corresponde ubicar a la prueba pericial, pues la demostración de los hechos se realiza, ya no a partir solamente de su conocimiento, sino de la aplicación de la ciencia(35).

Las pruebas científicas vienen siendo empleadas con mayor intensidad en el proceso penal, pero contradictoriamente, sin preocupación por la existencia de adecuados controles de calidad y fiabilidad(36).

En este tema corresponde recurrir al Derecho de los Estados Unidos por su reconocido aporte a la teoría de la prueba, siendo un ejemplo el campo de la valoración de la prueba científica, respecto a la cual establece estándares de calidad(37).

La Corte Suprema de Justicia Federal de los Estados Unidos desarrolla un riguroso control para que en el juicio oral no se utilice "ciencia basura o chatarra", sino solamente pruebas científicas que cumplan determinados estándares de calidad, "ciencia buena", esto es, "aquellas pruebas cuya atendibilidad y fiabilidad resulte metodológicamente segura"(38)(39).

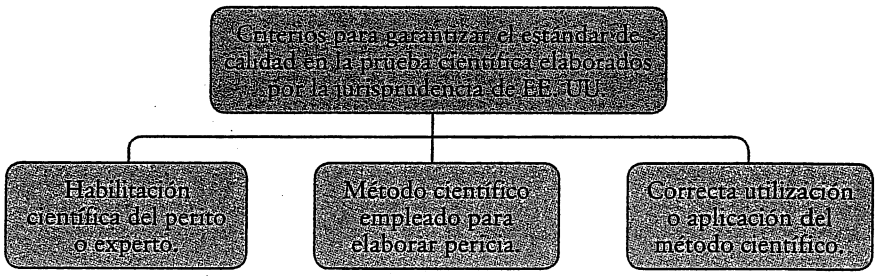
(35) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal". En *Anuario 2013 - Alerta informativa.* Estudio Loza Ávalos, Lima, mayo 2013, p. 155.

(36) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adoptadas al Código Procesal Penal Peruano del 2004.* Caro & Asociados, Juristas Editores y Cepde, Lima, 2011, p, 138.

(37) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal", Ob. cit., p. 155.

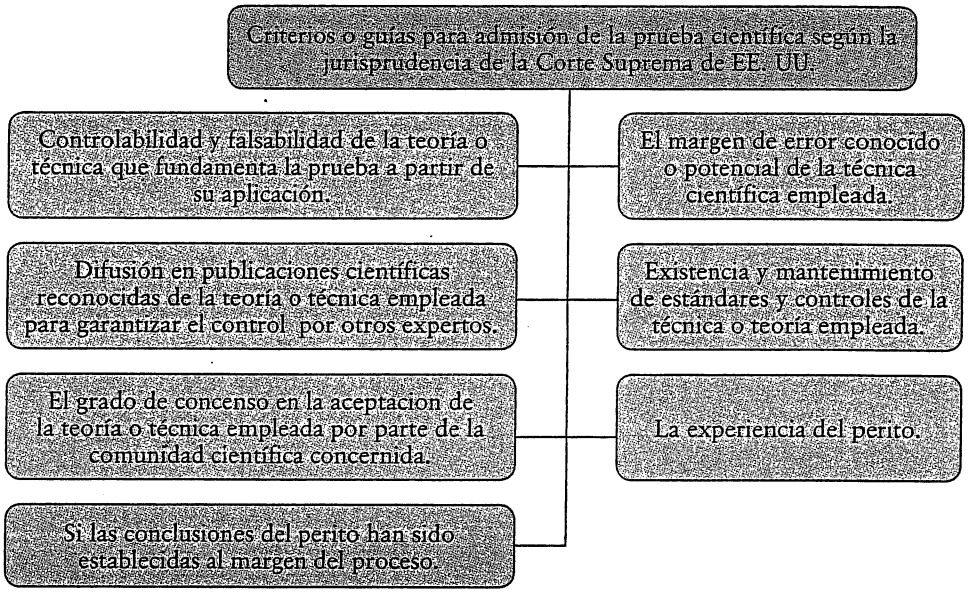
(38) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Ob. cit., p. 140.

(39) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal", Ob. cit., p. 155.



La "Doctrina Daubert" la elaboró la Corte Suprema de los Estados Unidos para flexibilizar la "Doctrina Frye", incorporando más criterios o guías que puede utilizar el juez para decidir la admisión de una prueba científica, no necesariamente en conjunto, ni de forma exclusiva; el juez en el caso empleará con los que cuente, e incluso buscando otros distintos a los Daubert[40][41].

Del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se pueden mencionar los siguientes criterios o guías para que el juez admita en el juicio una prueba científica:[42]



(40) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Agustín. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 175-176.
(41) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal", Ob. cit., p. 156.
(42) Ídem.

Si bien en los Estados Unidos los estándares de calidad sirven para el control de admisibilidad de la prueba científica, en nuestros términos, constituyen requisitos de admisión de la prueba; en el proceso penal peruano deben ser utilizados como requisitos de eficacia probatoria, es decir de valoración de la prueba pericial, pues el sistema de libre valoración que recoge el artículo 393 inciso 2 del Código Procesal Penal, exigen que las pruebas se aprecien aplicando la ciencia[43][44].

No es aceptable prueba que niegue el peligro inminente por lluvias sin haber conocido y evaluado las alertas meteorológicas dadas por el Senahmi en el periodo 2010-2011.

El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología, conforme al artículo 2 de su ley orgánica, es la institución científica en el Perú para el estudio de las actividades meteorológicas, hidrológicas y conexas; sus alertas son documentos científicos.

Refutar alertas meteorológicas dadas por el Senahmi, discutiendo los niveles de peligro que asignan en función a su pronóstico de intensidad de las lluvias, exige prueba científica.

El desconocer las reglas del Sinagerd y la necesidad de prueba científica para cuestionar la existencia de peligro inminente por intensidad de lluvias en la Región Ayacucho en diciembre del 2011, ha llevado a que en el caso ejemplo se determine la culpabilidad y se condenen a varias personas, dejando de lado las siguientes pruebas:

a) **Información del Senahmi**

En el portal web del Senahmi aparecen las alertas meteorológicas emitidas en el periodo 2010-2011 con niveles 3 y 4 en la Región Ayacucho, entre otras.

Se alerta de condiciones meteorológicas para la ocurrencia de lluvias de moderada a fuerte intensidad que significaban el siguiente nivel de peligro:

- "Nivel 3: Fenómenos meteorológicos peligrosos".
- "Nivel 4: Fenómenos meteorológicos de gran magnitud".

(43) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 147.
(44) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal". Ob cit., p. 156.

b) Información del Sinpad

El Registro Público del Sistema Nacional de Información para Prevención y Atención de Desastres da cuenta de los siguientes datos:

- 175 registros de emergencias por precipitaciones pluviales el año 2010 en la Región Ayacucho.
- 273 registros de emergencias por precipitaciones pluviales el año 2010 en la Región Ayacucho.

c) Informes de emergencia del Indeci

Sobre la información del Sinpad, el Indeci como el órgano técnico del Sinagerd elaboró informes de emergencia por fenómenos hidrometeorológicos que afectaron al Departamento de Ayacucho en los meses de febrero y marzo del 2011.

d) Declaratorias de estado de emergencia

Ayacucho fue objeto de declaración de estado de emergencia por intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo como consecuencia daños a la salud de los pobladores y daños materiales (viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos):

- El 23 de febrero del 2011 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta y Vilcashuamán, mediante Decreto Supremo N° 012-2011-PCM.
- El 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas, y La Mar mediante Decreto Supremo N° 016-2012-PCM.
- El 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar del Sara Sara y Víctor Fajardo mediante Decreto Supremo N° 047-2012-PCM.

Siendo normas jurídicas establecen sin admitir prueba en contrario, que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias.

III. LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA EN EL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIA

1. Antecedentes procesales en el caso del ex Presidente Regional de Ayacucho

Se asumió la defensa en la etapa de juzgamiento.

En la etapa de investigación preparatoria no se presentó defensa.

En la etapa intermedia no se contestó la acusación y defensa no ofreció pruebas.

En el juzgamiento se aportó una pericia en Derecho Administrativo para demostrar, entre otros aspectos, la existencia de justificación técnica y legal en la declaración de situación de emergencia por la causal de grave peligro por lluvias que realizó el Gobierno Regional de Ayacucho para exonerar la adquisición de maquinaria pesada del proceso de selección.

Se sostuvo que el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo del Desastre (Sinagerd) define las situaciones de grave peligro de desastres y establece las medidas necesarias para reducir los riesgos asociados al peligro o minimizar sus efectos.

La pericia en Derecho Administrativo tenía por objeto contraprobar frente a los testimonios de funcionarios de OCSE que recomendaron la anulación de la declaración de situación de emergencia y la exoneración; los testimonios de los funcionarios de la OCI del GRA que la observaron; y los peritos oficiales que se pronunciaron en el mismo sentido.

La jueza del juzgamiento determinó la no necesidad del SINAGERD para determinar el grave peligro, y que bastaba la consideración de OCSE y el Órgano de Control Interno del GRA sobre su no concurrencia para descartarlo y concluir que la declaración de situación de emergencia fue simulada para favorecer indebidamente a los proveedores que vendieron la maquinaria pesada al Gobierno Regional de Ayacucho.

Para demostrar los errores en la sentencia se ofreció en el procedimiento de apelación de sentencia; dos testimonios de expertos en Derecho Administrativo quienes depondrían sobre los siguientes temas:

- La justificación de la declaratoria de situación de emergencia establecida a través del Acuerdo del Consejo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre del 2011.
- La vinculación del Presidente Regional al Acuerdo del Consejo Regional de declaración de situación de emergencia.
- El rol del Presidente Regional en el proceso administrativo para la declaratoria de la situación de emergencia.
- El rol del Presidente Regional en el proceso administrativo para las compraventas de las maquinarias pesadas (N° 06-2011-GRA-SEDECENTRAL).
- La corrección del procedimiento de regularización de los defectos administrativos incurridos en las compra ventas de la maquinaria pesada.
- La necesidad de la sanción administrativa del contratista en caso de contratos de compraventas realizados sin observar el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.
- La incorrección de acción de control sobre declaratoria de situación de emergencia y la contratación realizada sin haber efectuado examen de campo, esto es, sin verificar la realidad sobre la cual se produjo.

Asimismo, se ofreció el testimonio de experto de un especialista del Sinagerd del Gobierno Regional de Ayacucho, para que testifique sobre:

- En el Sinagerd la información técnica que justifica la declaración de emergencia por lluvias son las alertas meteorológicas que emite el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senamhi).
- La justificación técnica de la declaratoria de situación de emergencia fueron las alertas meteorológicas del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senamhi) emitidas desde enero del 2011, que incluso se repitieron hasta abril del 2011.

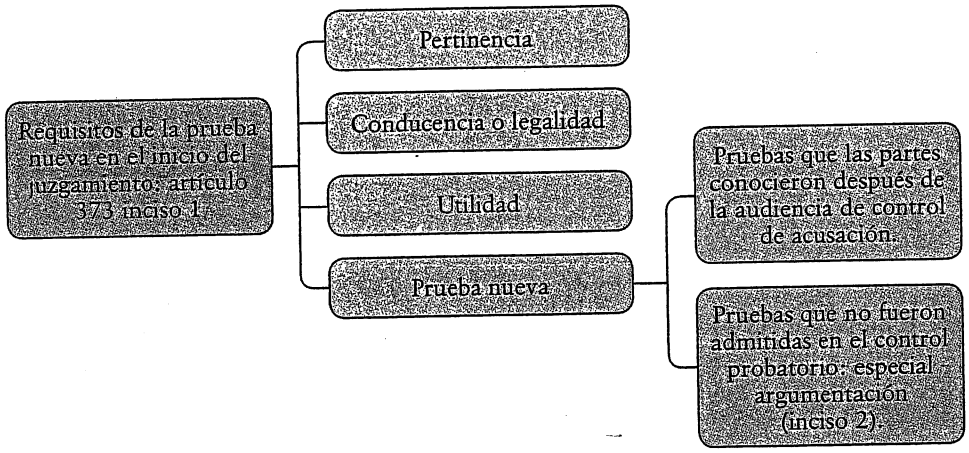
- Las alertas meteorológicas del Senamhi y los informes técnicos del Gobierno Regional de Ayacucho sirvieron para que el Gobierno Nacional declare en Emergencia la Región Ayacucho mediante el Decreto Supremo N° 016-2012-PCM.- "Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia en la provincia de Lucanas y en los distritos de Ayna, San Francisco, San Miguel, Santa Rosa, Tambo, Anco y Samugari - Palmapampa en la provincia de La Mar y los distritos de Ayahuanco, Llochegua y Sivia en la provincia de Huanta, en el departamento de Ayacucho".

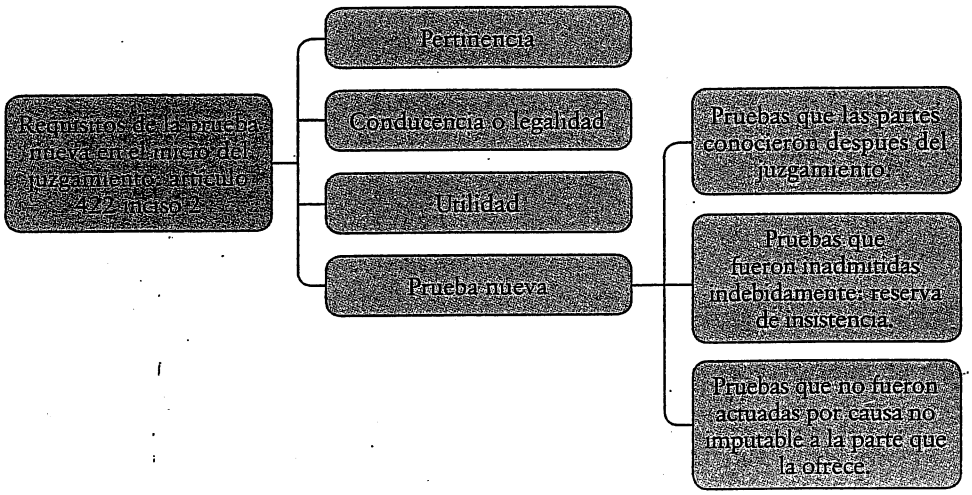
La Sala de Apelaciones mediante Resolución N° 32 y luego reexamen en la audiencia, no admitió las pruebas por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio del juzgamiento. No se hizo la interpretación constitucional del artículo 422 inciso 2 del Código Procesal Penal.

La Sala de Apelaciones, por mayoría, agravó el error porque ha sostenido que el Sinagerd no determina qué hechos constituyen el grave peligro como causa para declarar una situación de emergencia.

2. Doctrina jurisprudencial que proponemos

Los artículos 373 inciso 1 y 422 inciso 2 contemplan dos oportunidades adicionales para la aportación de prueba por la defensa; en ambas incorporando más requisitos para su admisión.





Los artículos 373 inciso 1 y 422 inciso 2 deben ser interpretados constitucionalmente para garantizar los derechos fundamentales a la prueba, la defensa eficaz y la verdad.

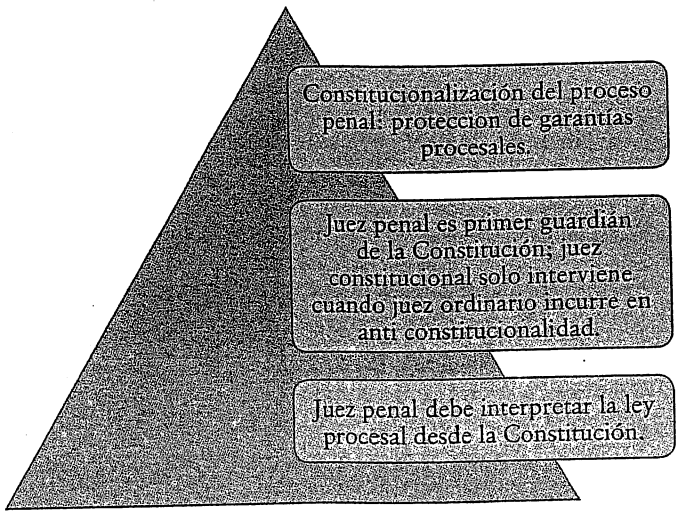
Antes de la decisión sobre un pedido de admisión de prueba nueva, el juez debe interpretar la ley procesal desde la Constitución; tal es la razón de la constitucionalización del proceso penal; las garantías procesales constitucionales.

El juez penal, no el juez constitucional, es el primer guardián de la Constitución en el proceso penal[45][46]. El Tribunal Constitucional en la STC del 3 de enero del 2003, Fundamentos 146, 149 y 150, afirma que las leyes procesales deben interpretarse desde la Constitución[47].

(45) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal, lectura constitucional.* 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, pp. 3 y ss.

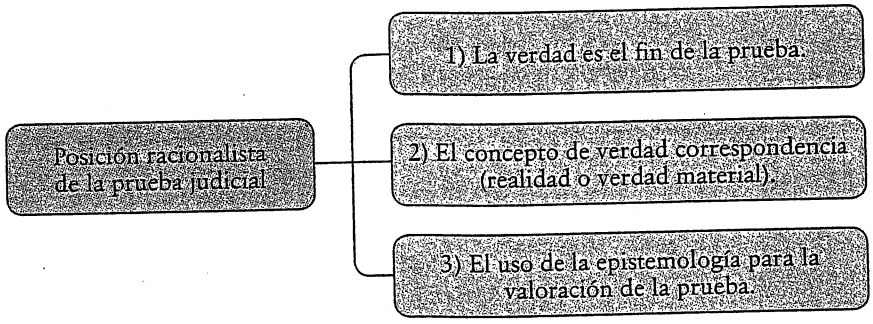
(46) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general.* 6ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 43 y ss.

(47) PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Proceso de inconstitucionalidad, Expediente Nº 010-2002-AI/TC.



2.1. Consideraciones generales sobre la prueba judicial

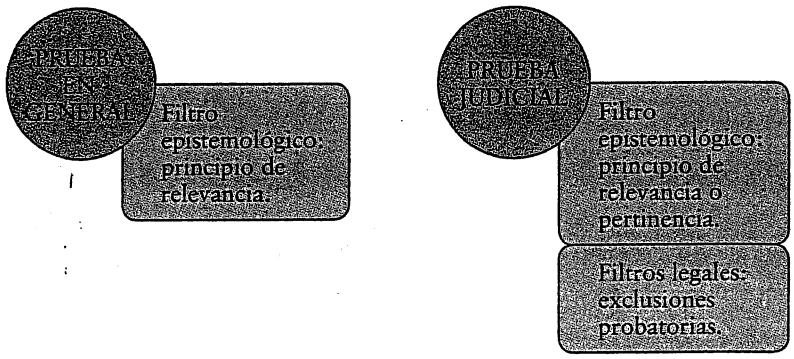
La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia, que constituye un derecho humano, exige ubicarse en la visión racionalista de la prueba judicial, lo que significa asumir los siguientes postulados:



Tal reconocimiento, como bien explica, el brillante autor hispano Jordi Ferrer Beltrán, no impide aceptar que la prueba judicial se produce en un contexto distinto a otros tipos de prueba que se gobiernan solo por la lógica y la razonabilidad[48]; ejemplo; la existencia de reglas jurídicas sobre la prueba; límites temporales, etc.

(48) FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.* Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 29 y ss.

La prueba judicial, para su admisión, a diferencia de otro tipo de prueba, como la prueba científica, además de filtro epistemológico (principio de relevancia o pertinencia), aplicable a toda prueba; exige filtros de control de legalidad; reglas jurídicas de exclusión.

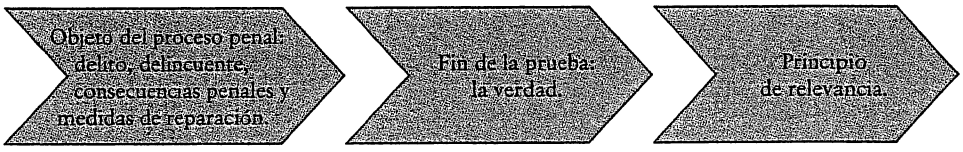


2.2. Principio de la admisión de la prueba relevante o pertinente

Es objeto del proceso penal determinar si se ha cometido un delito, si el acusado es culpable, las consecuencias penales y las medidas de reparación a la víctima, como expresión de justicia.

El objeto del proceso penal determina que el fin de la prueba sea la verdad, pues solo sobre esta el juez puede dictar sentencia; una decisión judicial legal y justa.

La verdad como finalidad de la prueba es el fundamento del primer principio para su admisión: la relevancia o pertinencia.



El principio de relevancia o pertinencia debe llevar a la admisión de todo medio de prueba que alcance información al juez por su conexión lógica con los hechos objeto del proceso penal. Es un filtro epistemológico, una regla de inclusión, pues permite la admisión de todo medio de prueba pertinente o relevante.

Desde Jeremías Bentham, uno de los máximos exponentes de la teoría de la prueba, como bien precisa Ferrer Beltrán, en la etapa de

formación del conjunto de prueba el principio nuclear es el de relevancia; el proceso penal debe estar regulado para permitir la incorporación de toda prueba relevante; solo así se reduciría la incidencia de error judicial al contar el juez con la mayor cantidad de pruebas relevantes para resolver el caso penal[49][50].

El principio de relevancia exige un examen de razonabilidad de las exclusiones probatorias; un control de medio a fin. Hay que verificar si impiden alcanzar la verdad y su fundamento, a fin de justificar el obstáculo o costo que significa su aplicación.

En la Sección II La Prueba, Título I Preceptos Generales, artículo 155 inciso 2 se establece el principio de relevancia o pertinencia: el juez deberá admitir toda prueba pertinente salvo prohibición legal.

2.3. Principio de legalidad: exclusiones probatorias

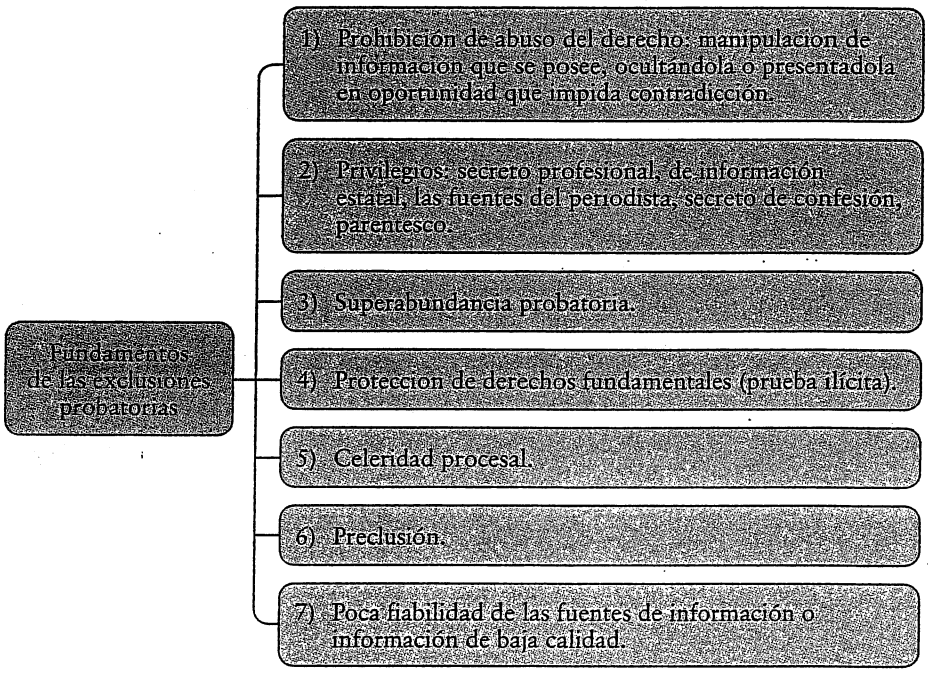
La prueba judicial exige observar ciertas limitaciones, supuestos de exclusión que ocasionan la no admisión de un medio de prueba; la configuración legal del derecho a la prueba.

Como ya se observó, su restricción a la finalidad de la prueba; la verdad; tiene que ser justificada, por lo que hay que examinar el fundamento de cada exclusión probatoria a fin de decidir si debe ser aplicada.

Las exclusiones probatorias tienen que encontrarse expresamente previstas en la ley, garantizan la legalidad como requisito de admisión de la prueba.

La Norma VIII del Título Preliminar, los artículos 155 inciso 2, 165, 373 incisos 1 y 2, 422 inciso 2, establecen limitaciones o exclusiones probatorias, cuyos fundamentos, se grafica a continuación:

(49) BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1971.
(50) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 68 y ss.



2.4. Interpretación constitucional de los artículos 373 inciso 1 y 422 inciso 2 del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la prueba

El contenido constitucional del derecho a la prueba garantiza al imputado: (51)(52)(53)(54)(55)(56)(57)(58)(59)

(51) El Tribunal Constitucional, en la STC del 3 de enero del 2003, expedida en el proceso de inconstitucionalidad por el Caso de los Decretos Ley Número 25475, 25659, 25708 y 25880, fundamento jurídico 148, ha establecido que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución.

(52) FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, España, 2007, pp. 54-59.

(53) MIDÓN, Marcelo Sebastián. "Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba". En: *Tratado de la prueba*. Obra colectiva, Librería de la Paz, 1ª Reimpresión, Córdova, 2007, pp. 44-46.

(54) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., T. I, p. 34.

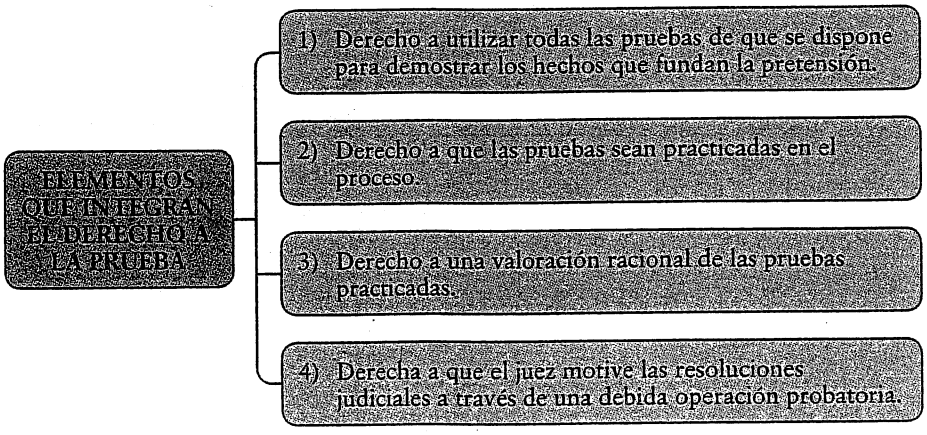
(55) A. CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 53.

(56) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara Editores, Lima, 2001, p. 103.

(57) MONTÓN GARCÍA, Lidón. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal: Su control en casación. Análisis desde la jurisprudencia*. Editorial Trivium, Madrid, 1999, p. 202.

(58) PICÓ I JUNOY, Joan. "El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras". En: *Estudios sobre prueba penal*. Volumen I, editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 30 y ss.

(59) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 56 y 57.



El primer elemento que integra el derecho a la prueba es el derecho a usar toda la prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión[60].

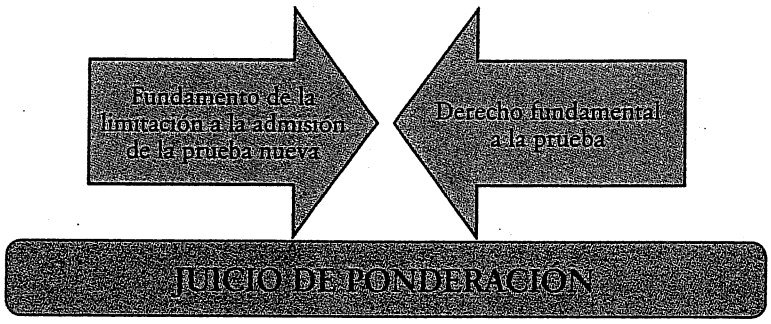
Como ya se estableció en las consideraciones generales, la verdad como finalidad de la prueba exige un principio general de inclusión: la admisión de toda prueba relevante, siendo la única limitación que su admisión implique la vulneración de un derecho fundamental, esto es, las exclusiones por prueba prohibida[61].

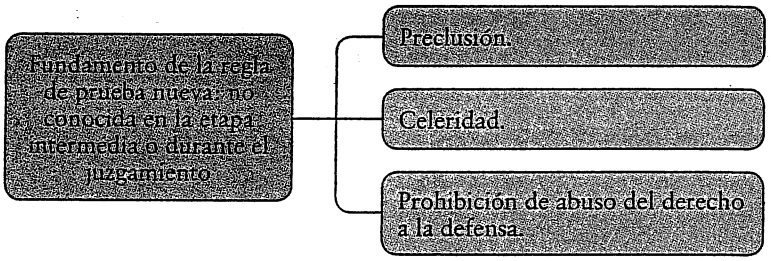
La configuración legal no forma parte del contenido constitucional del derecho a la prueba, salvo, podría considerarse, la prohibición de prueba ilícita; pero más bien integra el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia.

La configuración legal del derecho a la prueba no debe afectar su contenido constitucional

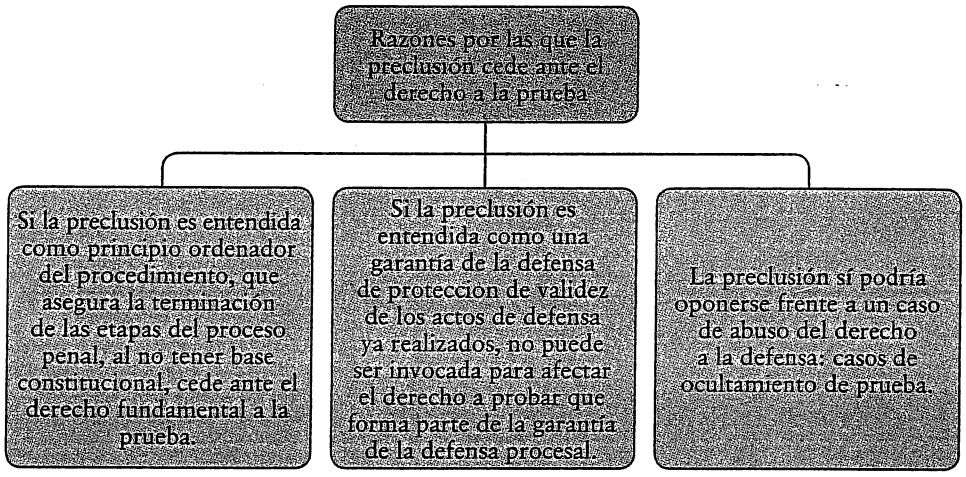
Los jueces ante el ofrecimiento de nueva prueba deben proceder a interpretar la regla de admisión de prueba nueva a la luz del contenido constitucional del derecho a la prueba; fijando cuál es el fundamento de la limitación que señalan los artículos 373 incisos 1 y 422 inciso 2, a fin de establecer si por la ponderación de valores debe o no ceder ante el derecho a la prueba.

(60) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., pp. 70-76.
(61) Ibídem, pp. 77-86.

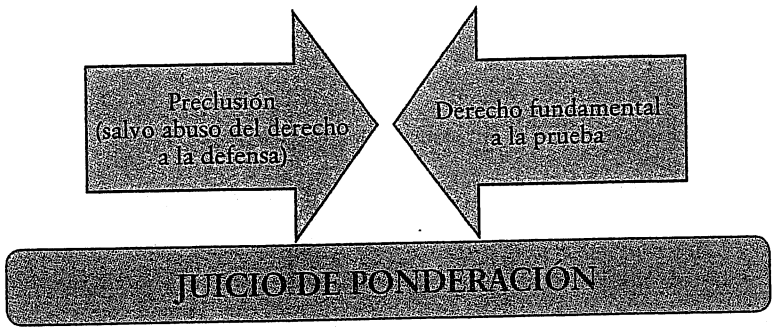


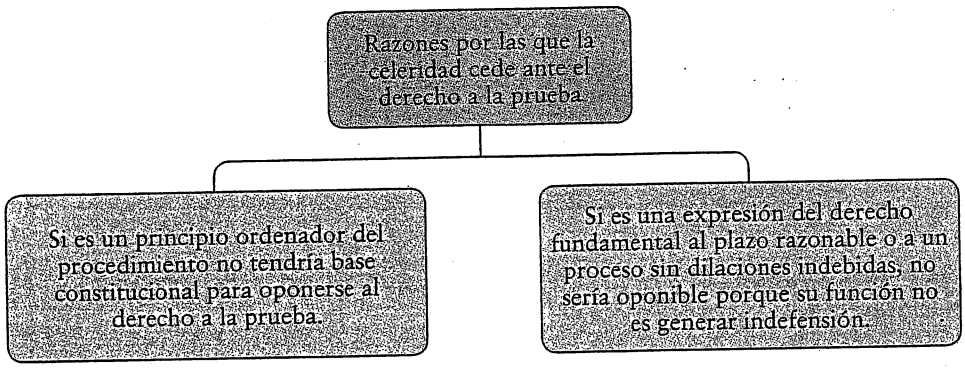


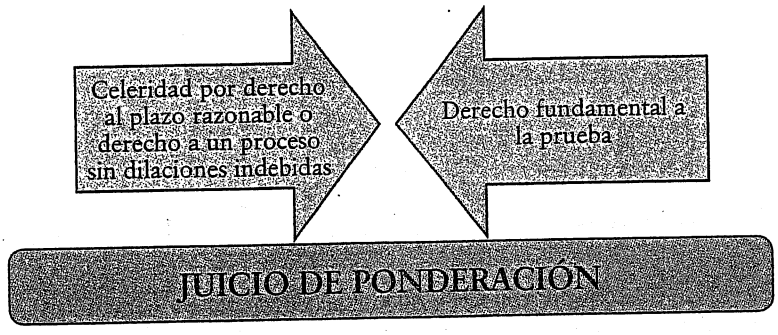
La preclusión cede ante el derecho fundamental a la prueba por dos razones:



La celeridad igualmente no podría afectar al derecho a la prueba por las siguientes razones:







Michele Taruffo, máximo exponente vivo de la teoría y filosofía de la prueba, afirma que en caso de conflicto de valores la solución es: "(...) dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, **deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrase un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían**

afectar el derecho fundamental de estas a la prueba, y mucho menos anularlo[62] (resaltado del autor).

El derecho a la prueba es compatible con un concepto amplio de prueba nueva, que admita a las que surgen de la necesidad de demostrar los errores que presenta una sentencia condenatoria.

El concepto de prueba nueva debe ser flexible, no rígido, este resulta inconstitucional si afecta derechos fundamentales.

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 374-2015 se cita al autor español José Garberí Llobregat quien explica que la actividad probatoria es excepcional porque se utiliza en la LEC el sistema de apelación limitada[63].

En el otro sistema de apelación plena hay tres características: a) la apelación (segunda instancia) es la continuación de la primera instancia; b) el material probatorio se nutre con el producido en la primera instancia, como del novedoso introducido con la fase de impugnación (nuevos hechos y medios de prueba; hechos y medios de prueba no utilizados con anterioridad); y c) la sentencia de apelación es un segundo pronunciamiento sobre el objeto del proceso[64].

La tendencia legislativa es un recurso de apelación mixto, como el que existe en el Código Penal de 2004[65][66]; por lo que es necesario interpretar las normas de la apelación combinando el sistema amplio y el limitado.

Para esta combinación de sistemas es importante considerar que en el procedimiento de apelación de sentencia la Sala puede emitir un pronunciamiento de fondo, conforme al artículo 419.

Resulta relevante citar la Casación N° 194-2014-Áncash, que constituye precedente vinculante para establecer la imposibilidad de que la Sala de Apelaciones revoque la sentencia absolutoria y emita

(62) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 57-58.
(63) GARBERÍ LLOBREGAT, José. "Comentario al artículo 795 de la LEC". En: *Los procesos penales*, dirigido por GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO, TOURÓN, Cándido y GARBARI LLOBREGAT, José. Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 443.
(64) Ibídem, p. 415.
(65) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2015, pp. 584-587.
(66) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. INPECCP y CENALES, Lima, 2015, pp. 679 y 680.

condena, porque no existe un recurso impugnatorio que revise la sentencia condenatoria.

Lo importante de la casación para nuestro caso es la garantía de un recurso mediante el cual se revise la condena que exige el artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el fundamento 4.9 de la casación se descarta que sea el recurso ordinario para revisar una condena porque el tribunal "no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio".

En el fundamento 4.10 la Sala Permanente señala que en el recurso de apelación, el superior jerárquico "puede revisar no solo los resultados del órgano inferior sino también su actividad procesal".

Explica bien el Juez Supremo Neyra Flores al comentar la posibilidad del ofrecimiento de prueba nueva en segunda instancia, que esta actividad "(...) se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno (...)"(67).

Un recurso ordinario y mixto permite flexibilizar las reglas de admisión de prueba nueva cuando así lo requiera la observancia de garantías constitucionales, como la prueba necesaria.

2.5. Interpretación constitucional de los artículos 373 inciso 1 y 422 inciso 2 del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la defensa eficaz

Poco a poco se va comprendiendo que el derecho a la defensa no se reduce a contar con un defensor; a su presencia en el proceso penal; sino a realizar a favor de su patrocinado, ni siquiera defensa técnica, sino una defensa eficaz(68)(69).

(67) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 586.
(68) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión*. Universidad de Lima Facultad de Derecho XXV Años, Fondo Editorial, 2006, pp. 26 y 27.
(69) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "El derecho a la defensa procesal eficaz". En: *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Obra colectiva, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 110.

El contenido constitucional del derecho a la defensa eficaz garantiza al imputado: [70][71][72][73][74][75].

Contenido de la defensa eficaz

- Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
- Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exija el caso.
- Derecho a un defensor que pueda ejercer libremente la abogacía.
- Derecho a un defensor que cumpla con los deberes de la Deontología forense.
- Derecho a conocer de la existencia del proceso y la imputación necesaria.
- Derecho a los medios necesarios para preparar la defensa.
- Derecho al tiempo necesario para preparar la defensa.
- Derecho a postular los hechos que forman la defensa material.
- Derecho a probar los hechos que forman la defensa material y a presentar contraprueba respecto de los fundamentos fácticos de la imputación.
- Derecho a presentar los argumentos que forman la defensa técnica.
- Derecho a que la defensa material, la prueba y los argumentos de defensa técnica sean valorados o tratados por el juez en la sentencia.
- Derecho a los recursos.

El derecho a la defensa eficaz garantiza que el abogado defensor realice una defensa técnica que "sobrepase determinados mínimos";

(70) El derecho a la defensa eficaz está reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución; en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 14 inciso 3 parágrafo "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 8 inciso 2 parágrafo "d" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(71) CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 56.

(72) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 151.

(73) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Grijley, Lima, 2003, p. 121.

(74) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión*. Ob. cit., p. 13.

(75) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "El derecho a la defensa procesal eficaz". Ob. cit., p. 112.

a fin que no dependa de la calidad del defensor, sino de las exigencias del caso[76][77][78].

La defensa eficaz garantiza que un abogado prepare y ejecute en el proceso penal; todos los actos de postulación, prueba, alegación e impugnación, que exija el objeto del proceso.

Resulta útil revisar por ejemplo los "estándares básicos para el ejercicio de la defensa pública" establecidos en Chile para imponer al defensor penal público; "parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa de calidad real y efectiva"[79]. En el estándar de la prueba de la defensa eficaz, se exige que el defensor produzca toda la prueba que exija enfrentar a la acusación[80].

En la Casación N° 281-2011-Moquegua, la Sala Penal Permanente estableció que el derecho a la defensa es un elemento clave en la configuración de la tutela procesal efectiva, porque un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios.

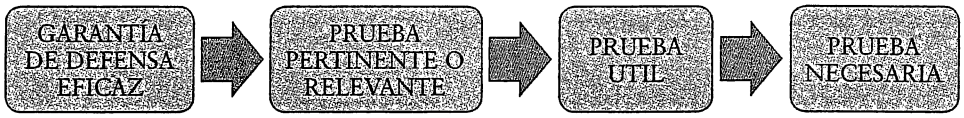
En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal[81][82][83][84].

Taruffo afirma: "según la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho a la defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de

(76) CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 56.
(77) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *La garantía de la defensa procesal*. Ob. cit., p. 15.
(78) Ibídem, p. 130.
(79) CAROCCA PÉREZ, Alex. *La defensa pública*. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 394.
(80) Ibídem, p. 398.
(81) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 1323-2002-HC/TC, Sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamentos 2 y 3.
(82) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 2028-2004-HC/TC, 5 de julio del 2004, Fundamentos 3 y 4.
(83) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 1919-2006-HC/TC, 16 de marzo del 2006, Fundamentos 3, 4 y 5.
(84) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 04155-2009-PHC/TC, Sentencia del 13 de octubre del 2009, Fundamento 7.

tales garantías. **Un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio.** Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes"[85] (resaltado del autor).

El derecho a la defensa eficaz exige dar la máxima potencia a la prueba relevante y útil; afirmando la admisión de la **prueba necesaria**; aquella que es indispensable para demostrar los hechos que forman la defensa técnica en el juzgamiento y en el procedimiento de apelación de sentencia condenatoria; con el mayor énfasis si se trata de pena privativa de la libertad efectiva.



En el juzgamiento la prueba necesaria la establece la acusación y la defensa.

En el procedimiento de apelación de la sentencia condenatoria la necesidad de prueba la determinan los errores objeto del recurso de impugnación.

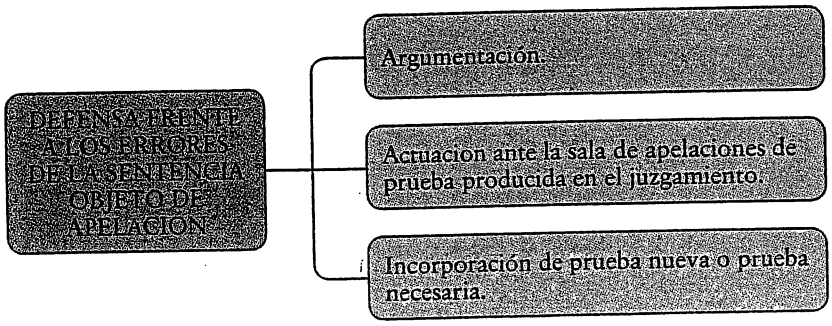
La insuficiencia o el fracaso del tratamiento médico exigen su cambio; siendo inadmisible que la aplicación del nuevo tratamiento tuviese limitaciones que no estuviesen justificadas por la ciencia o realidad.

Igual, una sentencia condenatoria hace evidente la insuficiencia o fracaso de la defensa; su necesidad de reforzar o cambiar; el derecho a la defensa garantiza el acceso a todo medio necesario para lograrlo, por ejemplo la prueba nueva.

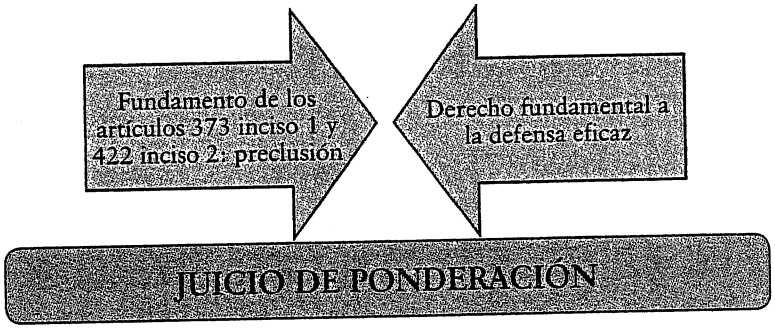
Los errores de la sentencia exigen que el defensor establezca si se pueden demostrar: a) con argumentación; b) actuación de la prueba

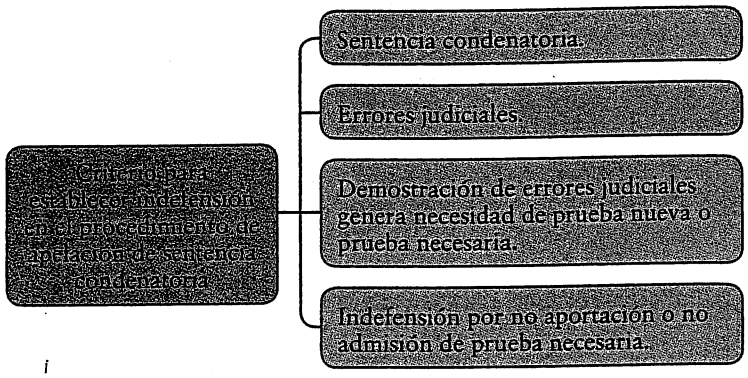
(85) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 56.

producida en juicio ante la Sala de Apelaciones; c) aportación de prueba nueva o necesaria.



Las reglas de la prueba nueva interpretadas a la luz del derecho fundamental a la defensa eficaz deben permitir que el acusado o sentenciado cuente con prueba necesaria, porque la preclusión o la celeridad procesal no justifican un estado de indefensión.





Los criterios para establecer indefensión, como se puede apreciar, no implican que el juez pierda imparcialidad porque tendría que elaborar una teoría del caso por el defensor, basta la comprobación de alguno de los supuestos ya señalados.

2.6. Interpretación constitucional del artículo 422 inciso 2 del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la verdad

El contenido constitucional del derecho a la verdad garantiza al imputado:[(86)(87)(88)(89)(90)(91)(92)].

(86) El Tribunal Constitucional en la STC del 18 de marzo de 2004, expedida en el proceso de hábeas corpus por el Caso Genaro Villegas Namuche, fundamento jurídico 13, ha establecido que el derecho fundamental a la verdad si bien no ha sido expresamente recogido en la Constitución tiene plena protección constitucional, en la medida en que se deriva directamente de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional efectiva. Exp. N° 2488-2002-HC/TC.

(87) PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Proceso de hábeas corpus. Expediente N° 2488-2002-HC/TC.

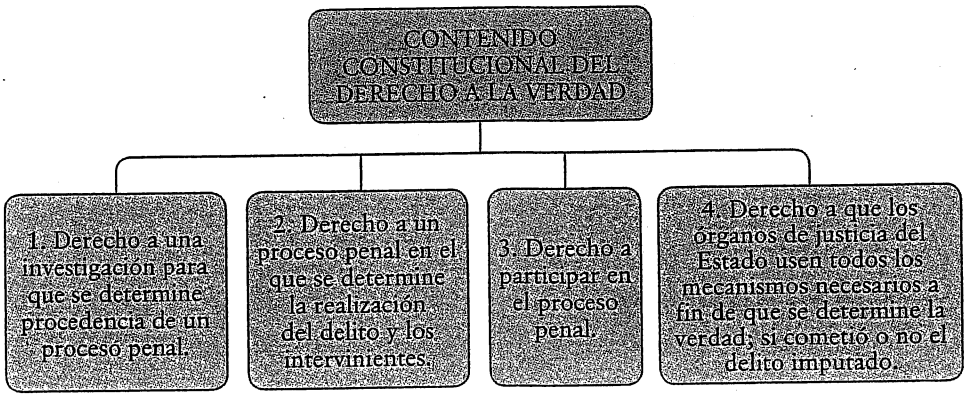
(88) SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Proceso de habeas data. Expediente N° 0959-2004-HD/TC.

(89) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez *Vs.* Honduras; Fondo; de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 177.

(90) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz *vs.* Honduras; Fondo; sentencia de fecha 20 de enero de 1989, párrafo 188.

(91) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Bámaca Velásquez *vs.* Honduras; Fondo; sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000, párrafo 201.

(92) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Barrios Altos *vs.* Perú; Fondo; sentencia de fecha 14 de marzo del 2001, párrafo 48.



El derecho a la verdad "derrumbo" la cosa juzgada; la cosa decidida; la prescripción; y pugna por hacerlo con el plazo razonable.

Es obvio que el derecho a la verdad prevalece sobre el principio procesal de preclusión u otro fundamento de la restricción a la admisión de nuevas pruebas en el juzgamiento o en el procedimiento de apelación de sentencia.

El derecho a la verdad de la víctima, de la sociedad, también puede ser invocado por el sentenciado, pues en su condición de persona forma parte de la sociedad.

En el auto de calificación del Recurso de Casación 374-2015 se niega que el sentenciado tenga derecho a la verdad, que se señala, invocando al TC, que sus titulares son la sociedad y la víctima.

La Sala Permanente no ha desarrollado porque el ser humano sentenciado no puede gozar de la fuerza del derecho a la verdad como integrante de la sociedad.

2.7. La jurisprudencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema favorece la interpretación constitucional de los artículos 373 inciso 1 y 422 inciso 2 del Código Procesal Penal

Sala Penal Permanente Casación 10-2007-Trujillo

Vía recurso de casación se puso en conocimiento de la Sala Penal Permanente el siguiente problema: El Fiscal al formular acusación aportó la copia de la manifestación del testigo Wildo Rubén Ávila Nabis prestada en la investigación preliminar; el Juzgado Penal Colegiado

la declaró inadmisible porque tratándose de fuente de prueba personal no podía ser incorporada vía medio de prueba documental; Fiscalía corrige el error en el juzgamiento aportando como prueba nueva el testimonio, que evidentemente no conoció con posterioridad a la etapa intermedia pues se había producido en la investigación preliminar.

En el considerando sexto de la sentencia de casación del 29 de enero del 2008, la Corte Suprema si bien admite que el ofrecimiento del testigo no encuadra en los supuestos del artículo 373 del Código Procesal Penal, razona:

> "La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes" (Sala Penal Permanente, Casación 9-2012-La Libertad).

Vía recurso de casación se puso en conocimiento de la Sala Penal Permanente el siguiente problema: La Fiscalía al formular acusación por delito sexual no ofreció el testimonio de la víctima y para subsanar el error en el inicio del juzgamiento aporta el testimonio como prueba nueva, que es admitido por el Juzgado Colegiado.

La Corte Suprema, pese a reconocer la vulneración de la legalidad procesal no casó la sentencia; pues además de considerar que existía otras pruebas de cargo además del testimonio de la agraviada; en el Considerando Cuarto afirma:

> "El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que buscan no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal".

En el Considerando Sexto se reconoce que la víctima tiene derecho a la verdad y a intervenir en el proceso penal a efectos que se esclarezca el delito en su agravio.

IV. EL ROL DEL PARTICULAR EN EL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL, PARA LA VERIFICACIÓN DEL ELEMENTO TÍPICO ACCIÓN, EN LA MODALIDAD DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO DE TERCERO

1. Presentación del problema

En el caso penal que estoy comentando, se ha condenado a diversas personas como autores de aprovechamiento indebido del cargo a pesar de haber dictado auto de sobreseimiento a los particulares.

El problema existe porque se evalúa a partir del debate dogmático sobre participación necesaria(93)(94), o incluso respecto a si se trata de un delito de peligro o de resultado(95), dejando de lado el tema central, ¿cómo se establece el interés particular indebido que debe representar el autor?; respuesta que no se puede dar dejando de lado la Ley de Contrataciones del Estado.

Si el delito se comete representando el autor un interés particular propio; por ejemplo es el dueño de la empresa a la que se otorgó la buena pro; es razonable y legal que el contratista no tenga responsabilidad legal, administrativa o penal.

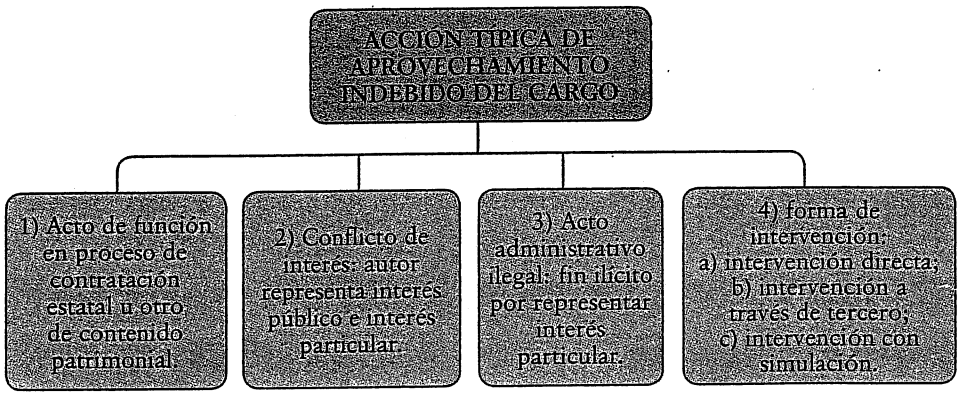
Si, como es el "Caso del ex Gobernador Regional de Ayacucho", se condena como autor de negociación incompatible por representar interés particular indebido de terceros, entonces el contratista debe tener responsabilidad administrativa o penal.

2. Doctrina jurisprudencial que proponemos

2.1. La acción típica del delito de aprovechamiento indebido del cargo: especial mención al interés particular indebido de tercero que representa el autor

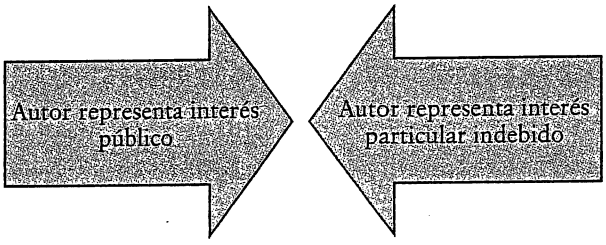
La acción típica del delito de aprovechamiento indebido es compleja porque presenta cuatro componentes:

(93) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista Editores, Lima, 2015, p. 740.
(94) CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 135.
(95) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2011, p. 567.



La acción de aprovechamiento indebido del cargo supone que el autor se encuentre en un conflicto de intereses; representa un interés público por su cargo; y un interés particular indebido(96)(97)(98)(99).

De allí que se señale la doble identidad o papel del autor:

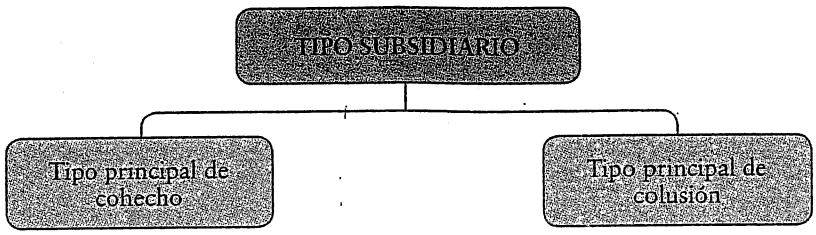


El interés particular que representa el autor es indebido porque el aprovechamiento indebido del cargo es una modalidad del delito de corrupción de funcionarios.

El artículo 399 se encuentra en la Sección IV Corrupción de funcionarios, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, Título XVIII Delitos contra la Administración Pública.

(96) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal de 1991.* 2ª edición, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 512.
(97) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 821.
(98) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 555.
(99) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 712.

El delito de aprovechamiento indebido del cargo es un tipo subsidiario[100][101][102][103], se aplica cuando no se puede aplicar, por ejemplo, el tipo principal de cohecho. Funciona igual que el supuesto típico de enriquecimiento ilícito, que por ser subsidiario, se utiliza cuando no se puede descubrir el delito principal cometido por el funcionario público durante el ejercicio del cargo[104].



Cuando no se descubre el delito principal que llevó al funcionario público a representar el interés particular indebido se recurre al tipo penal subsidiario de negociación incompatible con la función.

El interés indebido que representa el autor se aprecia aún más cuando se considera la finalidad que forma parte del tipo penal del artículo 399; el fin de obtener un beneficio indebido propio o de tercero.

En el aprovechamiento indebido del cargo el tercero resulta beneficiado indebidamente con el otorgamiento de la buena pro, y el contrato de compraventa es nulo por el fin ilícito.

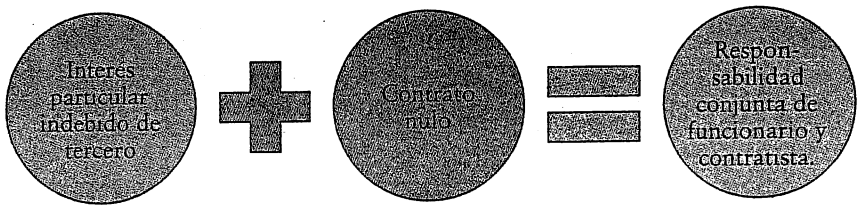
El artículo 56 cuarto párrafo del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a la época de los hechos, señalaba:

> "En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en **causal de nulidad del proceso y del contrato**, asumiendo **responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares**" (resaltado del autor).

(100) Manuel ABANTO VÁSQUEZ, Ob. cit., p. 510.
(101) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 816.
(102) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 567.
(103) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 722.
(104) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. "Problemas de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria". En: *Revista Ius et* Praxis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Enero - diciembre 2002, N° 33, p. 189 y ss.

La responsabilidad conjunta de funcionarios y contratistas por nulidad de contrato se reitera en el artículo 44 de la actual LCE:

> "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, **asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas** que celebraron irregularmente el contrato (...)" (resaltado del autor).



La responsabilidad conjunta de funcionario y contratista es el elemento normativo que permite considerar al interés particular del tercero, como indebido; pues de no existir infracción a la ley de contratación, sería un interés particular lícito, el propio de todo proveedor que celebra un contrato con el Estado.

Cuando la doctrina señala que no es necesario trato previo, comunicación, entre autor y contratista, se refiere al interés particular indebido en provecho propio; la doble identidad del sujeto activo que representa interés público y privado[105].

En cambio, al tratarse de un interés privado a favor del contratista, no es que no exista acuerdo, sino que no puede probarse, razón por la que el aprovechamiento indebido del cargo es un tipo subsidiario de un tipo principal de cohecho o colusión desleal que no se aplica, reiteramos, por falta de demostración. El mismo funcionamiento del tipo subsidiario de enriquecimiento ilícito.

2.2. El interés particular indebido que representa el autor en la jurisprudencia

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del 22 de julio del 2011, R.N. N° 2099-2010-AREQUIPA, considerando

(105) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 79.

tercero, afirma: "(...) interesarse implica intervenir como particular interesado en determinada decisión o actuación de la administración (...) para que objetivamente pueda imputarse tal delito, se exige implícitamente, que en el funcionario se presente un conflicto de interés: favorecer a la Administración Pública o beneficiarse a través de una empresa con la que esté negociando o incluso ejecutando el contrato. Con mejores términos Creus ilustra, se dice que habría un desdoblamiento; en una misma operación el funcionario interviene como representante del Estado y como particular interesado (...)".

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la sentencia del 12 de setiembre del 2012, R.N. N° 2770-2011, título tercero: fundamentos del Tribunal Supremo, párrafo 3.1 afirma:

> "(...) El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es **una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa** (...)".
>
> "(...) interesarse **indebidamente** es volcar sobre el negocio que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros (...)" (resaltado del autor).

En la misma línea que su par, la Sala Penal Transitoria en la ejecutoria del 13 de marzo expedida por el R.N. N° 2028-2013-Junín reitera el criterio antes señalado: el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, al ser una modalidad de corrupción, exige una orientación especial en el funcionario público en pro de un interés indebido, por lo que para su configuración, no basta una simple irregularidad o anomalía administrativa.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del 31 de enero del 2012, R.N. N° 443-2010, considerando cuarto, afirma: "(...) cabe indicar que en este tipo penal el verbo rector viene a ser **interesarse**, el cual es entendido por Fidel Rojas, como la injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés) (...)" (resaltado del autor).

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del 19 de abril del 2013, R.N. N° 2068-2012, considerando sexto, afirma: "(...) siendo así, por su propia configuración e **incluso por su ubicación** en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios (...)" (resaltado del autor).

La jurisprudencia de la Corte Suprema claramente reconoce que el autor en la acción de aprovechamiento indebido del cargo representa un interés particular ilegítimo al tratarse de una modalidad de corrupción.

2.3. El error judicial de desconocer cómo se determina el interés particular indebido de tercero, no asignando consecuencia legal al sobreseimiento de los contratistas

La Sala de Apelaciones en la sentencia de segunda instancia, página 48, mantiene el error de la juez de juzgamiento; no diferencia interés particular indebido propio y de tercero[106].

Tal error llevó a no asignar consecuencia jurídica al **sobreseimiento a los contratistas por notoria insuficiencia de la prueba para formular acusación por colusión desleal.**

En este proceso penal los proveedores de maquinaria pesada para enfrentar la emergencia climática: Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones Usa, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A. fueron objeto de sobreseimiento definitivo; jurídicamente obtuvieron un provecho debido; su condición de vendedores o proveedores fue regular; al punto que los contratos de compraventa son válidos y eficaces.

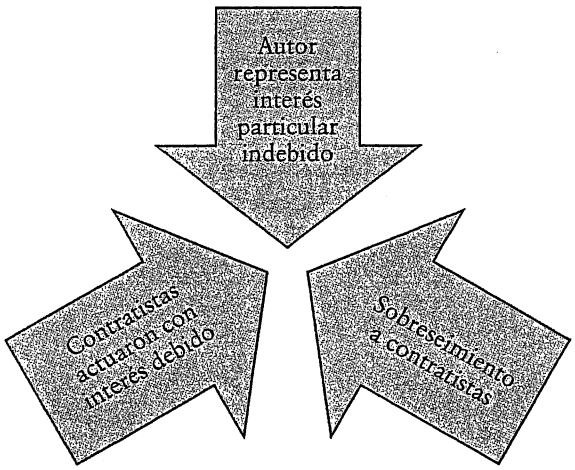
Los proveedores no fueron sancionados, ni inhabilitados como consecuencia de los contratos.

Proveedores que se beneficiaron debidamente con los contratos, que resultaron correctos contratantes; no permiten establecer que hubo una representación de interés particulares indebida y menos que los funcionarios actuaron con la finalidad de aprovechamiento indebido.

(106) La Sala Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Ica, con fecha 18 de noviembre del 2015 en el "Caso del ex Presidente Regional de Ayacucho" expidió sentencia confirmando, por mayoría, la condena de fecha 16 de junio del 2015 emitida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Ica.

No explica cómo se puede configurar el conflicto de intereses que genera el delito, mediante la representación de un interés particular indebido si los proveedores actuaron regularmente.

Para una condena se debía fundamentar legalmente; cómo el Presidente Regional de Ayacucho representó un interés particular indebido si los proveedores: Ferreyros S.A.A., Tracto Camiones Usa, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A. fueron objeto de sobreseimiento definitivo; jurídicamente obtuvieron un provecho debido; su condición de vendedores o proveedores fue regular; al punto que los contratos de compraventa son válidos y eficaces.



En el apartado 5.29.92 de la sentencia de primera instanciase afirmó, lo que repite el tribunal, que para la Corte Suprema el delito de negociación incompatible no requiere "que el funcionario tenga alguna relación personal, empresarial o de cualquier naturaleza, no es necesario incluso que haya un trato previo, una comunicación clandestina o privada entre el proveedor de bienes y servicios y el funcionario público encargado".

La jueza en la nota al pie 73 de la página 123 de la sentencia, cita como base de su afirmación a la sentencia del 24 de enero del 2013, R.N. N° 3281-2011-JUNÍN de la Sala Penal Permanente.

En el considerando segundo: de los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de negociación incompatible, párrafos 2.1 a 2.3, no solo no aparece frase alguna que respalde la afirmación de la jueza; sino por el contrario, la refuta, pues en el párrafo 2.2 se reconoce

que la negociación incompatible y el cohecho tienen un objeto de tutela genérico común.

Se evade asignar consecuencias al sobreseimiento a los vendedores, recurriendo a la argumentación que en jurisprudencia se da para reconocer que el aprovechamiento indebido del cargo, es un delito de peligro y no de resultado[107][108][109][110][111].

La posición dominante afirma para ello; que la consumación de la negociación incompatible no requiere que el autor o el tercero haya logrado un beneficio patrimonial indebido; y que el Estado haya sufrido perjuicio económico.

En ningún momento se señala que el interés particular que representa el autor no sea indebido, es decir, que ¡el funcionario represente intereses particulares debidos!

2.4. Resumen de la doctrina jurisprudencial que proponemos

El delito de aprovechamiento indebido del cargo exige diferenciar si el autor represente un interés particular indebido propio o de tercero.

El interés particular indebido de tercero para su configuración necesita una sanción, al menos en el ámbito administrativo, al particular.

Sin sanción administrativa al proveedor no se puede configurar un interés particular indebido representado por el autor.

V. LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL

1. Presentación del problema

En el "Caso del ex Presidente Regional de Ayacucho", los jueces no han identificado el elemento subjetivo del tipo penal: finalidad de obtención de un provecho indebido para tercero.

(107) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 30-33.
(108) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 517.
(109) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 825-826.
(110) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 567.
(111) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pp. 736 y ss.

Los jueces no han verificado que la Fiscalía haya probado que el sentenciado haya actuado con la finalidad que los contratistas obtengan un provecho indebido.

2. Doctrina jurisprudencial que proponemos

2.1. Justificación dogmática de la finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo previsto el artículo 399 del Código Penal

El delito de aprovechamiento indebido del cargo presenta un elemento subjetivo adicional al dolo; es un delito de tendencia interna trascedente o que requiere una especial finalidad en el autor.

La doctrina y jurisprudencia nacional reconocen como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo a la finalidad de obtener un provecho económico indebido para el autor o terceros.

Ramiro Salinas Siccha señala que en el delito de aprovechamiento indebido del cargo exige que el autor realice la conducta típica, además de dolosamente, **motivado o guiado especialmente por el fin de obtener un provecho o sacar una ventaja patrimonial** del contrato u operación en la cual indebidamente interviene[112].

James Reátegui Sánchez establece que el delito de aprovechamiento indebido del cargo exige que se acrediten elementos subjetivos adicionales al dolo. Concluye que el sujeto activo no solo tendrá que conocer y querer efectivamente todos los elementos objetivos del tipo penal, sino que también se deberá acreditar el móvil de lucro del agente en la realización de la conducta típica[113].

La Sala Penal Permanente en la sentencia del 09 de mayo del 2012, R.N. N° 1328-2011-Puno, considerando sexto, afirma:

> (El delito de aprovechamiento indebido se comete) "(...) con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros (...)".

(112) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 559.
(113) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 736 y ss.

La Sala Penal Permanente en la sentencia del 13 de febrero del 2013, R.N. Nº 253-2012-Piura, considerando segundo: análisis del caso sub materia, párrafo 2.2, reitera:

> (El delito de aprovechamiento indebido se comete) "(...) con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros (...)".

En el "Caso del ex Presidente Regional de Ayacucho", fiscales y jueces no determinaron el contenido de la parte subjetiva del tipo penal de negociación incompatible con la función.

En el apartado 5.10, página 94 de la sentencia de primera instancia se dedica un breve párrafo a la parte subjetiva del tipo penal; no se desarrolla el contenido del dolo y menos el elemento subjetivo finalidad de obtener un provecho indebido propio o de terceros.

2.2. Resumen de la doctrina jurisprudencial que proponemos asumir por parte de la Corte Suprema

El delito de aprovechamiento indebido del cargo es un delito que requiere un elemento subjetivo adicional al dolo.

El elemento subjetivo especial que se exige en el delito de aprovechamiento indebido del cargo es que el autor tenga como finalidad el obtener un provecho económico indebido para sí o para terceros.

VI. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EL GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO

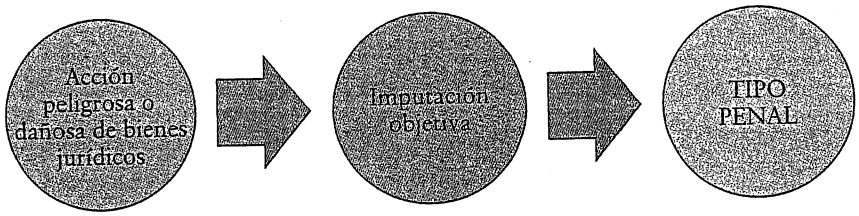
1. Funcionamiento de la imputación objetiva dentro del tipo penal

Para que un comportamiento pueda ser encuadrado dentro del tipo penal se requiere que sea imputable objetivamente al autor. La imputación objetiva constituye un elemento de todo tipo

penal pues solamente mediante su verificación la acción resulta típica (114)(115)(116)(117)(118)(119)(120)(121).

El autor español Joaquín Cuello Contreras explica la función que tiene la imputación objetiva en la tipicidad, al señalar que los tipos penales constituyen abstracciones de la realidad, supuestos de hecho que no recogen todos "los matices de la realidad normada". Ello implica que a veces comportamientos reales que aparentemente resultan típicos deben excluirse del tipo penal "porque no resultan desaprobados por el orden social subyacente"(122).

Explica el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura, que la imputación objetiva selecciona las acciones peligrosas o dañosas de bienes jurídicos que realmente están desaprobadas por el Derecho Penal(123).



La jurisprudencia peruana ya reconoce a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, un requisito a verificar para que el hecho imputado pueda ser considerado típico; de allí que los jueces, desde hace algunos años, vienen trabajando con los filtros o criterios

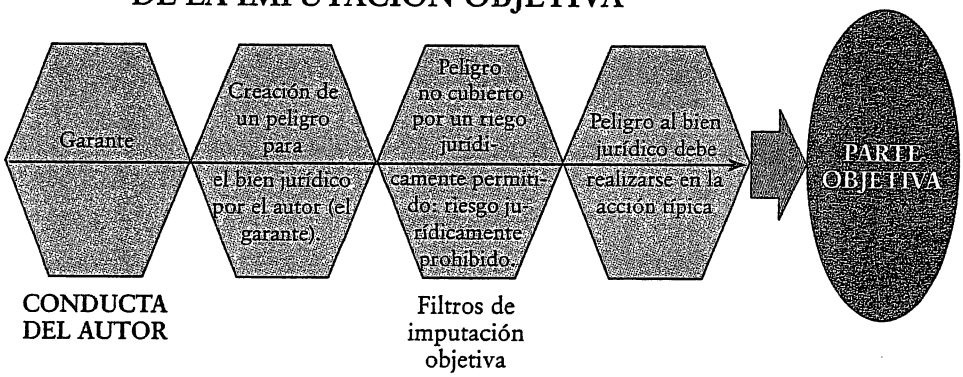
(114) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, pp. 223-226.
(115) ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 362-365.
(116) JESCHECK Hans Heinrich y WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5ª edición, Comares Editorial, Granada, 2002, pp. 307-310.
(117) STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Traducción de la segunda edición alemana, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1982, pp. 75-87.
(118) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 599-600.
(119) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte General I*. 3ª edición, Pontificia Universidad Católica, Grijley, Universidad de Friburgo, Lima, 2005, pp. 431-433.
(120) ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, traducido al español por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 115-116.
(121) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Grijley, Lima, 2006, pp. 321-324.
(122) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob cit., pp. 568 y 569.
(123) Ibídem, p. 599.

de imputación objetiva para establecer si la conducta, objeto del proceso penal, encuadra en el tipo penal.

La jurisprudencia es pacífica en admitir a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal; sudesarrollo se aprecia desde el Caso de "Rock en Río", objeto del Recurso de Nulidad N° 4288-97 del 13 de abril de 1998, en el que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema determinó la atipicidad del hecho por falta de imputación objetiva al aplicar el filtro de la violación del deber de autoprotección de la víctima; y el Caso del "taxista", objeto del Recurso de Nulidad N° 4166-99 del 7 de marzo de 2001, en el que determinó igualmente la ausencia de tipicidad por aplicación del filtro de imputación objetiva prohibición de regreso(124).

Para la formulación del juicio normativo de imputación objetiva tienen que verificarse los siguientes elementos:(125)(126)

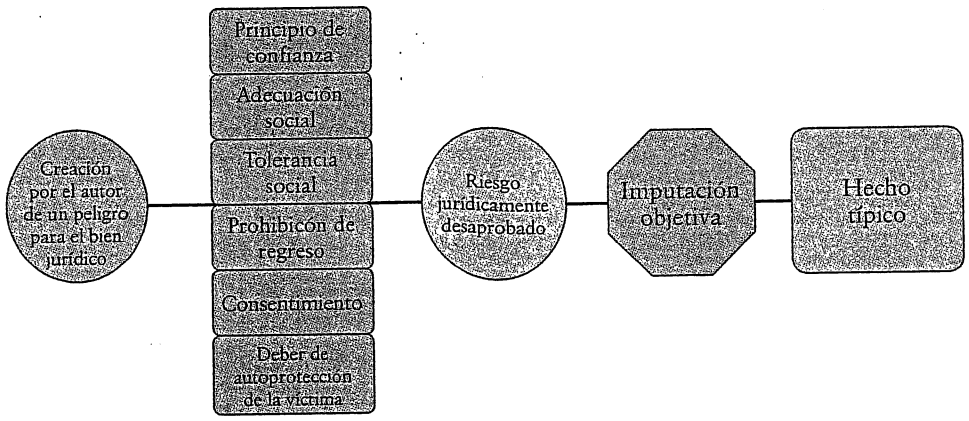
ELEMENTOS
DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

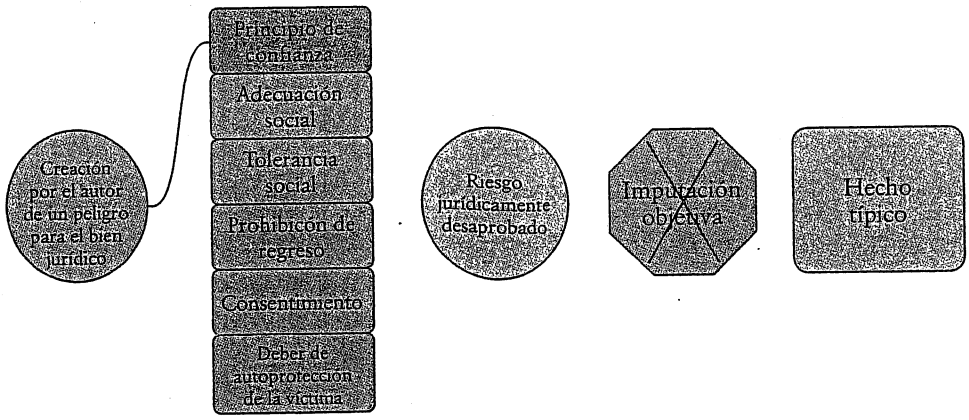


Para que se verifique la imputación objetiva es necesario que el autor haya creado un **riesgo jurídicamente prohibido**, lo que solamente se produce si la conducta no queda atrapada por alguno de los filtros de imputación objetiva, en cuyo caso se considera un **riesgo jurídicamente permitido.**

(124) ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal, Doctrina y Jurisprudencia.* Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 255-267.
(125) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 363 y 364.
(126) JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal.* UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 211.

Feijoo Sánchez, profesor español de la Universidad Autónoma de Madrid, recuerda que en la doctrina moderna solo se puede imputar el resultado típico, a la persona que ha creado o no ha evitado como garante un riesgo jurídico-penalmente desaprobado; pues existen casos en los que el riesgo no está jurídico-penalmente desaprobado, sino permitido por el Derecho, por distintas razones: porque era imprevisible, porque era tolerado por la sociedad, "porque estaba cubierto por el principio de confianza" o porque era de competencia exclusiva de la víctima[127].





(127) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Imputación objetiva en Derecho Penal.* Grijley, Lima, 2002, pp. 298.

2. Filtro de imputación objetiva: principio de confianza

El principio de confianza explica el maestro alemán Günther Jakobs[128], significa que se autoriza o se acepta que la persona confíe en el comportamiento correcto de los otros dentro del desarrollo de una actividad riesgosa socialmente aceptada, que se ejecuta de forma colectiva u organizada.

Jakobs, luego de resaltar que la persona vive en sociedad a través de roles, afirma que la imputación objetiva, concretamente el principio de confianza, no es sino la constatación de quien es garante; no todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para la comisión como para la omisión"[129].

Jakobs explica que el principio de confianza "otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona (...) el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de responsabilidades"[130].

El maestro alemán Claus Roxin[131] establece la aplicación del principio de confianza a aquellas actividades riesgosas socialmente admitidas que se rigen por la regla de la división del trabajo.

El maestro argentino y miembro del Tribunal Supremo Penal Español Enrique Bacigalupo, señala que de acuerdo al principio de confianza, no se imputarán objetivamente los resultados producidos a quien ha obrado confiando en que los otros actuarán también dentro del ámbito del riesgo jurídicamente permitido[132].

El autor colombiano Yesid Reyes Alvarado igualmente refiere que el comentado filtro de imputación objetiva opera en los ámbitos en el que resulta aplicable la regla de la división del trabajo:

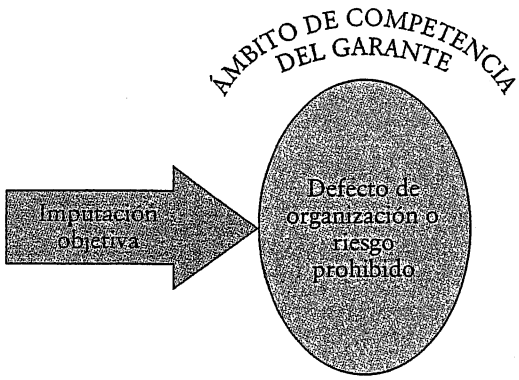
> "(...) dentro de cada empresa las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, **cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas**, y puede por

(128) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 254.
(129) REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 211.
(130) JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 219.
(131) ROXIN, Claus. Ob. cit., Tomo I, p. 1005.
(132) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 276.

ende **confiar en que sus demás compañeros cumplirán así mismo con las labores inherentes a sus cargos; incluso las labores de vigilancia o supervisión** de la forma como se adelantan los trabajos suelen estar expresamente asignadas a determinadas personas, puesto que una empresa **no podrá funcionar si todos** tuvieran que estar encargados de vigilar las actividades de los demás (...)"(133) (resaltado del autor).

Reyes señala como fundamento de la imputación objetiva y por ende del principio de confianza, al principio de la autorresponsabilidad, "de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por la de los demás"(134).

Es en el ámbito de competencia del garante en el que se tiene que verificar un riesgo prohibido o un defecto de organización para imputar objetivamente al autor la afectación al bien jurídico, en este caso, correcto funcionamiento de la Administración Pública.



El filtro de imputación objetiva principio de confianza tiene como fundamento **la regla general que solamente se responde por conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia de la persona;** no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros(135).

Feijoo Sánchez afirma que el principio de confianza constituye un principio general del Derecho y tiene gran utilidad como criterio de

(133) REYES ALVARADO, Yesid. Ob. cit., p. 153.
(134) Ibídem, p. 50.
(135) LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 118.

imputación objetiva[136]. Explica Feijoo que el principio de confianza "parte de una visión de los otros como individuos auto responsables y racionales con una motivación respetuosa con el Derecho" y "tiene especial relevancia" en la tipicidad de la conducta con relación al comportamiento de terceras personas (es decir, cuando se puede imputar a una persona lo que ha hecho otro)[137].

El autor español Enrique Anarte Borrallo señala como fundamento del principio de confianza la vigencia del principio de responsabilidad por los propios riesgos; igualmente reconoce que su aplicación afecta la tipicidad, pues "quien actúe amparado por el principio de confianza verá excluida su responsabilidad penal"[138].

El autor español Juan Ignacio Piña Rochefort expresa que por el principio de confianza "quien se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro. En otros términos, quien se comporta conforme a lo que de él se espera –rol– no puede ser imputado porque otros se sirvan de ese comportamiento, aunque dicha utilización fuera previsible"[139].

En la teoría de la imputación objetiva, como ya se señaló, el autor siempre es garante, se trate de delito de comisión o de omisión; doloso o culposo. El principio de confianza limita adecuadamente el deber de garantía; así a pesar que la persona sea Presidente Regional, no responde por el riesgo al bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración Pública, generado por la no anulación de actos administrativos, porque en aplicación del principio de confianza no se le puede imputar objetivamente[140].

El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que la persona que actúa dentro del ámbito del riesgo permitido u organiza adecuadamente su ámbito de competencia, no tiene el deber de considerar en su actuar que se le pueda imputar la supuesta conducta

(136) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 290.
(137) Ídem.
(138) ANARTE BORRALLO, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal.* Universidad de Huelva Publicaciones, 2002, p. 298.
(139) PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y Sistema de Imputación.* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, pp. 379 y 380.
(140) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 291.

antijurídica de un tercero que pertenece a la organización del Gobierno Regional de Ayacucho[141].

A partir de los razonamientos de Feijoo, extensibles a todos los delitos, se puede concluir que el principio de confianza parte del reconocer la inexistencia de un deber general o ilimitado a que un director o editor de medio de comunicación conozca o prevea la comisión de supuestas conductas ilícitas de un periodista[142].

Feijoo afirma claramente que los deberes de garante tienen límites, siendo uno de ellos el principio de confianza; recalca que el fundamento de la exclusión de tipicidad en este caso es por el principio de autorresponsabilidad del que se desprende la regla "que nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero", salvo expresas y concretas excepciones[143].

La autora colombiana Claudia López Díaz sostiene que la principal consecuencia que el fundamento del principio de confianza sea el de autorresponsabilidad, "es la que en el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita su propia conducta, y solo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno orienta su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos, pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente solo se responde por el hecho propio, más no por el hecho ajeno"[144].

Es válido entonces a Presidente Regional el confiar en que los responsables de los órganos que integran el Gobierno Regional; "se van a comportar respetando las normas ya que ello está garantizado por el Derecho, a no ser que se tenga ya evidencias de lo contrario"[145].

Feijoo admite que el principio de confianza se aplica en aquellas actividades que se caracterizan por tener ámbitos de organización y responsabilidad, siendo un claro ejemplo la Administración Pública[146].

(141) Ídem.
(142) Ibídem, p. 292.
(143) Ibídem, p. 295.
(144) LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob cit., p. 118.
(145) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 296.
(146) Ibídem, p. 298.

En igual sentido Anarte Borrallo destaca como va aumentando el sector de la doctrina penal que pone de relieve la necesidad de utilizar el principio de confianza "en ámbitos delimitados por el principio de la división del trabajo, o si se prefiere, de trabajo en equipo (...)"(147).

Feijoo es enfático al destacar que el principio de confianza tiene especial utilización en las actividades socialmente riesgosas en que se realizan repartos de funciones en beneficio del desarrollo de las mismas; el transporte, las comunicaciones, la construcción, la medicina, la Administración Pública. El principio de confianza permite organizar las empresas para realizar las actividades socialmente riesgosas sin el temor u obstáculo que se tenga que responder por hechos defectuosos ajenos(148).

López Díaz destaca dentro de uno de los ámbitos de aplicación del principio de confianza al "trabajo en equipo", en toda actividad en la que sea indispensable una distribución del trabajo; "no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores. El puede esperar que cada uno de ellos cumplirá con la función asignada; en consecuencia no infringe el riesgo permitido quien no toma medidas de precaución especiales, para el caso que otro quebrante los deberes propios de su status"(149).

El autor nacional Percy García Cavero destaca la importancia de trabajar con el principio de confianza en el ámbito de las organizaciones; para que éstas funcionen es necesario la "confianza frente a la licitud de la conducta de terceros"(150).

El principio de confianza permite que el Presidente Regional se base en las opiniones de los órganos competentes para considerar legal; asumiendo que los informes se emitieron estudiando y cumpliendo los procedimientos administrativos.

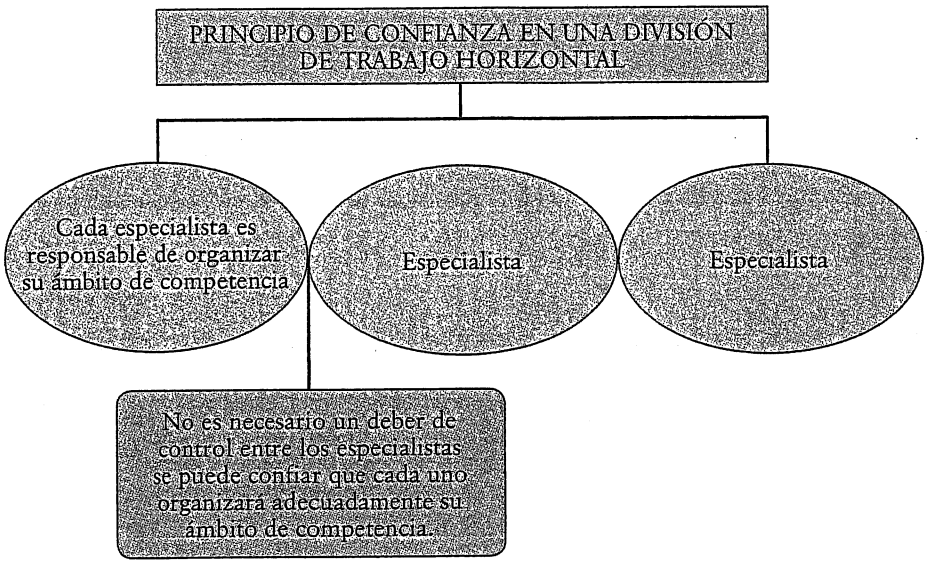
En la aplicación del principio de confianza es necesario diferenciar si se trata de una división horizontal del trabajo o de una división vertical del trabajo(151).

(147) ANARTE BORRALLO, Enrique. Ob. cit., pp. 299 y 300.
(148) Ibídem, p. 301.
(149) LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob. cit., pp. 120-121.
(150) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. ARA Editores, Perú, 2003, p. 424.
(151) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 304 y ss.

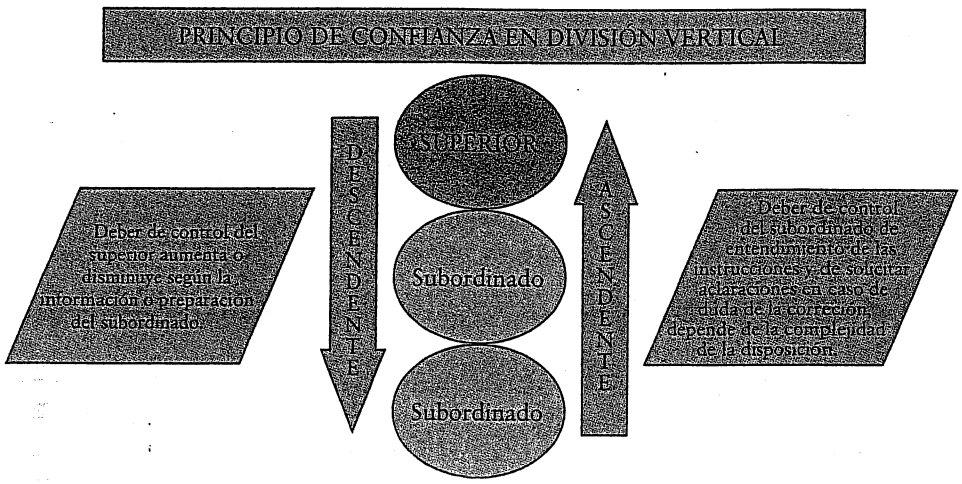
En el caso de una **división horizontal del trabajo**, en la que el reparto de roles o competencias es entre especialistas, en la que cada uno se ocupa de su ámbito especializado; el principio de confianza permite actuar, organizar el propio ámbito de competencia creyendo que cada especialista cumplirá su rol; no es necesario control; por ejemplo el cirujano y el anestesiólogo.(152)

En el caso de una **división vertical del trabajo**, en la que el reparto de roles es entre superiores y subordinados; el principio de confianza permite asumir al superior que sus instrucciones serán seguidas y al subordinado que son correctas; sin embargo hay un deber de control cuya intensidad varía de la relación ascendente a la descendente. A menor nivel de preparación o información del subordinado el deber del superior aumenta y en caso de mayor nivel del subordinado disminuye.

Adicionalmente los subordinados no son personas irresponsables, tienen que asegurarse de entender las instrucciones y según la complejidad de las mismas, pedir aclaraciones, ampliaciones y explicaciones en caso de duda de su corrección(153).



(152) Ibídem, pp. 304 y 305.
(153) Ibídem, pp. 306 y 307.



La justicia penal peruana en la doctrina judicial que viene elaborando sobre la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, aplica como uno de los filtros (criterios) de imputación objetiva, al principio de confianza para la exclusión de la tipicidad del hecho.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en los Recursos de Nulidad N° 608-2004 y N° 552-2004, ha determinado la atipicidad de hecho atribuido como tráfico ilícito de drogas porque el transportista puede confiar en la licitud de la carga que solicita transportar el cliente y porque la arrendadora puede confiar en el uso lícito de la habitación por el arrendatario(154).

La misma Segunda Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad N° 538-2004 estableció la atipicidad de la conducta respecto del tipo penal de defraudación de rentas de aduanas agravado porque como agente de aduanas solamente se limitó a despachar el reintegro de los impuestos de acuerdo a la documentación que le presentó el comitente debidamente visada por los funcionarios de aduanas que hicieron la verificación física de la existencia de la mercadería importada(155).

El principio de confianza "implica la permisión de confiar en que los demás actuarán en forma correcta"; tal justificación reside en la

(154) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Sentencia del 24 de noviembre de 2004 expedida en el Recurso de Nulidad 608-2004 y Sentencia del 25 de noviembre de 2004 expedida en el Recurso de Nulidad N° 552-2004.

(155) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Sentencia del 13 de diciembre de 2004 expedida en el Recurso de Nulidad N° 538-2004.

imposibilidad de la vida social sin esta regla[156]. Una ampliación excesiva de la responsabilidad penal en la Administración Pública pondría en peligro su correcto funcionamiento, de allí que es indispensable la aplicación de herramientas, como el principio de confianza, en los procedimientos administrativos que se realizan para prestar adecuadamente servicios públicos a las personas[157].

El principio de confianza se aplica con límites que se relacionan con la "responsabilidad del receptor de la confianza"[158]. No corresponde utilizar el principio de confianza en los siguientes casos:

Casos de no aplicación del principio de confianza

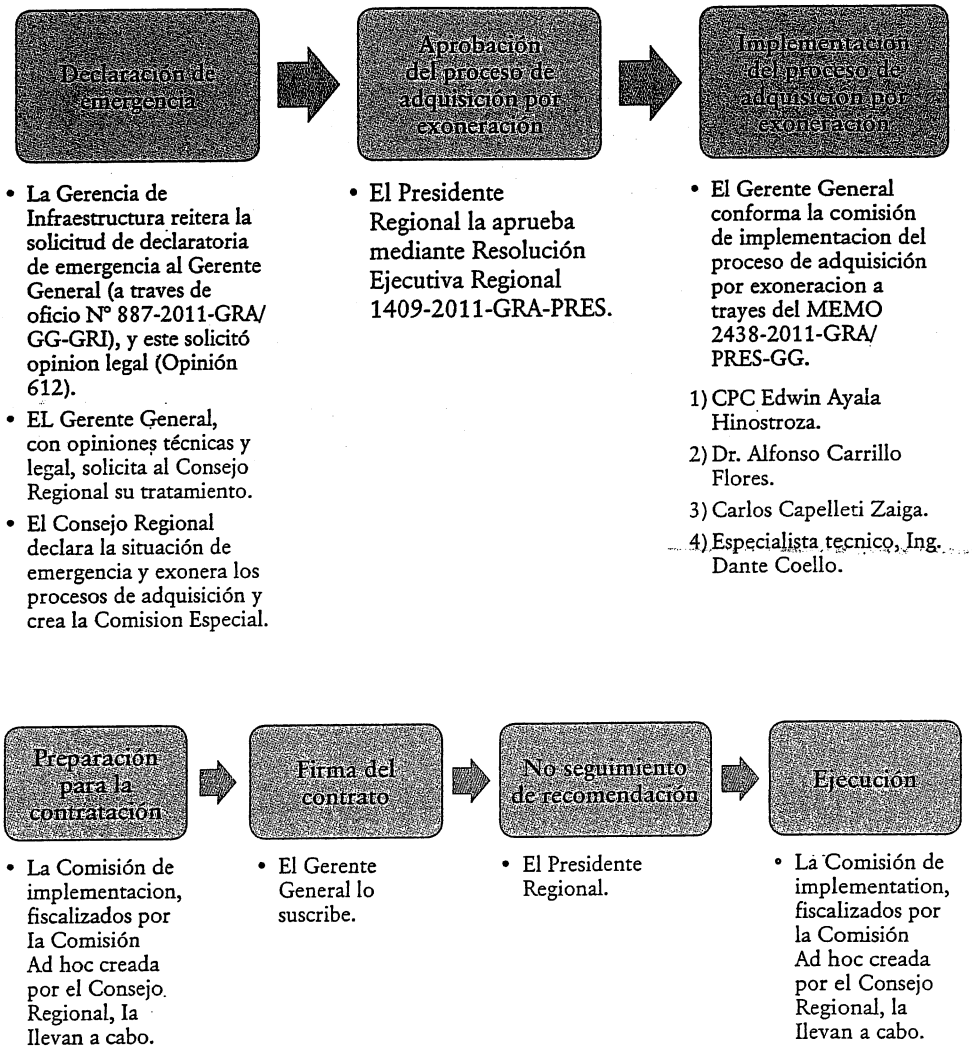
- Cuando la otra persona no tiene capacidad para cumplir responsablemente el rol asignado[159][160][161][162].
- No está permitida la confianza al integrante del equipo de trabajo que tiene la misión de compensar los errores de otros integrantes[163][164][165][166].
- Cesa la confianza cuando es evidente que un integrante del equipo de trabajo no cumple adecuadamente las responsabilidades del rol asignado[167][168][169][170].

3. Aplicación del principio de confianza como filtro de imputación objetiva en el Gobierno Regional de Ayacucho al presidente regional

Los hechos objeto del caso dan cuenta de la realización de dos procesos administrativos; para la declaratoria de emergencia y luego la contratación para la adquisición de las maquinarias.

Se expone gráficamente la intervención del Presidente Regional:

(156) GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Ob. cit., pp. 367-368.
(157) Ibídem, p. 368.
(158) Ídem.
(159) JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 219.
(160) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., p. 255.
(161) Percy GARCÍA CAVERO, Ob. cit., p. 424.
(162) LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob. cit., p. 124.
(163) JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 220.
(164) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., p. 255.
(165) GARCÍA CAVERO, Percy. Obra citada, pp. 424 y 425.
(166) LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob. cit., pp. 125 y 126.
(167) JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 220.
(168) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., p. 257.
(169) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 425.
(170) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., pp. 312-317.



En el procedimiento administrativo para la declaratoria de emergencia y exoneración de selección para contratación, el Presidente Regional aprobó el proceso de exoneración para la contratación de la maquinaria.

El Presidente Regional ejecutó el acuerdo del Gobierno Regional.

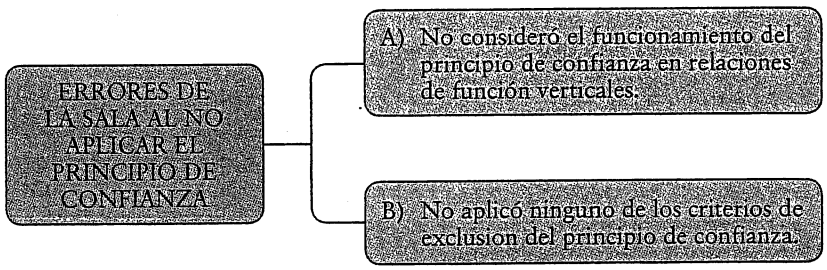
En el proceso de contratación, en las diversas etapas, el Presidente Regional no intervino, al corresponder a otros órganos su preparación, celebración y ejecución.

El Presidente Regional conoció la recomendación de OCSE de no continuar con el proceso de contratación de emergencia, y decidió no seguirla por los fundamentos jurídicos que se plasmaron el documento denominado "reconsideración".

La Sala Permanente de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 12 de setiembre del 2012, R.N. Nº 2770-2011 aplicó el principio de confianza en un caso de negociación incompatible en los siguientes términos: "resultando de aplicación el principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica en algún delito, exigiendo como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico del otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad".

La Sala Penal Transitoria en la Ejecutoria del 13 de agosto del 2010, R.N. Nº 3995-2009, absolvió en un caso de negociación incompatible por la existencia de informes de áreas competentes.

En el "Caso del ex Presidente Regional de Ayacucho" la Primera Sala Penal de Apelaciones de Ica en el apartado "En cuanto a la tipicidad por falta de imputación objetiva - elemento del tipo penal", páginas 51 y siguientes del voto en mayoría, niega la aplicación del principio de confianza equivocadamente por las siguientes razones:



La Sala debió tener en consideración que los órganos técnicos que emitieron los diversos informes técnicos y legales; o no dependían directamente del Presidente Regional; o tenían la información, preparación suficiente para reducir al mínimo el nivel de control que se le

podría asignar al Presidente Regional, que los informes lleguen a través de la Gerencia General.

Es cierto que en el caso de la reconsideración al OCSE solo firma el Presidente Regional, lo que es un defecto administrativo, pero por el contenido es evidente que fue preparado por la asesoría legal del Gobierno Regional.

La Sala no utiliza ningún criterio de exclusión del principio de confianza.

La Sala atribuye al Presidente Regional la responsabilidad de la legalidad de los procedimientos administrativos, lo que no fundamenta con el MOF y el ROF del Gobierno Regional de Ayacucho.

La Sala se aparta de los principios constitucionales de la Administración Pública; pues ignora o deja de lado, delegación y transferencia de funciones con las que se repartieron los ámbitos de competencia funcional en el Gobierno Regional de Ayacucho.

La Sala debía establecer que el Presidente Regional tenía el deber de función específica del control de calidad de los informes.

Genéricamente la Sala establece, que existiría un deber de control fundamentado:

- En el hecho que los autores de los informes técnicos que sustentaron la declaratoria de emergencia regional fueron funcionarios de confianza designados por el Gobernador Regional **(deber de control residual por delegación de funciones)**; y
- En que una de las funciones del Presidente Regional de Ayacucho es controlar la legalidad de las actuaciones de los funcionarios a nivel vertical **(deber de control por el cargo)**.

En cuanto al deber del Gobernador Regional basado en la designación de funcionarios de confianza **(deber de control residual por delegación de funciones)**, la Sala en la página 53 del voto en mayoría señala:

> "(...) los coprocesados Walter Quintero Carbajal, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sixto Ibarra Salazar, Richad Reyes Araujo declararon ante el pleno de la Sala Penal que **sus cargos son de confianza y que fueron designados por el coacusado** Wilfredo Oscorima Nuñez en su condición de Presidente del GORE Ayacucho, **por tanto la responsabilidad de su designación como cargo de confianza**

recae qué duda cabe en el Presidente del GORE hoy sentenciado juntamente con su personal de confianza" (Resaltado del autor).

En este sentido la Sala agrega, página 53 del voto en mayoría, que:

"Y si bien es cierto **se puede delegar funciones como afirma la defensa técnica de los sentenciados, esta no implica *per se* delegación de responsabilidades administrativas, civiles y penales"** (resaltado del autor).

En la nota al pie número 65 del voto en mayoría, la Sala cita al profesor español Bernardo Feijoo Sánchez, intentando sustentar en dicho autor la tesis que el Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho tenía como deber el control de la calidad de los informes técnicos que sustentaron la declaratoria de emergencia regional por haber sido quien nombró a los autores de dicho documento(171).

La Sala hace una lectura parcializada, y por tanto incorrecta, de la obra del reconocido autor hispano, pues si bien dicho autor hace mención a la idea general que quien delega funciones guarda para sí ciertos deberes residuales de control, no se hace ninguna explicación del contenido de esos deberes residuales cuando se trata del funcionario del rango más alto de una organización compleja, la segunda más grande en el Estado peruano, luego del Poder Ejecutivo.

El propio Bernardo Feijoo Sánchez, en el apartado siguiente de la obra citada por el voto en mayoría, titulado **3.4 las organizaciones complejas trasforman los ámbitos de organización, ampliando y reduciendo el contenido de los deberes individuales**, establece que en el caso de organizaciones complejas, como lo es el Gobierno Regional de Ayacucho, los niveles superiores tienen mucho menos ámbito de control por lo que solo responden por el no cumplimiento de deberes generales básicos, como lo son la designación de personal absolutamente inidóneo. Esto último en atención a que en las organizaciones complejas existen múltiples mandos intermedios.

La Sala no analiza que los autores de los informes técnicos que sustentaron la declaratoria de emergencia regional, pertenecían a diversos órganos del Gobierno Regional de Ayacucho, cada uno de ellos

(171) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas". En: *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, B de F, Buenos Aires, 2009, pp. 25 y ss.

contaba con su propio mando intermedio, lo que reducía al mínimo los deberes de control del Presidente Regional.

Los autores de los informes técnicos que sustentaron la declaratoria de emergencia regional dependían de la Gerencia General.

Por otro lado, la Sala señala que sería una función del Presidente Regional el controlar la legalidad de las actuaciones de los funcionarios a nivel vertical **(deber de control por el cargo).**

> "no es razonable que ahora el acusado Wilfredo Oscorima Nuñez pretenda deslindar su responsabilidad y pretender que ésta recaiga únicamente en sus funcionarios de confianza por él contratados, tanto más si **era el Titular del Pliego Presupuestal por tanto tenía responsabilidades que el propio cargo le genera"** (resaltado del autor).

La Sala no señala en ningún punto sobre la base de qué normas del ROF o del MOF del Gobierno Regional de Ayacucho se basan las supuestas competencias funcionales del Presidente Regional.

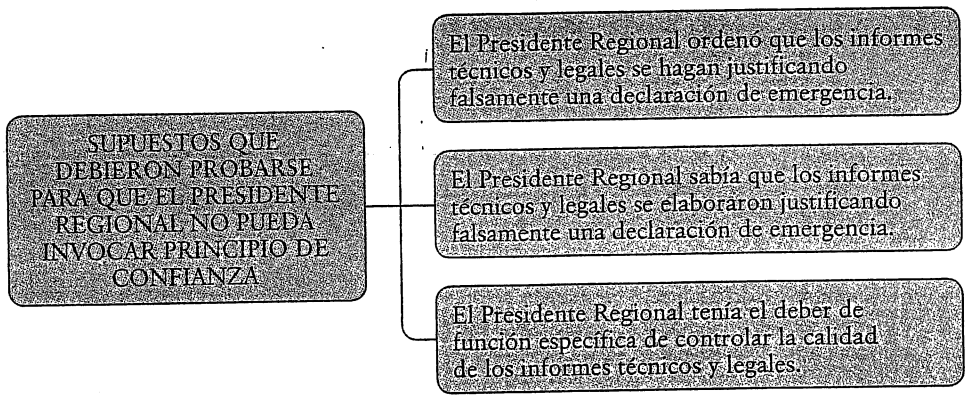
La Sala tenía que comprobar que la Fiscalía probó cualquiera de dos supuestos: a) el Presidente Regional ordenó que los informes técnicos y legales se hagan justificando falsamente una declaración de emergencia; o b) el Presidente Regional sabía que los informes técnicos y legales se elaboraron justificando falsamente una declaración de emergencia.

La Sala, en la página 53 del voto en mayoría, intenta romper el principio de confianza amparada en el hecho que el Presidente Regional no anuló la contratación de emergencia pese a la recomendación del OSCE:

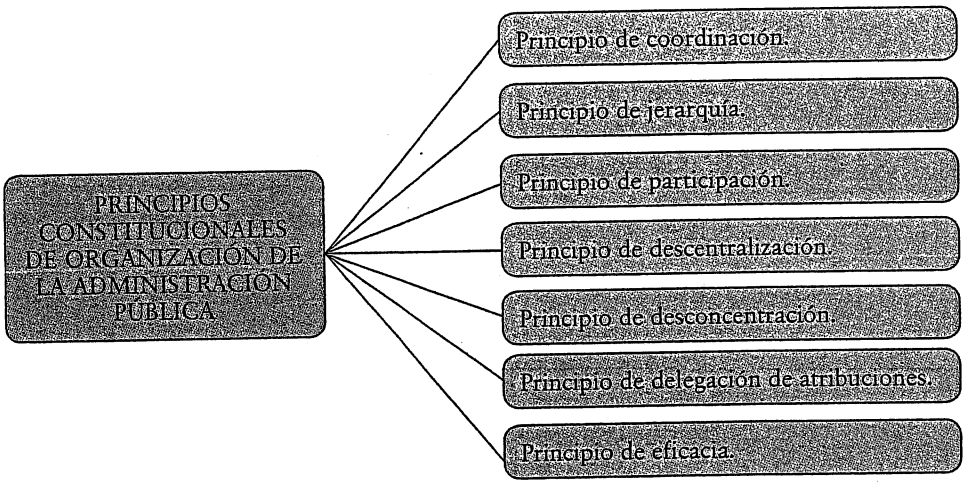
> "(...) siendo oportuno traer a colación que, cuando el sentenciado Presidente del GORE Ayacucho **tomó pleno conocimiento de las observaciones y requerimiento de suspensión del proceso de exoneración requerido por la OSCE** lejos de ordenar mínimamente una investigación –si es que realmente NO hubiera tenido interés particular de beneficiar a las empresa predeterminadas– juntamente con los coacusados se dedicaron a presentar una reconsideración ante la OSCE y paralelamente **ORDENÓ continuar con el**

proceso cuestionado tanto por OCSE como por el Vice Presidente del GORE" (resaltado del autor).

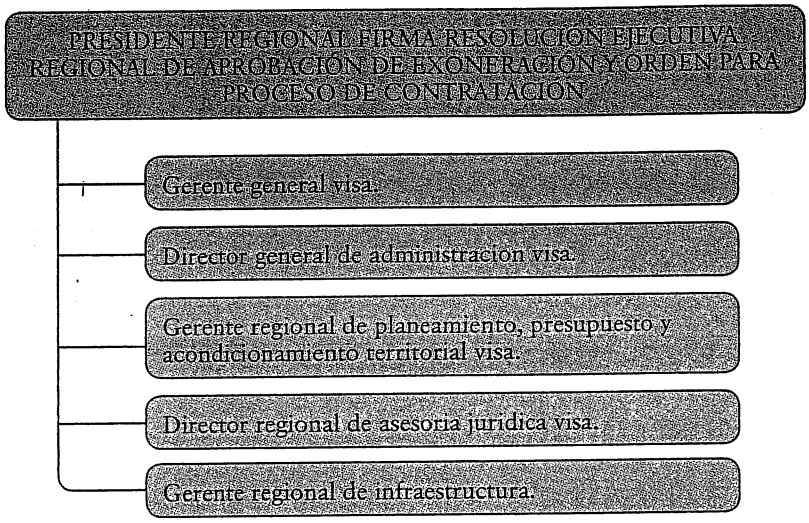
La Sala sin embargo, no establece cómo es que la existencia de una recomendación del OSCE demostraba la falsedad; a) de los informes técnicos y legales que sustentaban la declaración de emergencia; y b) de los argumentos técnicos que sustentaron el pedido de reconsideración que se presentó al OSCE.



No aplicar el principio de confianza en la Administración Pública significa desconocer principios constitucionales que la regulan, y que justifican la distribución de competencias funcionales, de deberes de función específicos, es decir, del elemento determinante del autor en los delitos de infracción de deber, como lo es la negociación incompatible con la función pública.



La Sala además no consideró las visaciones en la resolución ejecutiva que dictó el Presidente Regional; institución administrativa que se fundamenta en los principios de desconcentración y delegación de funciones.



4. Doctrina jurisprudencial que proponemos

La imputación objetiva constituye un elemento de todo tipo penal pues solamente mediante su verificación la acción resulta típica.

El principio de confianza como filtro de la imputación objetiva permite descartar del ámbito de la tipicidad aquellas conductas que se realizan en la confianza que quienes trabajan en el marco de una organización actuarán lícitamente.

En organizaciones complejas, como es un Gobierno Regional, las competencias de los funcionarios se determinan en base al Reglamento de Organización y Funciones y al Manual de Organización y Funciones, de modo que no realiza un tipo penal aquel funcionario que cumple con los deberes que le son asignados en la confianza que los demás funcionarios también lo harán.

VII. EL SIGNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS EN UNA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

1. Presentación del problema

Los defectos administrativos que se cometieron durante el proceso de adquisición directa de las maquinarias fueron objeto de procedimiento de regularización del artículo 23 de la LCE.

Los jueces en las dos instancias no han argumentado por qué los defectos administrativos que fueron objeto de regularización, no anulada, pueden constituir delito de negociación incompatible con la función.

La Corte Suprema no ha tratado el efecto que la regularización tiene sobre la tipicidad.

2. Doctrina jurisprudencial que proponemos

2.1. Significado de la regularización en la contratación estatal de emergencia en el proceso penal por delito de negociación incompatible

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la sentencia del 12 de setiembre del 2012, R.N. N° 2770-2011, afirma que el delito de negociación incompatible: "es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa".

Para que los defectos del procedimiento administrativo configuren un caso de negociación incompatible es necesario probar el elemento subjetivo: en provecho propio o de tercero. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia del 15 de octubre del 2013, Expediente N° 00023-2012-5-1826-JR-PE-03.

En la Sentencia del 22 de julio del 2011, R.N. N° 2099-2010, la Sala Transitoria de la Corte Suprema luego de verificar defectos administrativos en las distintas etapas de una adjudicación directa selectiva realizada por el PRONAA para la compra de pescado enlatado a Consorcio Andino Sociedad Anónima; reafirmando la jurisprudencia establecida con la Ejecutoria Suprema en el RN 3240-2007 del 7 de mayo del 2009; señala: "la prueba no ha estado firmemente dirigida a desentrañar la existencia de algún interés contrapuesto por los

funcionarios procesados y la empresa ganadora del contrato, **no siendo posible identificar ello a partir de las irregularidades administrativas (...) los defectos de tramite carecen de fuerza indicativa que evidencie interés privado del procesado (...) en el proceso de selección".**

La jurisprudencia de la Sala Transitoria Suprema de estimar que los defectos administrativos no bastan para establecer una negociación incompatible, tiene mayor razón de aplicación en los procesos de adquisición por exoneración, en los que existe la institución de la regularización.

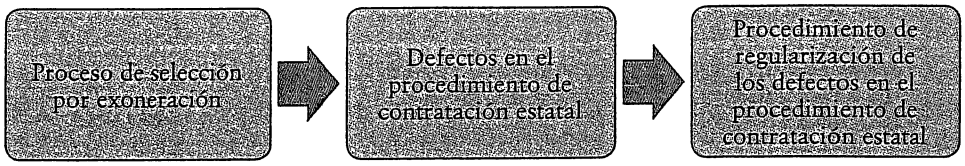
La regularización significa comprensión o tolerancia con los defectos administrativos que se cometan en las contrataciones de emergencia, precisamente por la realidad en las que se celebran, peligro inminente, catástrofe.

En la contratación por situación de emergencia todo defecto administrativo es subsanable vía el procedimiento de regularización.

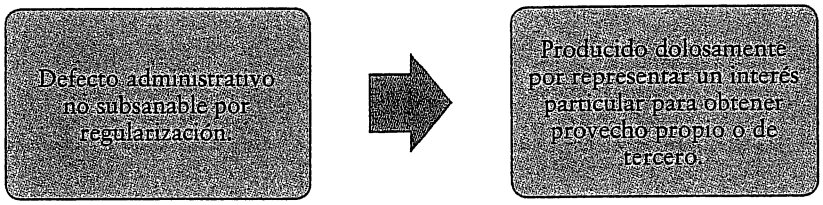
El artículo 23 de la LCE señala que el Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la REGULARIZACIÓN del procedimiento correspondiente en el caso de contratación por exoneración en el marco de una situación de emergencia.

El artículo 128 del RLCE establece que toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o de inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra.

Por tanto, en el caso de una contratación por exoneración derivada de una situación de emergencia legalmente está permitido incurrir en irregularidades administrativas pues estas pueden ser objeto de regularización.



De acuerdo a la doctrina judicial de la Corte Suprema se puede establecer la siguiente regla probatoria en las contrataciones de emergencia:



La parte subjetiva del aprovechamiento indebido exige diferenciar dolo de culpa, negligencia inexcusable o incompetencia funcional, no solo por una exigencia de legalidad penal, sino también de última ratio; no debe confundirse el delito con la infracción administrativa.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la sentencia del 22 de julio del 2012, R.N. N° 2099-2010, exige distinguir el dolo de la negligencia, inexcusable, o incluso incompetencia funcional. la Sala ante la falta de una "dirección exclusiva"; representación de interés particular para favorecimiento propio o de tercero; estimó: que la presentación de documentos posterior a la adjudicación de la buena pro, obedeció, no a un interés privado, sino a la falta de competencia de los servidores públicos a cargo del procedimiento.

2.2. Error judicial por no determinación del significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia

Conforme lo establece la LCE, los defectos administrativos que se dieron en la contratación de emergencia, fueron objeto de regularización en el plazo de 10 días y comunicados a través del registro a cargo del OSCE.

La Juez del Juzgamiento y la Sala de Apelaciones mantienen silencio al no tratar el efecto del procedimiento de regularización sobre la tipicidad de los hechos objeto de condena.

El procedimiento de regularización de los defectos administrativos impide que estos puedan ser indicios de la comisión de un delito.

La Sala en la sentencia de apelación no responde cómo es que se pueden criminalizar defectos administrativos subsanables y **subsanados.**

La Sala no valoró, sin motivación, la pericia del experto en Derecho Administrativo que explicó cómo el legislador permite que en la

celebración y ejecución de contratos en situación de emergencia, se incurran en defectos subsanables vía el procedimiento de regularización.

No habiéndose aplicado correctamente las normas sobre regularización en el marco de la contratación de emergencia del artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 128 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, la condena por el delito de aprovechamiento indebido del cargo debe revocarse.

2.3. Resumen de la doctrina jurisprudencial que proponemos

El procedimiento de regularización de los defectos administrativos regulado en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determina la atipicidad de los defectos subsanados, por lo que no pueden constituir delito de negociación incompatible con la función.

Abuso de autoridad por acto arbitrario determinado. Prolegómenos para un Derecho Penal garantista

Jorge B. HUGO ÁLVAREZ

SUMARIO: I. Breves consideraciones generales que caracterizan al tipo. II. De otras consideraciones con relación a su naturaleza constructiva basada en conceptos bastante discutibles e inacabados. III. Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual. IV. De algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos. V. De la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión. VI. De las características esenciales del tipo penal: abuso de autoridad. VII. De situaciones probables que puedan presentarse en la aplicación del tipo. VIII. Del concepto de acto arbitrario. IX. Del bien jurídico tutelado. X. Del sujeto activo. XI. Del sujeto pasivo. XII. Del supuesto agravado por la circunstancias especiales. XIII. De la pena.

I. BREVES CONSIDERACIONES GENERALES QUE CARACTERIZAN AL TIPO

Artículo 376.- Abuso de autoridad por acto arbitrario determinado

"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 años ni mayor de cuatro años".

(Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de junio de 2011)

El artículo 376 del Código Penal fue modificado por la Ley N° 29703. No fue sustancial sino, referencial. Hay una mejor técnica legislativa de redacción modificatoria del contenido material del tipo penal. No obstante, es perfectible. El tipo es esencialmente descriptivo, pero también valorativo que individualiza los actos prohibidos o exigidos[1]. Claro que existen ciertas dificultades especiales en el constructo del tipo penales vinculadas con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los vocablos-conceptos empleados por el legislador como contenidos del tipo que requieren interpretación o valoración primaria. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos muy usuales en la expansión peligrosa del Derecho Penal que se traducen en los constructos de tipos penales bastantes cuestionables. De suerte que lo aleja de su función de garantía en manos de un juez decisionista.

Un Derecho Penal constitucionalizado no se reduce a un conjunto de normas sino también de principios, valores y preceptos constitucionales que hacen posible el sentido racional de la norma penal. En tal sentido, una interpretación del tipo penal: abuso de autoridad, lo haremos bajo los parámetros de los principios, valores y preceptos constitucionales[2].Esta regla fundamental aclara el proceso de interpretación y aplicación de la norma penal ofreciendo pautas fuertes significante del contenido material del tipo penal. Este imperativo constitucional representa la necesidad de desterrar al hedonismo jurídico, renuente a incorporar al bagaje cultural de jueces y fiscales, las normas de fuente internacional referentes a derechos humanos que, desde luego, no son escasas ni de fácil concordancia. Por lo tanto, se impone la necesidad

(1) El tipo penal se ubica en el orden racional de las cosas. En tal sentido, el tipo tiene una función racional garantista. Racionaliza el acto de creación legislativa del tipo. Si la norma penal obra en lo justo para lo justo, el tipo penal hace lo propio, tal propósito lo hace real y humano. La naturaleza racional constitutiva del tipo a juzgar por su función debe ir en esa dirección de pragmatismo realista. En tal sentido, el tipo se ubica en el orden racional de las cosas. Claro, si el Derecho Penal es para la humanidad un hecho tan odioso; un ideal fatal, un instrumento de control social tan necesario, etc. supone tener claro que, no existe Derecho Penal sin tipos y esta no tiene por qué ser odiosa sino querida por la racionalidad de su contenido. He allí esa condición elemental de racionalidad de esta teoría.

(2) Proyecto de nuevo Código Penal
Título Preliminar
Artículo III.- "La Ley penal se interpreta de conformidad con la Constitución Política y con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención del delito reconocidos en los tratados de los cuales el Perú es parte, en especial, aquellos sobre Derechos Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como de conformidad con la jurisprudencia de Tribunales Internacionales cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano".

de desterrar actitudes de narcisismo jurídico de creer que el Derecho nacional es el mejor o que la Corte Suprema siempre es suprema. Nada de eso debe operar porque frente a procesos de integración del Derecho en América; las sentencias de un máximo órgano jurisdiccional de un país determinado, eventualmente pueden ser invalidadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con la modificación del tipo penal se posibilita otras lecturas importantes sobre la naturaleza constitutiva del tipo penal. Al suprimir el vocablo: "cualquiera" seguida de la frase acto arbitrario que figuraba anteriormente implica admitir una interpretación más restrictiva y racional de lo que se suponía. La expresión a secas: un acto arbitrario parece así determinarlo[3]. Entonces, la cuestión es determinar de manera concreta el contenido material del concepto de acto arbitrario y sus alcances. Se parte de un concepto amplio (acto arbitrario cualquiera) a uno restringido (simplemente acto arbitrario). Sin embargo, no es del todo suficiente para solucionar el problema central a establecer: ¿Qué se entiende por acto arbitrario?[4].

Dar un contenido material al concepto de acto arbitrario es una tarea ardua y de difícil determinación. No obstante, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia que guarda relación con el Exp. N° 0090-2004-AA/TC. Lima. Juan Carlos Callegari Herazo, estableció como fundamento lo siguiente en relación a la arbitrariedad:

Según el Tribunal Constitucional el concepto de arbitrario tiene varias acepciones. Sea como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica o entendida como decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Desde esta interpretación constitucional se establece como regla-principio la interdicción de la arbitrariedad en dos dimensiones

(3) Texto y significado no siempre es lo mismo. El vocablo "cualquiera" que fuera suprimida con la modificación del artículo 276 del Código Penal era muy ambiguo, indeterminado que frente a un juez decisionista se convertía en una especie de plastilina. Tenía o adquiría la forma que el operador judicial así lo creía por conveniente. En buena hora el haber suprimido y permitir una interpretación más restrictiva.

(4) "El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución. En el presente caso al no haberse acreditado la arbitrariedad del acto de asignación en el número de horas académicas a la docente, procede absolver a la procesada" (Exp. 3436-96, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de noviembre de 1996).

con una doble significación: a. Como reverso de la justicia y el derecho y, b. La arbitrariedad carente de fundamentación objetivo, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. Para concluir con una hermosa frase de poco contenido pragmático y más de índole romántico e ideal: "En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad"(5). ¿Cómo entender la expresión "carecer de vínculo natural con la realidad, fuera de su hermosa expresión literaria"? Lo natural es lo real y no siempre lo real es natural, porque puede ser artificial o convencional. Entonces la cuestión no está resuelta del todo.

El Tribunal Constitucional establece el principio de la interdicción de la arbitrariedad en dos dimensiones con una doble significación: como reverso de la justicia y el derecho. Entonces emerge la condición por establecer qué se entiende por justicia y qué por Derecho. Ambos conceptos no tienen una definición precisa y universal. La mayoría de las definiciones hacen énfasis en las cualidades, procedimientos e instituciones. Sin embargo, el concepto de justicia y derecho tienen una connotación mayor a lo antes indicado de vital importancia. Su concepto y su sistema son de vieja data. No hay

(5) La arbitrariedad
12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no solo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica".
Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".
El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.
De allí que, desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:
a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.
En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

acuerdo en estos conceptos vitales. Subrayo que la cuestión aquí, no es tanto, establecer este concepto como algo acabado, sino relativizado, abierto y en permanente construcción. Problema arduo, complejo y de difícil determinación, pero, los vocablos de justicia y derecho, no se reduce a una cuestión de concepto, sino al contenido material de la misma.

En estas condiciones establecer el concepto de acto arbitrario no se reduce a explicar qué significa este vocablo, porque el problema no se resuelve rápido con un saber de las técnicas de lingüística y lo que significa literalmente. Habremos resuelto solo un problema de etimología: únicamente se ha explicado el nombre, pero no su contenido material o esencial, cuando el problema de definir el concepto de acto arbitrario es mucho más complejo de lo que parece.

Dicho esto, cabe un análisis racional de la naturaleza constitutivo del tipo penal. Es una configuración híbrida y, eso lo hace, técnicamente, discutible. Lo híbrido no permite señalar lo relevante para establecer su configuración sea como un delito de mera actividad o de resultado. Claro no hay nada químicamente puro, pero la convención racional permite establecer connotaciones mucho más precisas con pautas fuertes que permiten conciliar texto y significado, lo cual hace al tipo cumplir una función garantista.

II. DE OTRAS CONSIDERACIONES CON RELACIÓN A SU NATURALEZA CONSTRUCTIVA BASADA EN CONCEPTOS BASTANTE DISCUTIBLES E INACABADOS

El legislador buscó relacionar abuso de autoridad con abuso de atribución. Guarda coherencia porque hay funciones genéricas y funciones específicas. El pragmatismo es evidente porque todo funcionario público tiene función, pero no la misma atribución. No obstante, puede abusar tanto de sus funciones generales como de sus atribuciones específicas. Es posible que el agente cometa delito de abuso de autoridad sea en lo genérico como en lo específico. Debe haber una relación pautada entre los conceptos de autoridad, funcionario público, atribución y funciones. Una autoridad o funcionario público tiene funciones generales de autoridad y funciones específicas de atribución.

Entonces, el razonamiento teórico y aplicación práctica, entre uso y abuso de función y/o atribución cobra mayor relevancia. Es evidente lo racional del constructo del tipo penal más específico. Eso obliga a establecer parámetros limitativos entre uso de función y/o atribución adecuado a derecho de aquel otro acto público (abuso de función y/o atribución) como negación del primero. Cuestiones que en una figura indeterminada, residual y genérica no resulta sencillo establecer dichos parámetros, a favor de la libertad y las garantías constitucionales. El primer nivel indicativo o indiciario de abuso de autoridad es el abuso de funciones y/o atribuciones, pero no lo es todo, además requiere para su configuración de otros elementos normativos contenidos en la norma penal.

Queda claro que el abuso es extralimitación del uso y, por consiguiente, su negación. Ambos conceptos se excluyen (uso-abuso). Toda autoridad o funcionario público desde que asume el cargo, tiene la facultad y responsabilidad de hacer uso de sus funciones y/o atribuciones bajo parámetros pautados de reglas y observaciones contenidos en normas generales o específicas (justas o injustas). Tiene obligación imperativa de cumplir y hacer cumplir la ley. Excepto el caso del juez que, percibe una evidencia inconstitucionalidad de la norma, puede hacer uso de su facultad discrecional[6] (control difuso) y no aplicarla. No puede extralimitarse porque toda extralimitación ya tiene un contenido real de arbitrariedad como negación de legalidad[7]. Por lo tanto, lo que acabamos de decir nos permite establecer un primer referente primario: No hay acto arbitrario si el uso de atribuciones es

(6) Cuando por excepción se establece la discrecionalidad en el ejercicio de potestad pública lleva implícita un marco de libertad relativa para decidir antes deficiencia, vacíos, insuficiencias de reglas pautadas. Frente a estos supuestos de hechos que requieren pronta solución, se hacen uso de estas atribuciones fundadas en referentes de legalidad. El ejercicio pautado importa que la discrecionalidad no pueda colisionar con el derecho por ser limitativa. La facultad discrecional otorgada debe ejercerse dentro del marco de la ley, no es un criterio personal y subjetivo. Por lo tanto, nada se sustrae a la legalidad. No se puede abusar de atribuciones para perpetrar actos arbitrarios que pervierten la finalidad establecida por la legalidad sea por actos materiales de órdenes o ejecuciones que impliquen infracción del procedimiento conforme el cual se ejerce la competencia atribuida.

(7) Todo acto administrativo, en su carácter extensivo o restrictivo, es manifestación de voluntad, unilateral o colegiada que expresan decisiones de autoridad competente en el ejercicio de potestad pública. Todo se ejerce en un contexto pautado de reglas y observaciones normativas. En una sociedad de democracia social moderna se gobierna, administra y se toma decisiones fundada en las relaciones del derecho y no fundadas en las relaciones del poder material. La supremacía de la ley es evidente; todo se gobierna, administra o se decide con arreglo a derecho. No se concibe una actuación de potestad pública fuera o por encima de la ley.

adecuado a derecho o dicho de otra manera todo acto arbitrario lo es por ser antijurídico y carecer de legitimidad.

En suma, el uso de atribuciones es pautado, no se determina por el estado de **ánimo** de la autoridad o funcionario público, simpatías o antipatías con el administrado o de cualquier otra naturaleza afín a ella. Sin embargo, en casos concretos, hace falta establecer otros referentes, primarios, adicionales como: racionalidad y proporcionalidad del uso de estas funciones y/o atribuciones (sea ordenando o ejecutando).

Por otro lado, una norma puede no ser justa, pero ser legal. En al **ámbito** legislativo de creación de normas puede no ser proporcionado, pero se ubica en el **ámbito** de legalidad. Entonces, no se concibe la desproporcionalidad del accionar del funcionario público como acto arbitrario si esta es pautada o reglada[8]. El fin que nos proponemos no es justificar la norma injusta en cuanto contenido y de procedimiento porque todo funcionario público desde que asume el cargo, lo hacen en un contexto de pautas, reglas y observaciones expresadas en normas generales o específicas (justas o injustas).En tal contexto se trata del uso de atribuciones determinadas por ley y no creadas por **él.** En tal sentido, las normas que conceden estas atribuciones pueden ser injustas, pero se cumplen mientras estén vigentes. En el mundo de la legalidad si la norma no tiene un contenido o procedimiento desproporcionado; entonces, el agente en el uso de estas atribuciones no puede agregarle desproporcionalidad. Es antijurídica e ilegal; la arbitrariedad como libertad mal orientada[9]. En tal contexto la desproporción constituye otro referente prevalente del acto arbitrario.

La simple existencia de conductas de variabilidad individual fuera de la normativa o abusando de ella es incompatible con la legalidad. Todo es pautado, reglado u observado. Es lo que concierne a todo funcionario público que se desenvuelve en un contexto de pautas y

(8) "No habrá arbitrariedad, si la propia ley ampara las decisiones del funcionario". Conforme afirma ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Palestra Editores. Lima, 2011, p. 187. En efecto, puede existir reglas desproporcionadas para el caso concreto dependiendo del ángulo que se mire. Para el funcionario no le queda otra opción que cumplirla, para otros puede hacer uso del control difuso o discrecional. Para los efectos penales lo arbitrario es la negación o recusación del derecho como legalidad.

(9) Un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines propuestos por la norma que bien puede ser el interés público; en cambio, el acto arbitrario se aparta de esta finalidad a que el acto emitido o ejecutado debe responder. Es en ese sentido que la arbitrariedad es una libertad mal orientada.

observaciones regladas de funciones generales y atribuciones específicas; excepcionalmente, las atribuciones específicas de militares y policías están en función del cargo y no al grado. No obstante, independientemente del cargo bien puede ordenar (como función general) la detención de una persona cuando es descubierto en flagrante delito; este ejercicio de ordenar o ejecutar se ubica en el **ámbito** de la legalidad solo si se ejecuta con proporcionalidad y racionalidad en cada caso concreto(10).

En este estado de reflexión teorética el principio de legalidad y legitimidad del accionar de la autoridad o funcionario público es un tema importante. No toda aquella atribución que pueda tener origen legal adquiere legitimidad. Esta puede perderse por accionar desproporcionado del funcionario e incurrir en abuso de autoridad. Caso del policía que contando con orden debidamente motivada por un juez penal interviene a un requisitoriado, quien no ofrece resistencia alguna, colocándole marrocas y maltratándolo física y moralmente. Este accionar desproporcionado o utilización indebida de la fuerza constituye una evidente acción arbitraria. La detención tuvo origen legal, pero perdió legitimidad por el accionar abusivo, desproporcionado del agente policial(11).

Norma, proporcionalidad y legitimidad tres referentes indicativos materiales que diferencia uso y abuso de atribuciones. El abuso es la negación del uso establecida por la norma que puede perder legitimidad por accionar desproporcionado del agente. Por eso cuando se habla de abuso de autoridad implica toda forma de extralimitación o mal uso del poder de decisión dentro del **ámbito** de su competencia. El poder es material, coercitivo y determinativo dentro de su competencia. Si el funcionario ejerce este poder fuera de su competencia incurre en usurpación de funciones.

(10) "La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidas por un sistema de legalidad cerrado". SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1971 p. 5.

(11) En este caso, se cumplió la orden del juez, pero debe procesarse al policial por abuso de autoridad al haberse extralimitado en sus atribuciones. Si no hubo resistencia, su accionar es desproporcionado y, por lo tanto, antijurídico. "En este Estado, imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Más exactamente: las leyes no imperan se limita a regir como normas. Ya no hay poder soberano ni mero poder. Quien ejerce uno y otro, actúa sobre la base de una ley o en nombre de la ley. Se limita hacer valer en forma competente una norma vigente". Ibídem, p. 4.

En suma, el delito de abuso de función y/o atribuciones solo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia; no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de atribución no, de usurpación. Se expresa como acto arbitrario porque todo abuso es antijurídico, se salta la norma; no es adecuada a derecho y lleva implícita un perjuicio a terceros. El acto arbitrario se expresa como abuso que carece de juridicidad como consecuencia de la desnaturalización de la norma.

Asimismo, el abuso escapa a lo reglado y es antijurídico. Se puede cometer abuso de autoridad por abuso de atribuciones contra los particulares (personas naturales o jurídicas), contra el Estado o ambas al mismo tiempo, porque el acto arbitrario sea ordenando o ejecutando siempre genera perjuicio moral u económico en su acepción más amplia.

Un dato adicional a tomar en consideración que la razón de creación del tipo en cuestión tuvo una connotación complementaria, genérica y subsidiaria; pero a través de la evolución legislativa fue perdiendo esta naturaleza. Se creó genérico, pero evolucionó hacia lo específico. La norma penal creación del hombre y para el hombre sufre los embates de los nuevos creadores de derecho en pro de la dignidad y pro de la libertad del individuo.

III. BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TIPO PENAL PARA COMPRENDER SU DESARROLLO ACTUAL

Con un propósito distinto el Código Penal peruano de 1863 criminalizó diversos supuestos vinculados al ejercicio de la función pública, bajo el rubro de abuso de autoridad. El artículo 168 reunía 18 supuestos de conductas susceptibles de ser consideradas expresiones materiales de abuso de autoridad. El legislador de entonces cuidó de no especificarlas recurriendo para tal efecto a la casuística como técnica legislativa. No tuvo origen genérico, innominado tampoco subsidiario sino específico. A posteriori, importando disposiciones e ideas contenidas en códigos foráneos sin análisis y discusión alguna se aprueba un nuevo texto en el Código Penal de 1924[12]. En ella, se da una

(12) "En algunos casos, asimiló una idea para plasmar una norma legal sin precedentes nacionales o para modificar una vigente". "En el Parlamento se aprobó, en bloque y sin discutir el texto mismo, al proyecto

orientación complementaria a supuestos innominativo contenidos en el artículo 337 del Código Penal de 1924.

Entonces, toma como modelo al Código Penal italiano de 1889, conocido como Código Penal de Zanardelli, artículo 175 que establecía lo siguiente: "Al funcionario que abusando de su cargo **ordene o cometa** contra los derechos de otros cualquier **acto arbitrario no previsto como infracción de una disposición especial de la Ley**; o que excite a alguien a infringir las leyes o las disposiciones de la autoridad". Se conocía las dificultades de está pésima técnica legislativa que el propio legislador italiano corrigió oportunamente. Por el lado peruano nada de eso importó, bastaba copiar en la creencia que todo lo foráneo es bueno(13).

Siguiendo este modelo el legislador peruano adoptó un doble criterio de criminalización. Tipificó como delito de abuso de autoridad nominativa (artículos.338 a 342) y, de otro lado, incorporó el abuso de autoridad innominado (artículo.337)(14) como tipo penal subsidiario(15). Este carácter subsidiario lo expresó el legislador (importando la idea foránea) de manera expresa en la norma por razones de política criminal del italiano. Se dice que el legislador peruano, buscó llenar algunos vacíos de la ley sancionando abusos de poder no clasificados de manera expresa e inequívoca en el Código Penal(16). De haber existido debate es probable que se hubiera establecido ¿hasta qué puntos estos "propósitos" guardaban coherencia con el principio de la legalidad o determinación? Pero nada de eso sucedió.

definitivo". En: HURTADO POZO, José. *La Ley Importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú.* CEDYS, Lima, 1979, p. 58. Prosaicas formas que aún subsisten.

(13) Práctica bastante usual en el legislador peruano henchido de inflación legislativa de orden penal. Buena parte de la doctrina nacional, hace lo suyo; poco creativo.

(14) **Código Penal derogado de 1924.**
Artículo 337.-
"El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación , conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena".

(15) No es cierto que el legislador creó este tipo penal, importó y copió mal. De manera que la razón de su creación por parte de los italianos del tipo en cuestión, como norma de complementación, no es propia. Como sostiene Hurtado Pozo, se importó, no se discutió.

(16) Ninguna prueba documentaria indica que esto fue así. "No se dieron discusiones públicas en torno al proyecto, aun cuando fue publicado en un diario de gran circulación como la prensa. La comisión redactora no dejó actas de los debates que sostuvieron sus miembros". HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 58

Al configurar, el artículo 376 del nuevo Código Penal de 1991; el legislador, siguió bajo la misma sombra del Código Zanardelli de 1889, utilizando erróneamente dos verbos rectores: ordenar y cometer[17]; no tomó en cuenta las dificultades de interpretación relativo a la tentativa o naturaleza jurídica del tipo penal. Determinar, por los verbos rectores, si es un delito de mera actividad o de resultado no fue una cuestión resuelta en su momento. Llama la atención que no se importara lo resuelto por el legislador italiano que suprimió el verbo rector ordenar[18] del artículo 323 del Código Penal de Rocco de 1930 El legislador nacional no ha tomado en cuenta dicha reforma persistiendo estas dificultades. Así el legislador italiano optaba considerar que se trataba de un delito de comisión; Por lo tanto, de resultado.

Con todo lo importado el código derogado de 1924 hacía referencia expresa a un acto arbitrario no clasificado en la ley penal, señalando normativa el carácter subsidiario del tipo. Lo cual, evolucionó a formas menos genéricas e indeterminada. Tenía razón el maestro Gustavo Cornejo, cuando sostenía: "se obra abusando de la función pública cuando se ordena u ejecuta un acto arbitrario, un acto ilegítimo o no justificado. La sola condición es que el acto no constituya un delito calificado expresamente por la ley. Vale decir, que no puede insumirse en otro tipo legal"[19] para su tiempo, dado el constructo del tipo,

Hubo reformas de reformas; cambios de cambios, en denominación de este injusto. Los nuevos constructos del tipo penal incluyeron supresión del vocablo "funciones" por "atribuciones"; permitiendo mejor interpretación real de lo que se desea reprimir. Posteriormente se suprimió el vocablo "cualquiera" posterior a la expresión acto arbitrario siendo la más importante porque cambia de alguna manera la naturaleza jurídica del tipo. No todo está dicho de la mejor manera, pero tampoco, constituye, lo denominado plenos jurisdiccionales, la solución a las cuestiones planteada. Esta fuente informal no es ni puede ser determinante porque no siempre respeta el principio básico

(17) El orden de los verbos rectores no guarda secuencia lógica.

(18) Código Penal de Rocco de 1930.
Art. 323.
"El oficial público que, abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete para irrogar a otro daño o procurarle una ventaja, cualquier hecho no previsto como delito por una particular disposición de ley, es castigado con la reclusión hasta de dos años o con la multa de quinientos a diez mil liras".

(19) CORNEJO, Gustavo. *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Editorial Librería Peruana, Lima, 1938, p. 109.

de interpretación de la norma penal para favorecer al procesado y no perjudicarlo. En un Derecho Penal constitucionalizado se busca que los operadores del Derecho Penal recusen toda interpretación textualista o exegética de la norma penal, por otra de conformidad con la Constitución en cuanto valores, principios y preceptos constitucionales. Esta norma-principio, hace de un juez penal, protagonista y comprometido con la protección de los derechos fundamentales (defensa y observancia). Estas fuentes de interpretación reconducen el accionar del juzgador a una interpretación *pro homine* o *pro libertatis*; es decir, del modo más favorable y racional a la persona humana. Finalmente, la verdad procesal en términos conceptuales o de aplicación pragmática no se reduce a plenos jurisdiccional ni jurisprudencial. Estos no pueden gobernar sino reinar[20]. De otro modo se castrarían la argumentación racional, la creación de dar contenido material a los conceptos del tipo penal en cuestión acorde con los principios, valores y preceptos constitucionales.

IV. DE ALGUNAS IMPRECISIONES DEL TIPO PENAL QUE DESCRIBE LOS SUPUESTOS PROHIBIDOS

Lo híbrido del constructo del tipo penal dificulta el contenido material del concepto acto arbitrario. El concepto ha evolucionado de un sentido o significancia amplia (acto arbitrario cualquiera) a otro de naturaleza restringida (simplemente acto arbitrario); constituye un avance. Aun este contenido material restringido de este concepto, debe interpretarse bajo parámetros de reglas de racionalidad fundada en principios, valores y preceptos constitucionales. No obstante, se hace necesario su desarrollo en este nuevo contexto legislativo.

Lo híbrido está determinado por verbos rectores de poca consistencia lógica y secuencial, que se expresan, en los vocablos: ejecutar y ordenar un acto arbitrario seguida de la frase: "que cause perjuicio a

(20) El lado negativo de los Plenos Jurisdiccionales, orientados a unificar criterios en asuntos puestos a su consideración, incentiva en los jueces penales una suerte de pereza mental o fórmula simplista para emitir sentencia sin mayor esfuerzo de rigor en los argumentos siguiendo dictados de estos acuerdos en plenos; generalmente no respetan en cuanto a interpretación (extensiva, restrictiva, ontológica, etc.) la regla esencial de favorecer al reo sino perjudicarlo. Casi no se conoce sentencias que se alejen de estos criterios como si la conducta criminal pueda reducirse a cuestiones matemáticas. Llegará un día por esta vía que se llegue a extremos de proclamar: todo está acordado, todo está resuelto. Entonces los jueces tienen que priorizar el conocimiento de los acuerdos de plenos más allá de lo que prescribe el Código Penal.

alguien"[21]. El agente puede ejecutar u ordenar un acto arbitrario, pero sí no causa perjuicio, deviene atípica. Entonces, no basta el acto arbitrario abusando de sus atribuciones, sino también se requiere para su configuración, el resultado perjuicio. El texto parece admitir muchos significados y, ello dificultad establecer su contenido material. Pues, los verbos rectores determinan la característica de la naturaleza jurídica del injusto, **como delito de resultado o de mera actividad,** porque describe, de mejor manera, la acción material del agente.

Queda claro en relación con el verbo rector: "ejecutar"; no sucede lo propio con el verbo rector: "ordenar". Indicativo, aparente, de un tipo de mera actividad que no requiere para su configuración de un resultado concreto. ¿Cómo conciliar este último verbo rector con el perjuicio para evitar que un hecho de tal naturaleza quede impune?

Existen varias hipótesis a plantear: El acto de ordenar un acto arbitrario no ejecutado no implica perjuicio directo al particular, pero sí al Estado; entonces se lesiona el bien jurídico especifico protegido por la norma penal: entendida como ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad. La otra hipótesis: No hubo perjuicio, pero se puso en peligro (concreto o abstracto) el bien jurídico tutelado lo cual justifica un merecimiento de pena.

Pero esta situación no resuelve la naturaleza híbrida de esta figura penal: no hay configuración de tipo sin perjuicio[22]. El legislador no ha empleado la frase: "que pudiera causar perjuicio a alguien" que sí indicaría un delito de peligro; no de resultado. Sucede que la expresión "que cause perjuicio a alguien "evidencia con meridiana claridad que se trata de un tipo penal de resultado. No hay perjuicio no hay tipo. ¿Cómo relacionar el verbo rector "ordenar" con la expresión aludida? Tómese en consideración que el agente activo solo puede ser la autoridad o funcionario público no el servidor público; por ejemplo, el funcionario ordena un acto arbitrario que sabe que va a generar perjuicio tanto al particular como al Estado; sin embargo, el servidor público (no sujeto activo del tipo en cuestión) decide no eje-

(21) ¿Puede alguien ejecutar sin antes ordenar? Es indicativo de lo poco consistente de esta técnica legislativa del uso de los verbos rectores de manera incorrecta. Algo que los legisladores italianos superaron.

(22) Estas dificultades fueron resueltas en su tiempo por el legislador italiano suprimiendo en el artículo 323 del Código de Rocco de 1930 el verbo rector ordenar.

cutarlo. La acción material del agente se concretizó (ordenó) pero no hubo perjuicio directo al particular (por omisión del otro agente ejecutor) pero es evidente el perjuicio al Estado quien se constituye como agente pasivo del hecho punible.

Por técnica legislativa, el buen legislador emplea verbos rectores en la configuración del tipo para indicar la acción material del agente. Facilita su interpretación, pero se complican cuando siendo sustancialmente diferentes estas no caracterizan, adecuadamente, la naturaleza constitutiva de los supuestos prohibidos o exigidos. El tipo penal en comentario contempla supuestos que participan del acto arbitrario al mismo tiempo tanto el agente que ordena como el otro que ejecuta o del modo unilateral del agente que ordena un acto arbitrario que el otro agente no cumple por considerar arbitraria. Son estas y otras las incongruencias y/o dificultades que surgen en la aplicación fáctica.

Otra imprecisión se determinar cuando el legislador emplea en la configuración del tipo la frase: "comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien" siendo que bien jurídico tutelado por la norma penal es el correcto ejercicio de las atribuciones del funcionario público aparentemente el perjuicio es para el Estado; tal como lo ha entendido uniformemente la jurisprudencial nacional. Si, per se, todo acto arbitrario es perjudicial para el Estado no entendemos por qué utilizar la frase: "que cause perjuicio a alguien" relacionado, aparentemente, al particular afectado (persona natural o jurídica), cuando toda afectación por acto arbitrario al particular necesariamente afecta; también, al Estado. Por lo tanto, bastaba solo señalar: "que cause perjuicio". Salvo, claro está, que dicho acto arbitrario cause perjuicio al Estado y no al particular o, afecte al particular y no al Estado. Hipótesis difícil de sostener en la medida en que el sujeto pasivo es siempre el Estado.

El supuesto prohibido indica que el acto arbitrario tiene como objeto fundamental el perjuicio al particular, pero, también al Estado. ¿De qué manera se perjudica al particular y de qué manera al Estado? Aquello se determina en cada caso concreto; resultando irrelevante establecer generalidades. Las afectaciones al particular tienen una connotación muy amplia y en relación al Estado restringida. En todo caso, se afectan bienes protegidos tanto del particular como del Estado. Téngase en consideración que entre la protección de los intereses

del particular y del Estado prevalece este último como bien jurídico específico tutelado, entendida como el correcto y adecuado ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos dentro de la legalidad administrativa.

¿Qué acto arbitrario no es perjudicial para la Administración Pública? Toda acción que importe un ejercicio abusivo de sus atribuciones perturba el orden regular de la administración. Abusar de atribuciones per se es consustancial al acto arbitrario. El perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al particular, sea al Estado o ambos al mismo tiempo. La cuestión se reduce a determinar el tipo de perjuicio al particular porque en relación al Estado es evidente. En tal sentido deviene tautológico emplear la expresión "en perjuicio de alguien".

La estructura de todo nuestro ordenamiento penal se basa en la responsabilidad individual y no colectiva; en tal sentido, se hace necesario establecer ¿cuál es la responsabilidad del servidor público que ejecuta la orden del funcionario público? Si el sujeto activo del tipo penal en cuestión es solo el funcionario público[23]; no así el servidor público o el particular. Entonces, la intervención de estos últimos debe ser resuelta con otras categorías de participación en la configuración del hecho punible (cómplice primario, secundario o instigador) Resulta que quienes ejecutan, usualmente, son servidores y no funcionarios públicos (estos últimos ordenan; excepcionalmente es posible que otro funcionario ejecute un acto arbitrario). Por la forma del constructo del tipo penal (híbrido) era posible considerar, normativamente, como sujetos activos tanto al funcionario como al servidor público facilitando,

(23) Los artículos 39 al 42 de la Constitución hacen referencia expresa del funcionario público parificado al concepto de servidor y trabajador público. Lo cual dificulta la interpretación del funcionario del servidor público a los efectos penales, tratándose de un Derecho Penal constitucionalizado donde toda norma penal se interpreta de acuerdo con los valores, principio y preceptos constitucionales. Claro se ha optado por una definición de funcionario público como concepto normativo en el ámbito penal. En tal sentido no se han fijado parámetros normativos para diferenciar entre funcionario y servidor público, manteniéndose pautas dispares y contradictorias vía interpretación de estos conceptos. Lo es tanto así, que el Acuerdo Plenario N° 4/97, "Funcionario y servidor público" –única disposición adoptada con el resultado de una votación de 31 votos contra 23"– evidencia lo contradictorio y complicado del tema. Por otro lado, el Pleno del Congreso de la República aprobó el Proyecto de Ley N° 1978 por el que se propone modificar el artículo 425 del Código Penal en relación al concepto de funcionario o servidor público a los efectos penales con lo cual se considera a una persona como tal desde el momento de su proclamación o nominación a efectos de ser pasible de sanciones penales. Del mismo modo, la norma también extiende la calidad de funcionarios públicos a aquellos servidores que laboran en las empresas públicas y en las empresas del Estado en vista que actualmente hay una jurisprudencia no uniforme.

en mejor manera, la aplicación de la norma penal[24]. El Acuerdo Plenario N° 4/97 Funcionarios y Servidores Públicos Único: La prohibición contenida en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo y provisional. Lo cual dificultad la interpretación porque permite otras lecturas como contrario sensu, como aquella que, tratándose trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta es de aplicación en el ámbito penal[25].

Abusar de las atribuciones concedidas por ley, per se, es repulsivo. Lo es por la sencilla razón que en un Estado Constitucional de Derecho imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Las leyes imperan porque se limitan a regir como normas. Quien ejerce una atribución reglada actúa sobre la base de una norma o en nombre de la ley; se limita hacer valer en forma adecuada una norma vigente. En tal sentido, en la mera existencia de una autoridad va implícita una decisión y la decisión tiene valor en sí misma por la ley, no por encima o fuera de ella. Por eso importa más decidir, pero no de cualquier modo sino de la forma como manda la ley fundada en la racionalidad y la equidad. No hay autoridad sin poder. Desde luego que el poder se descubre en un accionar dentro de una situación normal o en una situación excepcional, según quien conserve la capacidad de decisión de acuerdo con

(24) El Tribunal Constitucional peruano en el caso N° 008-2005-PI/TC en sus fundamentos 15 y 15 de la sentencia estableció tímida una diferencia entre funcionario y servidor público: el artículo 41 establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.
El precitado artículo 41 de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume este, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; asimismo, la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado. Fundamento N° 16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

(25) Artículo 40 de la Constitución Política del Estado
"La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.
No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

sus atribuciones de ley. Todos los conceptos sobresalientes del poder de la autoridad son conceptos teológicos secularizados.

No ajeno a la complejidad de la conducta humana se hace muy difícil hallar una respuesta única o absoluta frente a la interrogante de los móviles que impulsan al agente abusar de su poder material. Puede explicarse por móviles que van desde la venganza, la antipatía, la errónea apreciación que las atribuciones le son conferidas en propiedad o que de ellas se puede hacer uso como mejor convenga.

V. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIPO PENAL EN CUESTIÓN

La doctrina nacional de manera casi unánime considera que el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal es innominado, genérico y subsidiario. El profesor Fidel Rojas Vargas"[26] parece colegir que la frase **cualquiera** identifica esta generalidad. Sin embargo, al haberse suprimido este vocablo, desaparece esta determinación, lo cual hace del tipo algo más específico que genérico. Ha sido, pues, esta última modificación, lo cual da mayores luces de la nueva orientación estructural del tipo penal, de lo más genérico a lo más específico.

Claro está, que todo antecedente de esta figura penal determinaba de manera expresa este constructo de generalidad. Así el Código Penal italiano; artículo 175 lo establecía taxativamente: "El funcionario que abusando del cargo ordena o comete contra los derechos de **otros cualquier acto arbitrario no previsto, como infracción en una disposición especial de la ley**", de manera que lo genérico y subsidiario estuvo determinado de manera expresa por la propia norma; no surge de una interpretación doctrinaria. Similar es el caso del artículo 337 del Código Penal peruano derogado de 1924 que, también, prescribía: "El funcionario público que abusando de sus funciones ordenará o cometiere en perjuicio de otro **un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal,** será reprimido"[27]; evidencian en

(26) Fidel Rojas Vargas sostiene: "Al haberse empleado la frase un acto arbitrario cualquiera, se ha querido comprender un sinnúmero de comportamientos delictivos imputados a un funcionario público que comporte perjuicio de tercero y presencia de arbitrariedad". En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 128).

(27) Otro referente importante, que confirma nuestro aserto, en el constructo de tipos penal lo constituye el Código Penal de Venezuela. El artículo 204 prescribe: "Todo funcionario público que, abusando de sus funciones, ordene o ejecute, en daño de una persona, cualquier acto arbitrario que no esté

ambas fuentes que, la propia norma establecía, de manera expresa e inequívoca, esta generalidad y subsidiaridad. A diferencia de la última modificación del artículo 376 del Código Penal vigente no indica tal determinación. El tipo ha sufrido variaciones en su estructura típica y en su penalidad. Por lo tanto, es posible una lectura diferente a partir de este nuevo constructo del tipo.

También se ha sostenido que la regla de subsidiaridad se colige de su estructura normativa. En efecto, así lo determinaba expresamente la norma. Lo cual no sucede actualmente. Al establecer como núcleo de la acción material del agente expresado en acto arbitrario a secas (entiéndase como abuso de atribución) restringe sus alcances indicando una acción más específica y determinada, no indicativa de subsidiaridad. El núcleo material del acto doloso expresa una extralimitación o abuso de atribuciones como acto arbitrario. Abuso y acto arbitrario son consustanciales, no se concibe una sin la otra. Donde hay abuso hay arbitrariedad; puede no afectarse al particular, pero, siempre se afectará al Estado[28]. Siendo el Estado el sujeto pasivo del tipo, nos relevan de mayores comentarios.

La estructura típica ha variado, para dejar ser un acto arbitrario cualquiera a un acto arbitrario a secas. En estas condiciones este tipo de abuso de autoridad activa ya no cumple una función político-criminal complementario. **Dejó de ser abierto en la medida en que concurre un acto arbitrario determinado (restringido) lo cual hace de este un injusto independiente con contenido propio.** Contenido propio porque

especialmente previsto como delito o falta por una disposición de la ley, será castigado con prisión de quince días a un año, y si obra por in interés privado, la pena se aumentará en una sexta parte. Con la misma pena se castigará al funcionario público que, en ejercicio de sus funciones excite a algunas personas a desobedecer las leyes o las medidas tomadas por la autoridad". Ajeno a toda discusión sobre falencia de una correcta técnica legislativa lo real es que, la propia norma penal, de manera expresa e inequívoca, determina su naturaleza jurídica (genérica y subsidiaria). Del mismo modo, tratándose de la legislación colombiana. El Código Penal Colombiano (Ley 599 del 24 de julio del 2001), en su artículo 416, tipifica bajo el título "Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto", el comportamiento del servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conducta punible, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, comete acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

(28) El bien jurídico específico tutelado por la norma penal es el ejercicio regular o correcto de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa. Tratándose de un delito de resultado en relación al verbo ejecutar, a nadie se le ocurre pensar que abusar de atribuciones no constituye una afectación al bien jurídico tutelado como ejercicio regular de las atribuciones. El abusar no constituye un ejercicio regular sino de negación o afectación de la legalidad administrativa que la sustenta.

el supuesto prohibido está referido a toda forma de extralimitación o mal uso de atribuciones dentro del ámbito de su competencia. El delito de función o abuso de atribuciones solo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia; no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de función o atribución no, de usurpación. Es otro indicativo se tener un contenido propio que lo diferencia de otras figuras dentro del contexto general de abuso de autoridad. Ninguna de las otras modalidades de abuso de autoridad tipificado en los artículos 377 al 381 son figuras penales que implican conductas de extralimitación de atribuciones activa.

Donde hay un abuso de función o atribución hay un acto arbitrario; sea ordenando o ejecutando. Entonces, sería mucho más apropiado denominar al tipo: "Delito de Función o Abuso de Atribución Pública" en lugar de abuso de autoridad. No existe un acto arbitrario sin abuso de función o atribución (el perjuicio es implícita al abuso) que se constituye como un medio-fin. Por lo tanto, abuso de función o atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente. El constructo híbrido de esta figura penal admite dos tipos de configuración; de mera actividad en relación al verbo rector "ordenar" y de resultado con relación al verbo "ejecutar". En ambos casos se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En tal sentido, si es un medio-fin, entonces, no puede constituir un tipo remanente aplicable solo cuando el abuso no es el medio de comisión de otros delitos como sugiere cierto sector de la doctrina nacional. Normativamente no se comete el delito de peculado, cohecho, etc. abusando de atribuciones; porque el abuso no es una atribución o facultad. No es atribución pecular, cohechar, dicha afirmación deviene tautológica. Grave error sostener que con la nueva estructura tipifica, el abuso de autoridad es subsidiario de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública como lo sugiere Abanto Vásquez[29]. Nada de eso sucede estando por lo indicado.

Modernamente, la frase abuso de autoridad, normativamente, tiene una conceptualización cada vez más restringida que comprende supuestos de acción como omisiones comprendidos en los artículos 376

(29) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 192.

al 381 del Código Penal; esa conceptualización general se restringe con mayor intensidad en el abuso de funciones o atribuciones (modalidad específica de abuso de autoridad) por ser actival, de contenido propio y de un supuesto prohibido determinado.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación genérica y subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable ni congruente hablar de tipo penal abierto, genérico e indeterminado que supuestamente sigue caracterizando al artículo 376 del Código Penal. No, al menos con la supresión del vocablo "cualquiera". Con los extremismos extensivos ni restrictivos se pueden garantizar el correcto desempeño de los funcionarios públicos, tampoco, garantizar al ciudadano sus derechos frente al abuso de poder.

El nuevo texto parece evolucionar de uno genérico a uno cada vez más específico. El viejo Código Penal peruano de 1863 no era genérico sino específico con características casuísticas. Al haber eliminado la palabra: un perjuicio cualquiera por un perjuicio, parece indicar una interpretación más restrictiva que extensiva; de manera que reduce su carácter genérico por una más específica. Esto es posible en la medida en que el contenido material del concepto de abuso de autoridad lo constituye todo abuso de atribución.

Por lo que se refiere al mundo normativo, podemos, al menos, llegar a exponer: sospechamos que el acto arbitrario está determinado por el abuso de funciones o atribuciones que no es un mecanismo o medio, sino el acto arbitrio en sí (per se) de manera que podamos entender que todo acto arbitrario es abuso de funciones o atribuciones, también de poder que lesionan intereses plurales (Estado-privado al mismo tiempo) o individuales (Estado).

No se concibe abuso de autoridad en su versión acto arbitrario sin perjuicio económico, moral o material. Todo se explica por el perjuicio que generan estas conductas arbitrarias por abuso de poder o atribución al Estado o al particular (persona natural o jurídica). Esto conlleva, necesariamente, una lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal: El ejercicio regular de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa (bien jurídico específico).

Con las singularidades establecidas el tipo solo admite acción material dolosa del agente; lo es propiamente de dolo directo. No admite culpa ni dolo eventual; en términos generales por lo híbrido del constructo es un tipo penal de resultado con relación al verbo rector, "ejecutar" y de mera actividad en relación al vocablo "ordenar". Para la configuración del tipo, en el primer caso, se requiere como resultado el perjuicio tanto para el particular como para el Estado al mismo tiempo. No puedo entender un perjuicio que recae sobre Estado sin afectar a un particular; no al menos en situaciones generales y por la forma como se encuentra redactada esta figura innovada por la última reforma del artículo 376 del Código Penal. Por lo tanto, la acción dolosa del agente perjudica tanto el interés del Estado como el interés del particular. Esa es la regla general, pero en situaciones de excepcionalidad extrema como una tentativa acabada o inacabada esta regla se relativiza; no opera porque se pretendió perjudicar el interés del particular, pero de todos modos se afectó el interés del Estado. Por lo tanto, aun en esta situación el resultado perjuicio para el Estado también configura el tipo. De esta manera sintetizo el eje central que se desprende del texto normativo en cuestión. Desde luego que el interés preponderante de protección le corresponderá al Estado como bien jurídico tutelado por la norma penal.

Cuando el texto se expresa como sigue: "El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien" nos trae a colocación varios conceptos que se utilizan aparentemente como sinónimos en materia penal. Veamos: se sintetiza esta figura como abuso de autoridad, pero emplea el vocablo "atribución", la doctrina agrega poder, autoridad y decisión. Obviamente que se relacionan estos conceptos propios del Estado histórico-genealógicos por la estructura sistemática que comparten. Los nexos entre estos conceptos se evidencian política y ontológicamente. No hay atribución de autoridad sin poder y esta se expresa en la decisión correcta tomada por el funcionario público en situaciones de relativa normalidad y excepcionalidad.

El acto arbitrario no puede ser un concepto tan abierto y maleable que, puede decirse, no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento. Se tiene que limitar sus alcances. Por naturaleza constitutiva el funcionario público correcto usa y no abusa de sus atribuciones, tampoco de su poder

material del que goza. No obstante, un poder sin control abriga la posibilidad real del abuso; de allí la necesidad de limitar y controlar el poder sancionando todo abuso determinado.

Si entendemos que el acto arbitrario es abuso de atribución o de poder nos acercamos a algo más específico que genérico. El acto material de los verbos rectores: ordenar o ejecutar un acto arbitrario equivale a abuso y se abusa de las atribuciones y del poder. Desde luego, tiene que ameritarse casos concretos como el de los policías y militares que pueden ser sujetos activos del tipo penal en cuestión en consideración al cargo y al grado. Por el cargo, en la medida en que sus atribuciones son específicas y en relación al grado por sus funciones generales en ambos casos pueden abusar de estas atribuciones o del poder material del cual gozan.

A diferencia de otros funcionarios civiles en el cual solo opera las atribuciones específicas y generales en relación con el cargo. Las atribuciones específicas lo cumplen directamente o las funciones generales a través de los órganos de ejecución. En tal sentido, quien se vale solo de su condición de funcionario público sin tener atribuciones específicas para ordenar o ejecutar algo que sabe que no puede hacerlo porque compete estas atribuciones a otro funcionario no abusa de sus atribuciones (porque no la tiene) sino usurpa. El tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal está referido al abuso de atribuciones, no de usurpación de estas.

Entender el acto arbitrario como abuso de atribución o de poder constituiría la fuente más caudalosa del acto arbitrario que solo admitiría abuso de atribución o de poder, sean estas, generales o específicas determinado. La norma solo sanciona el abuso no el uso dentro de la legalidad administrativa. La idea de un acto arbitrario no puede ser extensiva sino restrictiva. El único sentido claro de la palabra: acto arbitrario es en oposición a lo regulado fijado o establecido por norma propia. Esta expresión no puede usarse en sentido amplio para que en ella pueda caber cualquier cosa.

La simple existencia de conductas de variabilidad individual fuera de la normativa o abuso de poder no es un tema sencillo ya resuelto. Es imperativo establecer cuándo se abusa de sus funciones o atribuciones y cuando actúa fundado en el abuso del poder de autoridad fuera de la legalidad administrativa.

Un argumento que da consistencia a la tesis que la legislación penal se orienta de uno genérico a uno más determinado se da cuando se sostiene que el abuso de autoridad puede cometerse por acción u omisión, pero, estas últimas tienen tipificación propia de manera que se sustraen de los supuestos contenidos en el artículo 376 del Código Penal para redefinirse en los contenidos de los artículos 377 y 378 del código sustancial penal. Es decir, las acciones dolosas de abuso de autoridad tienen tipificación propia determinada distinta del abuso de autoridad por omisión.

En efecto, toda conducta omisiva o exigida de relevancia penal encuentra tipificación propia prevista ya en los artículos 377 y 378 del Código Penal. De manera que la protección a que se refiere el artículo 376 del Código Penal no es propiamente subsidiaria. Si el contenido de toda acción dolosa tiene tipificación propia, tanto como lo omisivo doloso; entonces, qué vacíos legales queda por cubrir, si todo abuso de atribuciones o de poderes encuentra tipificación propia en el artículo 376 del Código Penal.

Giuseppe Maggiore, en su tiempo, sostenía que el "hecho abusivo o arbitrario es el viciado por abuso de poder, el acto ilegítimo y antijurídico. La arbitrariedad del acto debe establecerse según las normas del Derecho Público, que definen la esfera de competencia del funcionario público. Esta indagación debe hacerse en concreto y caso por caso; sería imprudente y falaz cualquier definición y limitación a priori"(30).

Apreciación que compartimos si lo determinamos por los referentes de abuso de atribución, razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad. Ya no estaríamos ante una imprecisión del tipo descrito en el artículo 376 del Código Penal que requiera ser a ser llenada interpretativamente por vía jurisprudencial, doctrinaria o acuerdos plenarios (de poca garantía para la libertad del individuo). Los referentes expuestos nos ayudarían fijar el campo exacto para la aplicación de la norma penal específica.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación por lo genérico y subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable

(30) MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte especial*, Vol. III, Temis, Bogotá, 1955, p. 210.

ni congruente hablar de tipo penal abierto, genérico e indeterminado que supuestamente sigue caracterizando al artículo 376 del Código Penal. No, al menos con la supresión del vocablo "cualquiera". Con los extremismos extensivos ni restrictivos se pueden garantizar el correcto desempeño de los funcionarios públicos, tampoco, garantizar al ciudadano sus derechos frente al abuso de poder.

Desde luego que, ninguna conducta arbitraria (entiéndase abuso de atribución o de poder) quedaría impune. El funcionario público tiene el deber, el derecho de hacer uso de sus atribuciones, pero ejercidas con razonabilidad, cordura, con criterio de equidad y justicia que guarda las formalidades; no fuera de ellas. El agente intolerante, abusivo y prepotente es un funcionario público impropio de las democracias sociales basadas en las relaciones del derecho y no del poder.

"Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la Administración Pública, y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente". (R. N. 2240-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de agosto de 2003) "Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar in fraudem legis del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal –afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado– y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia". (Exp. 20-2003-A.V., Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

VI. DE LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL TIPO PENAL: ABUSO DE AUTORIDAD

Partiendo de la naturaleza jurídica híbrida del nuevo constructo del tipo penal ya no contienen disposiciones acusadas que consagran

precisamente un tipo subsidiario cuando prescribían: "siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor" y "siempre que el hecho no constituya otro delito" que supeditaban la aplicación de estos tipos a hechos punibles de abuso de autoridad descritos que no tengan configuración específica en otro tipo penal o sancionados en otra disposición con pena mayor. En tal sentido, el tipo dejó de ser genérica, subsidiaria e indeterminado.

El tipo una tipicidad de función garantista suficiente porque está determinada de manera expresa e inequívoca el supuesto que ha sido considerado como infracción punible. Cumple con las exigencias que se desprende del principio de la legalidad y su expresión inmediata el principio de determinación que tiene su sustento constitucional en lo prescrito por el artículo 2, inciso 24 Literal d): "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Aun cuando el injusto emerge con una finalidad política criminal-complementaria; el nuevo constructo opta por una finalidad distinta. Nació subsidiaria, pero se convirtió específica. El viejo constructo del tipo coincidía en forma y contenido; el nuevo al variar su forma y su contenido, se constituye en otra finalidad.

El injusto se alejó de ser un tipo penal subsidiario; su ratio legis o la razón política criminal de su creación, antes, lo determinaba de esa manera. Por lo tanto, no es el reconocimiento de la doctrina lo que en definitiva determinaba su naturaleza subsidiaria[31] sino su propio constructo. Otros autores nacionales expresan otra percepción de la naturaleza del tipo en cuestión como lo expresa el destacado jurista peruano Juan Portocarrero: "El hecho de que la ley actual haya excluido la

(31) Código Penal peruano de 1924
Artículo 337.-
"El funcionario público que, abusando de sus funciones, ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por doble tiempo de la condena".
Nótese como el legislador nacional primigeniamente en la configuración del tipo descrito señaló normativa el carácter subsidiario del tipo al emplear la frase: "no clasificado especialmente en la ley penal"; esta declaración expresa del carácter subsidiario no ha sido tomado en cuenta por el legislador del Código Penal de 1991 ya que normativamente nuestra legislación vigente no expresa tal condición, pero no por ello se deja de reconocer la subsidiaridad del tipo.

referida expresión –no clasificada especialmente en la ley penal– no significa que ha variado su contenido, se trata de lo mismo, pues no se requiere de tal especificación para interpretar técnicamente que se refiere a conductas ajenas a las que ya tienen tipo"(32). Fidel Rojas Vargas para quien en el caso de este injusto penal "se trata de una figura subsidiaria implícita"(33). Otros autores peruanos como Manuel A. Abanto también comparten el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión. Frisancho Aparicio y Fernando Ángeles González siguiendo a Peña Ossa admiten tal caracterización. No se conoce autor nacional que sostenga lo contrario o dicho de otra manera que sostengan que el injusto penal no tiene la condición o característica de ser un tipo subsidiario; de manera que existe consenso relativo en establecer tal condición.

Las consecuencias que supuestamente podrían derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son:

a) La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipo penales funcionales de abuso (incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida del cargo.) dado que el carácter subsidiario del tipo (abuso de autoridad) es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos denominados principales por exclusión de lo secundario tiene un contenido actival que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría si en ambos tipos mantiene una misma raíz emergente.

b) Que, el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente; es decir carece de supuestos típicos propio suficientemente determinado. Lo expuesto indica todo lo contrario. El contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.

c) La subsidiaridad del tipo implica reconocer que de darse el concurso aparente de leyes este se resuelve por la regla de subsidiaridad de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que

(32) PORTOCARRERO HIDALGO; Juan. *Delitos contra la Administración Pública.* Portocarrero, Lima, 1996, p. 106.
(33) ROJAS VARGAS; Fidel. Ob. cit., p. 128.

la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial; entonces al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito(acto arbitrario, resultado, etc.).Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación. El hecho confirma todo lo contrario.

Se evidencia que el tipo penal de abuso de autoridad no operaría con carácter subsidiario (tipo residual) que abarcaría, supuestas conductas no comprendidas por otros tipos penales. Pues bien, sostener que lo que caracteriza la condición de la subsidiaridad lo determina la pena que en el tipo subsidiario es menor en relación al tipo penal principal no es verdad. Normativamente los otros tipos principales en términos generales tienen penas menores o similares al supuesto subsidiario. Ejemplo, el delito de abuso de atribuciones descrito en el artículo 376 del Código Penal sanciona el hecho con pena privativa de la libertad menor en relación a los tipos principales. Por ejemplo, el delito de abuso de autoridad por omisión, rehusamiento o retardo de función escrito en el artículo 377 del Código Penal establece una pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Dícese lo propio en relación al delito de abuso de autoridad por omisión injustificada de auxilio policial descrito en el artículo 378 que establece para el supuesto básico, una pena privativa de libertad no mayor de dos años y para el tipo agravado, una pena no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Asimismo, el artículo 379 (no mayor de tres años de pena privativa de libertad), artículo 380, 2° párrafo (se establece una pena privativa no mayor a tres años), etc. No es lógico ni determinante establecer la subsidiaridad a partir de la pena.

Un dato adicional al nuevo constructo del tipo en comentario; ya no es necesario dejar a discreción del juzgador determinar los supuestos prohibido porque es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; la creación de tipos penales es privativa del órgano legislativo a quien le compete crear los tipos de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política del Estado dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos; no establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna

manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es "crear" supuestos vía interpretación y, precisamente, el nuestro constructo del tipo penal se torna mucho más precisa y determinada.

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico. Al centro de todo tipo legal se encuentran los bienes jurídicos los que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas. En razón a que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, este tiene ese rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen un excelente medio de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la Parte especial de los códigos penales.

VII. DE SITUACIONES PROBABLES QUE PUEDAN PRESENTARSE EN LA APLICACIÓN DEL TIPO

En el *iter criminis* del injusto, abuso de autoridad, es posible admitir varias situaciones a considerar:

a) El agente da la orden abusiva y la ejecuta conjuntamente con otro funcionario o particular. En este supuesto el primero responde como autor del delito de abuso de autoridad y el segundo como cómplice del hecho punible en determinadas condiciones concretas.

b) El agente da lo orden y el funcionario o servidor público a quien se ordena no la cumple por considerarlo ilegal. El agente que dio la orden arbitraria lesionó el bien jurídico tutelado por ser un delito de mera actividad en razón del verbo rector: ordenar perjudicando los intereses del Estado y puesto en peligro el interés del particular. Como tal responde como autor del delito de abuso de autoridad. La orden fue arbitraria y reunía la idoneidad para causar perjuicio, dolo, etc.

c) El agente da la orden y el servidor público o particular empieza a ejecutar la orden, pero luego se desiste espontáneamente. El autor de la orden arbitraria responderá por el delito de abuso de autoridad y el segundo no.

d) El agente da una orden arbitraria y el servidor público o particular a sabiendas de la arbitrariedad de tal mandato ejecuta la orden.

Ambos responden, el primero como autor y el segundo como cómplices.

e) Un órgano colegiado da la orden en perjuicio de un tercero de un acto arbitrario cualquiera. Todos los agentes conformantes del colegiado responden como coautores del hecho punible: abuso de autoridad. En estos casos es posible admitir lo supuestos antes indicados.

La acción dolosa es directa no necesariamente requiere la orden de otro funcionario facultado para ello; en situaciones concretas el mismo la ejecuta abusando de sus atribuciones (porque las tiene en determinadas condiciones). Es el caso típico del policía que por sí y ante sí priva de su libertad a un particular sin mandato judicial, ni en situación de delito fragante, ni en las condiciones establecidas por la ley

> "Los elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad son: el cargo de funcionario público del agente, la privación de la libertad garantizado por el art. 56 de la Constitución, la ilegalidad de la medida y la ausencia de motivo fundado para la detención". (Ejecutoria Suprema del 26|.04.1962, Anales Judiciales, 1962, Pág. 63).

No cabe duda que los verbos rectores expresados en los vocablos: "ordenar" y "cometer" aun cuando en determinado casos concretos puedan tener una relación estrecha de continuidad por el dominio del hecho punible por parte del agente; también, es verdad que pueden muy bien diferenciarse como injusto penales independientes; bien sea como un injusto penal de mera actividad (ordenar) o de resultado (ejecutar).En ambos casos siempre se lesiona el bien jurídico tutelado en la medida que afecta los intereses del Estado aun cuando no pueda suceder lo propio al particular. El Estado el sujeto pasivo y no el particular.

Recordemos que de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal la pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley (Principio de Lesividad de bienes jurídico-penales)[34].

(34) **Código Penal Peruano**
Título Preliminar.
Artículo IV.-
"La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

Lo real como bien sostenía Viterbo, comentando el Código Penal Peruano de 1863 definiendo el injusto abuso de autoridad como "un acto oficial que se practica por un funcionario contraviniendo a las leyes reguladores de sus atribuciones y excediéndose de las facultades que ellas le acuerdan"(35). Esta contravención en la forma descrita lesiona o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal que sustenta la aplicación de una sanción.

Etimológicamente la palabra "abuso" proviene del latín "abusus", de "ub" que tiene sentido de: contra, y "usus" que significa: uso. Literalmente se traduce como: el mal uso de una cosa. "En derecho, por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio"(36).

> "No se configura el delito de abuso de autoridad cuando los que delinquen no lo hicieron en ejercicio de sus funciones, ni con sus uniformes respectivos, La pena debe imponerse en función a la intervención de cada acusado" (Ejecutoria Suprema del 11.04.1986, Normas Legales, Tomo 148, p. 379).

Esta última jurisprudencia resulta bastante cuestionable, en la medida en que establece, el hecho no se subsume en el tipo penal en cuestión si el agente no lo hace en ejercicio de sus funciones, ni con sus uniformes respetivos. Es correcta la primera condición, pero no la segunda. La actuación de un policía es con y sin uniforme porque de esa manera también cumple con sus funciones. Por otro lado, no se entiende cómo si no hay tipo se hacer referencia a la pena a aplicar en función de la intervención de cada acusado.

Una de las características del pensamiento liberal del Derecho Penal radicaba precisamente en limitar al poder punitivo del Estado en función del principio de exclusividad tutelar de los bienes jurídicos. El Derecho Penal solo protege bienes jurídicos como requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales en un Estado de Derecho. De manea que todo hecho punible debe comportar necesariamente una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal. El Derecho Penal se orienta a la preservación o conservación del bien jurídico tutelado.
En el caso típico del hecho punible abuso de autoridad el bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de la Administración Pública expresada en el normal y correcto ejercicio de sus atribuciones. De manera que el Estado viene a ser el sujeto activo del tipo y no el particular.

(35) VITERBO, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Tomo I, Torres Aguirre, Lima, 1898, p. 310.

(36) CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I. Arayú, Buenos Aires, 1953, p. 3.

VIII. DEL CONCEPTO DE ACTO ARBITRARIO

Un primer referente a considerar en el nuevo concepto de acto arbitrario como parte del constructo del tipo penal en cuestión, implica tener claro el concepto de perjuicio. Acto arbitrario y perjuicio normativamente coexisten[37]. A partir de esta premisa, la cuestión por determinar es si el perjuicio es un contenido material del concepto de acto arbitrario. Normativamente no lo es. Hay evidentemente mutaciones de significados que operan en el nivel de los hechos, de las palabras, de las valoraciones y de los conceptos. Tenemos que optar, entonces, por una naturaleza convencional del concepto de acto arbitrario porque su estructura es de carácter vivencial; eso explica su contenido material. Esta tesis puede resultar bastante extraño y hostil, pero es mejor ser creativo en lo racional. En suma, en la búsqueda de lo esencial y de lo concreto del acto arbitrario radica la posibilidad de acertar en su contenido tan dispar y mutante. Dicho esto, hablamos de un Derecho Penal constitucionalizado que no se reduce normas porque es mucho más que eso: norma, hecho, valoración y precepto constitucional[38].

Del mismo modo, otro referente indicativo del concepto de acto arbitrario es el ejercicio abusivo de función y/o atribuciones porque perjudica el orden regular de la Administración Pública. Pero establecer el uso permisible y el abuso no permisible, resulta bastante complicado. El uso es pautado, el abuso no porque no tiene amparo del derecho. Esto es así, porque texto y significado no es lo mismo. No hay duda que, a veces, es inevitable recurrir a frases pocos claras, indeterminadas y sujetos a variados significados. Por ejemplo, cuando se utilizada la frase: "el uso de la fuerza razonablemente"; emergen algunas interrogantes: ¿Qué es lo razonable y quién lo determina? La medición entre lo razonable y lo no razonable, per se, es bastante complicado, pero el juzgador tiene que tomar una decisión que para algunos será justo y para otros, injusto. Entonces, ¿qué es lo justo? Hay

(37) El término latino *praeiudicium* se transformó, en el idioma español, en perjuicio. Este concepto refiere a las consecuencias de perjudicar, una acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo. De manera que si el acto arbitrario no perjudica no hay tipo, porque falta el elemento normativo. Esta premisa es de difícil comprobación porque en términos generales el acto arbitrario siempre genera perjuicio sea al Estado y/o al particular.

(38) Tenemos que establecer de manera convencional pautas que aclaren los procesos de interpretación y aplicación del concepto de acto arbitrario. De hecho, este concepto tiene muchas significancias y pocos referentes.

evidentemente mutaciones de significados operados en el nivel de hechos, palabras y conceptos. Eso explica de alguna manera el empleo del elemento normativo (perjuicio en detrimento de otro).

El perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al particular, sea al Estado o ambos al mismo tiempo. La ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con todo caso de abuso de función o atribución por su carácter pluriofensivo. No se concibe abuso de autoridad en su versión acto arbitrario sin perjuicio económico, moral o material del particular o del interés del Estado. La norma penal protege el bien jurídico tutelado entendido como el ejercicio regular de las funciones y/o atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa.

La idea del acto arbitrario como concepto para los efectos penales y su contenido material, es de difícil precisión. No obstante, ese ejercicio razonable no puede ser interpretado de manera extensiva sino restrictiva. El sentido claro de este concepto está determinado por el abuso de funciones o atribuciones. Si el abuso es extralimitación de atribuciones formalizado esta constituye parte del contenido material del acto arbitrario en la medida que recusa al derecho como legalidad[39].

Ahora bien, establecer el concepto de arbitrariedad es bastante complejo. Autores como Recasens Siches sostienen: "se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órganos del poder público". En consecuencia, "la arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la substituya"[40] . Por su lado, Pineda Urrutia define al acto arbitrario "como un hecho cometido por los órganos del Estado o del poder (o sus representantes) violándose las atribuciones específicamente conferidas por la ley expresándose como fuerza irresistible

(39) Acto arbitrario equivale a abuso de funciones y/o atribuciones. El funcionario público desde que asume el cargo tiene la obligación de hacer uso de sus funciones y/o atribuciones en un contexto pautado de reglas y observaciones contenidos en normas generales o específicas (justas o injustas); no puede abusar de dichas atribuciones porque cae en la arbitrariedad; su negación. El acto arbitrario es antijurídico y carece de legitimidad.

(40) RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 2° edición. Porrúa, México D.F. 1961, pp. 213-215.

ante la imposibilidad de utilizar recursos legales en su contra, como consecuencia de la desnaturalización jurídica del acto para el cual tiene competencia el poder o el órgano"[41]. Del mismo modo, existen otras tantas definiciones como autores que versan sobre el particular.

Lo real es que, donde hay abuso de función y/o atribución, hay acto arbitrario; sea ordenando o ejecutando. No existe un acto arbitrario sin abuso de funciones y/o atribuciones (el perjuicio es implícita al abuso) que se constituye como un medio-fin. Por lo tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente. El constructo híbrido de esta figura penal admite dos tipos de configuración; de mera actividad en relación al verbo rector "ordenar" y de resultado con relación al verbo "ejecutar". En ambos casos se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

El acto arbitrario no puede ser un concepto tan abierto y maleable que, puede decirse, no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento. Se tiene que limitar sus alcances. Por naturaleza constitutiva el funcionario público correcto usa y no abusa de sus atribuciones, tampoco de su poder material del que goza. No obstante, un poder sin control abriga la posibilidad real del abuso; de allí la necesidad de limitar y controlar el poder sancionando todo abuso determinado.

La locución "acto arbitrario" que utiliza el legislador peruano en el nuevo constructo del artículo 376 del Código Penal vigente constituye un elemento material; no psíquico. De connotación determinada y más específica. Por ejemplo, constituye acto arbitrario el disolver una manifestación, que cuenta con autorización sin razones atendibles o justificantes; decretar la incomunicación de un detenido sin las formalidades de ley, detener a una persona como consecuencia de una investigación policial sin una orden debidamente motivada por juez penal competente, mantener detenida a una persona, por más de 24 horas sin poner a disposición del juez, etc.

(41) PINEDA URRUTIA, Mario. *Arbitrariedad y Derecho. Cuaderno de Trabajo N° 10.* Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUS – Facultad de Derecho. Maracaibo. 1975, p. 7.

En suma, la ley establece los parámetros dentro de los cuales deben realizar los actos de función y el ejercicio de sus atribuciones, excederse de sus límites constituye un acto arbitrario.

He aquí cómo la jurisprudencia nacional ha tratado el injusto penal en comentario:

> "Es requisito fundamental para que se configure el delito instruido que el funcionario imputado realice un acto arbitrario en perjuicio o daño de otra persona en forma dolosa". Exp. N° 71-87, 8° T.C.L., 1987, en JPL II, 121.
>
> "Al haberse privado arbitrariamente de su libertad por más de 24 horas al agraviado, sin haber puesto oportunamente a disposición de la Fiscalía de Turno conforme a ley; se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado". Sala Penal. R.N. N° 3425-96-Lambayeque.
>
> "Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias". Sala Penal. R.N. N° 5541-97 Piura-Tumbes.
>
> "Al haber sido detenido el agraviado en la unidad policial, luego de dar su declaración por la presunta comisión de faltas para ver si tenía pendiente requisitoria por delito contra el patrimonio, habiéndose realizado esto por la sola imputación de la agraviada y no de autoridad judicial competente, se concluye que el agraviado se le detuvo irregularmente". Exp. 7963-120-97-Lima[42].

En suma, el acto arbitrario tiene como contenido material, el abuso de funciones y/o atribuciones, genera un daño a otro, carece de juridicidad como consecuencia de la desmaterialización de las normas.

IX. DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Para los fines de nuestro comentario toda discusión doctrinaria sobre el concepto de bien jurídico o sobre si el Derecho Penal cumple una

(42) Jurisprudencias tomadas de: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal Comentado*. Grijley, Lima, 2002.

función tutelar o una función de vigencia de la norma (como sostienen los fundamentalistas jakobsianos) optamos remitirnos a nuestra realidad normativa. El artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal precisa como garantía de ejecución de la pena la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados; **no de normas**. En tal sentido, el Derecho Penal cumple una función protectora de bienes jurídicos.

> "Que, para la configuración de un delito se requiere, necesariamente, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, siendo este, en consecuencia, requisito sine qua non, para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imposición de una pena sin delito" (Ejecutoria Suprema del 30/06/1997, Exp. N° 1780-96).
>
> "El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo" (Ejecutoria Suprema del 20/04/1999, Exp. N° 668.99. Lima. Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Gaceta Jurídica, p. 30).
>
> En este sentido la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los casos siguientes: "Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico-penal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito" (Resolución Superior Segunda Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 547-95).
>
> "En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su

aspecto objetivo" (Ejecutoria Suprema 05/08/99, Exp. N° 2529-99-Huánuco)[43].

"Con la tipicidad de un hecho reputado delictivo se afirma el principio de legalidad y la función protectora del Derecho Penal. Ello se explica así, por cuanto solo cuando se haya verificado –luego del análisis de tipicidad– que en el hecho imputado concurren todos los elementos exigidos en el tipo penal será admisible considerar la posibilidad del ejercicio punitivo de Estado y la realización del efecto tutelador de bienes jurídicos. Se trata aún de una posibilidad de punición, por cuanto la afirmación de la tipicidad es **únicamente** uno de los planos del delito que tendrá que ser complementado con la ulterior evaluación de la antijuridicidad del comportamiento, que igualmente se afirmará cuando el sujeto activo no haya tenido a su favor ninguna justificación legal para obrar lesionando bienes jurídicos de otra persona. Es entonces que se habrá generado el ilícito penal, que aumentará el respectivo juicio de culpabilidad o inculpabilidad por el acto" (Ejecutoria Suprema 22/07/1998, Exp. N° 1749-98-Huánuco).

"El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares" (Exp. 137-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de Lima del 18 de marzo de 1998).

"Que, el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario

(43) Ambas jurisprudencias en: GACETA JURÍDICA. *Código Penal comentado,* Tomo I. Primera edición, Gaceta Jurídica, setiembre, 2004, pp. 149-150.

cualquiera" (Exp. 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998).

El objeto de la tutela penal es el normal funcionamiento de la Administración Pública expresada en el correcto y moderado ejercicio de las atribuciones concedidas por ley se materialicen adecuada a derecho.

Algunos autores nacionales como Fidel Rojas sostienen que "el bien jurídico específico de la norma penal de abuso de autoridad tiene como objeto asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándolas con exclusividad en la obediencia a la ley, al derecho y el ordenamiento jurídico[44]". Para Manuel Frisancho Aparicio es el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública para luego agregar: "en el caso particular del abuso de autoridad por acto arbitrario, el bien jurídico se ve afectado en la dimensión que atañe a la legalidad del acto oficial. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autorización ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares"[45]. La expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo: "en perjuicio de alguien" denota la amplitud del vocablo que bien puede comprender a una persona natural o jurídica tanto particular como estatal.

En suma, se trata de asegurar el correcto ejercicio de sus atribuciones y que la legalidad del acto funcional de todo funcionario público.

X. DEL SUJETO ACTIVO

El constructo del tipo penal indica que solo puede ser sujeto activo el funcionario público. No comprende al servidor público; tampoco al particular. Sin embargo, pueden ser comprendidos en el tipo en otras formas de participación (cómplice primario o secundario, instigador).

El Código Penal peruano a diferencia del Código Penal español[46] no ha diferenciado entre autoridad y funcionario público sin embar-

(44) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 132.

(45) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal Comentado*, Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, pp. 3207-3208.

(46) **Código Penal español de 1995**
Artículo 24.
1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las

go tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia equipara ambos conceptos en un mismo contenido funcional. Dícese lo propio de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción que en su artículo I (De las Definiciones) que solo conceptúa al "funcionario público", "servidor público" o "oficial gubernamental" como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos lo que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Naturalmente esta generalidad tan amplia de la Convención no ha sido del todo considerada por nuestro legislador nacional.

Si bien es cierto que el Código Penal peruano utiliza la frase "abuso de autoridad" para establecer supuestos prohibidos o exigidos comprendidos en los artículos 376 al 381 del Código Penal y consideran como sujeto activo al funcionario público no resulta incongruente; por cuanto toda autoridad es un funcionario público que a decir de Fidel Rojas: "El Código está empleando el término autoridad en su acepción subjetiva funcional; es decir, como facultad de poder público y no en su acepción institucional orgánica; para esta última concepción hace uso de la frase funcionario público. Ello tiene enormes repercusiones por cuanto no es en exclusividad la autoridad, el sujeto activo del delito sino cualquier funcionario público que abuse de sus atribuciones: No es exigible que tenga jurisdicción y/o mando, si los tiene y abusa de su autoridad también será pasible de las sanciones establecidas al igual que el que solo posee capacidad de decisión"(47). Comentarios que de

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputarán también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

En lo que existe coincidencia tanto en la doctrina nacional como extranjera es en establecer que cualquiera que sea el concepto que se utilice de funcionario público o autoridad o servidor públicos estas, a efectos penales, no tienen necesariamente por qué tener el mismo contenido que utiliza el derecho administrativo. La expresión a los efectos penales es indicativa de esta característica. Siempre el concepto de estas categorías a los efectos penales tendrá una mayor amplitud que la utilizada por el derecho administrativo.

Ahora bien, la distinción hecha por legislador español entre autoridad y funcionario público responden a su realidad normativa; sin embargo, para nuestra legislación nacional hizo bien el legislador distinguir entre funcionario o servidor público y no hacer lo propio entre funcionario o autoridad e utilizar ambas categorías como sinónimos sin dificultad alguna. Es verdad que teóricamente pueda hallarse algunas distinciones, pero no lo suficiente para utilizar en Derecho Penal como categorías sustancialmente distintas excluyentes. En el hecho práctico se ha hallado pocas dificultades.

(47) ROJAS VARGAS; Fidel. Ob. cit., p. 118.

alguna manera compartimos, pero lo transcribimos por la elocuencia con que se expresa el autor.

Por nuestra parte sostenemos que la norma penal está referida tanto a la autoridad como al funcionario público, mas no así al servidor público. Sin embargo, para algunos autores en nuestro medio sostienen que el legislador nacional no ha comprendido como sujeto activo a la autoridad[48]. Ello es irrelevante para nuestra legislación nacional.

Naturalmente solo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario público con atribuciones formalmente establecida normativamente de manera que su actividad es funcional.

"Los presupuestos legales que exige el tipo penal descrito por el numeral 376 del Código Penal, requieren que el sujeto activo no solo sea funcionario público, sino que se encuentre investido de autoridad y ejerza funciones públicas" (Exp. 335-95, Ejecutoria Suprema emitida

(48) ABANTO VÁSQUEZ; Manuel A. Ob. cit., p. 182.
Para este autor nacional el legislador en el tipo no se ha referido a la autoridad, por cuanto de acuerdo al tenor literal de la norma se refiere al funcionario público, asimismo por cuanto el tipo no hace distinción y Por lo tanto el sujeto activo será cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 de Código Penal. También porque el tipo prevé dos modalidades delictivas expresadas en los verbos rectores: "cometer" y "ordenar"; etc. No entendemos tal razonamiento que parece ser bastante contradictorio. El hecho que el legislador no haya distinguido entre autoridad y funcionario público no implica que no pueda ser comprendido como sujeto activo a la autoridad por cuanto ambos agentes tienen facultades de poder público o funcional y como tal pueden hacer uso abusivo de sus atribuciones; sobre todo ordenado un acto arbitrario en perjuicio de un tercero que puede ser un particular o el propio estado. Las dificultades que surgen de los supuestos contenidos en los verbos rectores mencionados han sido ampliamente desarrolladas como injustos independientes contemplado en la norma penal en comentario. Si el tipo no hace distinciones y Por lo tanto sujeto activo puede ser cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 del Código Penal llegamos al mismo punto donde se parte. Solo puede ser sujeto activo el funcionario público o autoridad. Diferenciar ambos conceptos es distinguir haya donde la norma penal no hace distinción. Ahora bien, es posible distinguir o precisara que este hecho punible no puede ser cometido necesariamente por cualquier funcionario público; sobre todo tratándose del que ejecuta, sino por aquel que tiene facultades de ordenar y de que sus órdenes sean cumplidas.
Partimos del hecho concreto que todo funcionario público tiene atribuciones de mando, pero no todos tienen las mismas facultades de poder público en cuanto a mando en todos los niveles. Por ejemplo, un Ministro de Estado tiene poder, autoridad o mando; también el Viceministro, el Presidente de un Organismo Público Descentralizado (OPD) dependiente de un ministerio X, etc. Todos son funcionarios públicos con atribuciones formalmente establecidas normativamente de manera que su actividad es funcional; de manera que el ejercicio de sus atribuciones legalmente determinadas puede ordenar en los niveles que les correspondan. Es decir, un ministro ordena al viceministro y este a otro funcionario público de menor nivel, en esta cadena es posible que un funcionario ordene abusando de sus atribuciones un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero y otro funcionario público de menor nivel con facultades también de ordenar lo ejecute. Todos están obligados a hacer uso de sus atribuciones, pero no abusar de ellas. Esa atribución cuando está referidas a una facultad de ordenas sin duda alguna significa que tiene poder y autoridad para ello; de manera que todos tiene poder de autoridad en el nivel que les corresponda; tratándose de funcionario público o autoridad.

el 17 de setiembre de 1998) "Respecto al delito de abuso de autoridad cabe indicar que el Estado peruano a ciertas personas por sus conocimientos o preparación o elección les otorga una función o un cargo público para actuar en su representación organizando o dirigiendo a sus administrados, por ende les otorga un poder que no es ilimitado pues este poder público no puede ser entendido como la omnipotencia, sino que se sujeta a la constitución y la ley, y además a las normas del Sector Público" (Queja Excepcional 313-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de mayo de 2013)

"El sujeto activo debe actuar como funcionario dentro de sus atribuciones que tiene. Si se tratara de actos fuera del ejercicio de sus funciones (como privado o saliéndose del marco de las propias funciones), el funcionario no comete abuso de autoridad penal. Si el funcionario ejerciere funciones que no le competen, estaremos ante el supuesto de usurpación de funciones públicas en su tercera alternativa"(49).

Para Fernando Ángeles González el sujeto activo "es el funcionario que afecta la diligencia con que deben realizarse los actos administrativos. El agente incumple con los deberes administrativos del cargo"(50).

En estas condiciones no puede ser sujeto activo, por ejemplo, la secretaria, el chofer, etc. En el mismo sentido opina Fidel Vargas Rojas quien sostiene que el sujeto activo "lo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público. Aquellos que cumplen órdenes de este, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por el funcionario, responderán en calidad de cómplice o, según el caso, actuarán como instrumentos en el contexto de la autoría mediata"(51).

El tipo penal admite la coautoría en el caso de los órganos colegiados (Sala Penal, Sesión de Consejo, Consejo de Ministros, etc.) salvo que el miembro deje expresa constancia de su oposición. Es posible que el órgano colegiado ordene un acto arbitrario en perjuicio de alguien.

"Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente,

(49) ABANTO VÁSQUEZ; Manuel A. Ob. cit., p. 183.
(50) ANGELES GONZALES, Fernando y otro: Ob. cit., p. 3209.
(51) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 132.

de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) toma parte en la fase de la ejecución; cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría" (Ejecutoria Suprema del 11/03/1998, Exp. 6017-97-Lima).

"Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional" (Ejecutoria Suprema del 09/10/1997 (Exp. 4484-97-Cañete: Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez Años de Jurisprudencia Sistematizada", pp. 101-102).

"La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos" (Expediente N° 22874-94-B, del 05/10/1995).

XI. DEL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo preponderante es el Estado; y en actos concretos en que el acto arbitrario también afecta a un particular, este se constituye en un sujeto pasivo secundario y no esencial.

Modernamente, se discute en doctrina la conveniencia o no de considerar al particular como sujeto activo primario del tipo o de aquellos otros que consideran que solo puede ser sujeto activo en el tipo el Estado. La posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto activo a la Administración Pública en sentido amplio.

Otros consideran que debe extenderse la titularidad del sujeto activo también a los particulares agraviados directamente, sean estos de

manera individual o colectiva. Es preciso considerar que tanto el Estado como el particular son agraviados; Por lo tanto, debe considerarse como sujeto activo primario al Estado y como sujeto activo secundario al particular de manera individual o colectivo; según sea el caso específico concreto. No debe aceptarse la exclusión del particular como parte civil en los procesos que se le siguen a los funcionarios públicos que cometieron el hecho punible: abuso de autoridad. Ello pese a que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública como tal.

La jurisprudencia nacional casi unánimemente en este sentido, ha dejado establecido que:

> "Que, en los delitos previstos en el Título decimoctavo del Código Penal el Estado siempre es agraviado, pues son cometidos contra la Administración Pública; que el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; y, no habiéndose acreditado la arbitrariedad del acto y del perjuicio procede la absolución"
>
> (Ejecutoria Suprema del 14/11/1996, Exp. N° 3436-96. Carmen Rojasi, Ejecutorias Supremas, p. 234).
>
> "En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado". (Ejecutoria Suprema del 31/01/1997. Normas Legales, Ejecutorias, p. 119).

Dos cuestiones fundamentales quedan resueltas en esta ejecutoria suprema: que solo puede ser sujeto pasivo de este hecho punible el Estado y no el particular; asimismo, que es un delito de resultado que para se configure el hecho punible se requiere de un resultado (perjuicio de alguien) si no hay perjuicio no se configura el tipo aun cuando el agente haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado. No admitiéndose la tentativa.

> "En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no un particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado"

(Ejecutoria Suprema del 31/1/97. Normas Legales Ejecutorias, p. 119);

"Los errores en que incurren las autoridades judiciales al practicar diligencia en una instrucción, al margen de actuación dolosa no comprobada, no constituyen delito de abuso de autoridad sino faltas disciplinario; y el Estado en estos casos no resulta agraviado del delito de abuso de autoridad que solo puede cometerse en daño a de un particular. Procede dictarse sentencia absolutoria". (Ejecutoria Suprema del 11.03.1981, Anales Judiciales, Tomo LXXI-1979 a 1981- Pág. 517).

XII. DEL SUPUESTO AGRAVADO POR CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

El legislador nacional agregó al tipo básico descrito en el artículo 376 del Código Penal una figura agravada por las circunstancias especiales que se da cuando los hechos (el agente ordena o ejecuta en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera) deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, estableciendo una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años. Ello en virtud de la 7° Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10.01-2004. Por ejemplo, el caso del Ejecutor Coactivo que ordena cobrar coactivamente tasas y/o contribuciones no contempladas en la ley.

Por Ley N° 28165 se establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que ejercen los órganos de gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. Si el agente ordena o ejecuta un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero; es decir, fuera del marco legal de los actos de ejecución coactiva no garantizando al obligado el desarrollo de un debido proceso u ordenado una medida cautelar sin sustentarse mediante el correspondiente acto administrativo y constar en resolución motiva; o ejecutar una media cautelar previa trabada antes del inicio del procedimiento sin la formalidad, etc. son algunos de los supuestos que bien pueden ser consideradas actos arbitrarios.

El ejecutor coactivo es el titular del procedimiento y ejerce, a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación. Su cargo es indelegable.

De manera que para el tipo agravado solo puede ser sujeto activo el ejecutor coactivo excluyéndose de alguna manera a todo otro funcionario por más elevado que sea su cargo.

Estas formas de crear supuesto agravados o formas no agravadas de supuestos considerados por leyes especiales como delito de abuso de autoridad no es lo más recomendable técnicamente dado el carácter detallista (en ocasiones), excesivamente genérico o extensivo a particulares que desnaturalizan el injusto penal.

He aquí algunos ejemplos palmarios: El artículo 13 del Decreto Ley N° 25988 (Ley de Racionalización del Sistema Tributario), Artículo 10 del Decreto Legislativo N°705 (Ley de Micro y Pequeña Empresa), Artículo 140 de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero), incluso por Decreto Supremo como el N° 94-92/PCM (de cuestionada constitucionalidad por crear tipo penales con norma de menor jerarquía)[52], etc.

(52) Decreto Ley N° 25988 (Ley de Racionalización del Sistema Tributario).
Artículo 13
"Los funcionarios públicos que dispongan el cobro por cualquier concepto que no esté expresamente previsto en el presente Decreto-Ley o incumplan lo prescrito, en los artículos 11° y 12°, estarán sujetos a la responsabilidad administrativa conforme a lo previsto en el inciso h) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 276, y penal según lo prescrito en el artículo 376 del Código Penal, referido al delito de abuso de autoridad, estando obligados las entidades correspondientes a devolver el monto de los indebidamente cobrado.
La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior alcanza a los Directores y Gerentes de las empresas privada que presente servicios públicos de cualquier naturaleza, así como a los funcionarios administrativos de mayor nivel de las Universidades Públicas y Privadas" (SIC).
Nótese como este decreto ley hace extensiva estos supuestos y asimila a la condición de funcionario público y Por lo tanto sujeto activo del delito de abuso de autoridad innominado descrito en el artículo 376 del Código Penal a los directores y gerentes de las empresas privadas. Asimismo, el primer supuesto más parece propio del artículo 383 del Código Penal (Exacción Ilegal) y no del artículo 376 (abuso de autoridad innominativo) del mismo cuerpo normativo.
Increíblemente, también se crearon nuevos supuestos por Decreto Supremo N°94-92/PCM al establecer lo siguiente:
Artículo 38
"El funcionario titular de la Oficina de administración de la entidad correspondiente que determine para su inclusión en el TUPA un cobro por concepto de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos que no se ajuste a lo establecido en el artículo 31° del presente Reglamento, incurrirá en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376° del Código Penal". Esta forma de crear nuevos supuestos que configuran un delito de abuso de autoridad por Decreto Supremo nos relevar de mayores comentarios.
Decreto Legislativo N° 705

XIII. DE LA PENA

A diferencias de otras legislaciones como las de los países de la Unión Europea que sanciona estos hechos punibles con penal más o menos severas; en nuestra legislación curiosamente las penas contempladas para este injusto penal en caso de los supuestos contemplados en el tipo básico el legislador nacional ha establecido una pena privativa de la libertad no mayor de tres años. Para el tipo agravado, es decir, cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena es no menor de dos ni mayor de cuatro.

La norma solo sanciona al agente infractor con una pena extremadamente benigna si lo comparamos con la legislación penal europea(53). No se ha considerado, en el nivel que corresponde, la jerarquía del bien jurídico tutelado, tampoco la calidad preponderante del agente o sujeto activo y toda la grave incidencia del cual es objeto la dignidad de la persona humana, la sociedad y las instituciones fundamentales de la Nación. En todo caso estos hechos punibles deben ser sancionados con mayor rigor porque afectan considerablemente la confianza en el sistema democrático y fundamentalmente la dignidad de la persona humana. La severidad debe ir asociada con la tipificación cierta, cerrada, nominada y determinada.

Artículo 10
"No serán exigibles a las Microempresas y Pequeñas Empresas que se acogan a lo dispuesto en el a los dispuesto en el presente Decreto Legislativo, por parte de autoridad alguna del Gobierno Central, Instituciones Públicas, Gobiernos Regionales o Locales, otras licencias, registros o permisos de operación diferente al Registro Unificado creado por Decreto Supremo N° 118-90-PCM y a la Licencia Municipal de Funcionamiento normada según el presente Decreto Legislativo. El funcionario público que exija la presentación de otras licencias, registros, autorizaciones o permisos de operación a Microempresas y Pequeñas Empresas incurre en abuso de autoridad". En este caso el legislador no ha precisado el tipo específico.

(53) He aquí un ejemplo de severidad en las penas para estos delitos en la legislación europea:
Código Penal francés
Artículo 432-4:
"El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de ordenar o realizar arbitrariamente un acto atentatorio contra la libertad individual, actuando en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, será castigado con siete años de prisión y multa de 100.000 euros.
Cuando el acto atentatorio consista en una detención o una retención de duración superior a siete días, la pena se elevará a treinta años de reclusión criminal y a 450.000 euros de multa".

Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios en el marco de programas públicos de apoyo social

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE(*)

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 reubicado y modificado en su numeración –anteriormente 394-A– por la Ley N° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 06 de octubre de 2004)

(*) Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), docente de la AMAG, Fiscal Superior - Jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía de la Nación. Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en Post-grado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), exasesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación.

Los fines axiológicos del Estado Social se definen por las prestaciones públicas que deben prestarse a los ciudadanos, en tanto su estructura basilar se orienta en dos vértices: primero, el reconocimiento de la persona humana como la piedra angular de todo el sistema jurídico-estatal y, segundo, la consagración de los derechos sociales, como teleología de toda la actuación del Estado en bienestar de la comunidad.

El "Estado de Bienestar" implica la optimización de la actuación estatal, en procura de satisfacer las necesidades más elementales de los comunitarios, sobre todo en los ámbitos de salud, educación, alimentación, vivienda y empleo, permitiendo el desarrollo socioeconómico de todos los miembros de la población. Dicho cometido cobra mayor vigencia, en Estados paupérrimos como el Perú, donde se identifican sectores sociales de pobreza y de extrema pobreza, donde la falta de oportunidades laborales así como de otros factores, anida en una situación poco auspiciosa para que el gran grueso de ciudadanos, puedan lograr sus metas más preciadas y así alcanzar satisfacer sus necesidades vitales.

En el marco de la política social, el Estado ejecuta, desarrolla, planifica como política de Estado, los denominados "Programas Públicos de Apoyo y Desarrollo Social", que tienen como principales destinatarios a los sectores más pobres de la sociedad peruana, habiéndose focalizado en proyectos como el Fonavi, Inade, Infes, Pronaa, Vaso de Leche, comedores populares, etc.; es decir, se identifican programas que se dirigen a puntos estratégicos, donde se evidencia una mayor demanda de la sociedad.

Conforme lo anotado, el Estado peruano procura en la medida de lo posible, destinar mayores partidas presupuestales a los programas sociales, los cuales se canalizan a través de los diversos sectores de la Administración Pública (ministerios, gobiernos regionales, municipalidades, etc.); no solo se pretende incrementar la extensión de los beneficiados, sino también se incide en la calidad del servicio, en su eficiencia y eficacia.

Al canalizarse los programas de ayuda social, en los estamentos de la Administración Pública, son propiamente sus funcionarios más representativos, quienes se encargan de organizar, desarrollar y ejecutar los programas, mediando un estudio concienzudo y pormenorizado

del estado de la cuestión, a partir de criterios que permitan la efectividad de las políticas sociales: sostenibilidad, operatividad, y masa de población beneficiada.

Entonces, son los funcionarios públicos, quienes han de cautelar, garantizar que los beneficios de dichos programas sociales, lleguen a sus destinatarios, de que la población pueda acceder a dichos recursos, en el tiempo oportuno, y en la calidad y cantidad adecuada. *A contrario sensu,* se genera un descontento en la población, una frustración legítima, que puede en algunos casos, desencadenar focos de conflictividad social difíciles de sofocar.

Es a partir de esta relación funcionarial, que el funcionario público se convierte en un "garante ejecutor" de los programas sociales mencionados, haciéndose responsable de que los objetivos de aquellos sean cumplidos a cabalidad; en tal virtud, debe tomar las medidas que sean pertinentes y necesarias para ello.

El campo criminológico constituye una fuente fecunda de valoración por parte del legislador. Es sabido que no en pocas circunstancias, algunos funcionarios públicos, desprovistos de toda ética y corrección, se aprovechan de su condición de núcleos ejecutores de los Programas de Ayuda Social, para verse beneficiados políticamente; aparecen estos funcionarios inescrupulosos que negocian la entrega y reparto de los bienes de ayuda social a cambio de ventajas políticas. Pudo observarse, en épocas no muy lejanas, que algunos políticos abusaban de su condición de ejecutores de los programas sociales, para usar a sus destinatarios para colmar sus apetitos electorales, promoviendo candidaturas, a través de la participación de los destinatarios de dichos programas, en mítines, reuniones, así como toda manifestación de propaganda política.

Se distorsiona la naturaleza de estos programas sociales, en tanto el funcionario involucrado, vende al público la falsa idea, de que su acceso obedece a un acto generoso y dadivoso de él, y que en un acto de reciprocidad los pobladores tienen la obligación de sumarse e intervenir en apoyo de su candidatura política. Constituye, que duda cabe, una distorsión inaceptable del carácter de estos programas, cuya prestación no está condicionada a ninguna acción por parte del receptor, más que cumplir con los requisitos previstos en la normativa.

Importa en otras palabras, la privatización del cargo público, donde el funcionario superpone sus intereses político-partidarios a aquellos estrictamente generales que está obligado a servir, según lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Fundamental, revelando un alto grado de desvalor, mereciendo su tipificación penal en el artículo 376-A del Código Penal, vía el artículo 2 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004. Hasta antes de la dación de dicha ley, dicha conducta estaba regulada en el artículo 394-A del Código Penal, a partir de la dación del artículo 1 de la Ley N° 27722 del 14 de mayo del 2002.

La pregunta es la siguiente: ¿si según el contenido material del presente injusto funcionarial se cumple con los elementos de configuración que permitan sostener su ubicación conceptual en el apartado de los delitos de "abuso de autoridad"?

Las manifestaciones típicas del delito de abuso de autoridad, importan una actuación arbitraria del funcionario competente, quien desbordando la normativa aplicable, emite un acto manifiestamente ilegal, cuyo desvalor traduce su idoneidad para causar un perjuicio en los derechos subjetivos de los administrados. En este alud de la discusión, debe precisarse que la realización típica de este delito no requiere la intervención del administrado, no es una figura delictiva de participación necesaria; sin embargo, observamos de la redacción normativa del presente precepto, que el desvalor aparece cuando "el funcionario condiciona la distribución de los 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", esto quiere decir, que se produce la intervención de los destinatarios de los mencionados programas, quienes prácticamente son coaccionados, coartados en su libre decisión, a prestar su colaboración en las actividades proselitistas, electorales del autor del delito.

No se produce propiamente un **abuso típicamente funcionarial**, que pueda ser reputado como abuso de autoridad, sino la obtención de una ventaja electoral o de otra índole, que obedece a una negociación ilícita e ilegal del funcionario, cuando negocia y condiciona la distribución de los bienes o prestaciones de servicios públicos, lo que sería constitutivo en especie, de una "corrupción política específica", al servirse y aprovecharse el autor de su condición de funcionario público,

para agenciarse de un provecho indebido. Comporta una variante de "cohecho impropio", semejante a la conducta contenida en el artículo 394, cuando se dice que **el funcionario o servidor público, que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para realizar un acto propio de su encargo o empleo, o sin faltar a su obligación**; por ende, su inclusión debió mantenerse en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

Según la normativa invocada, el funcionario en el caso del artículo 376-A, realiza un acto propio de su función, de repartir los bienes o realiza la prestación pública, en el marco de los programas sociales, pero, condicionando dicha entrega a la obtención de una ventaja indebida. La distinción radica en que el participante, el destinatario de los bienes, accede a coadyuvar los fines políticos del agente, presionado por las circunstancias, es decir, no actúa en un plano de libertad decisoria, que sí se observa en el caso del artículo 394 del Código Penal, dando lugar a una tipificación autónoma en el caso del particular (artículo 398). Es por tales motivos, que la participación del particular (*intraneus*) no puede ser penalizada, máxime si aquel es sujeto pasivo de la acción delictuosa, como sucede en el caso de la concusión –artículo 382 del Código Penal–; se trata de una voluntad viciada.

En lo que respecta a los sujetos de la relación delictiva, autor de este injusto **funcionarial**, solo puede serlo un funcionario público; debe tratarse de un funcionario con autoridad, competente legalmente para desarrollar y/o ejecutar programas públicos de apoyo o desarrollo social; configurando un delito **especial propio**. Consecuentemente, un particular (*extraneus*) no puede ser autor de este delito, tampoco el funcionario no competente, siendo que la intervención de aquellos solo puede ser admitida a título de partícipes, siguiendo **el principio de la unidad en el título de la imputación.**

Puede admitirse una codelincuencia, cuando el reparto de los bienes sociales importa una función distribuida a dos o más funcionarios, siempre que obren todos de forma dolosa.

Sujeto pasivo es el Estado, como titular de los programas de ayuda social, cuya ejecución se le encarga a diversos estamentos públicos; a lo cual se añaden a sujetos pasivos inmediatos, los destinatarios de la ayuda social, mas aún cuando el funcionario los reparte en proporciones indebidas.

El condicionamiento, con que actúa el funcionario genera una situación de presión o dígase de coacción a los destinatarios (destinatarios del programa social), provocando una decisión desprovista de toda libertad, por lo que ellos no pueden ser considerados partícipes de este delito a efectos penales.

La modalidad típica implica en primer término la "vinculación funcionarial", que debe existir entre los bienes o servicios –comprendidos en el programa social–, con el funcionario –sujeto de imputación–; en cuanto a una relación de garantía, como ente ejecutor de los programas sociales, que ha de procurar que su reparto a los pobladores, tome lugar en sujeción estricta a los principios de imparcialidad, legalidad y objetividad, los cuales son torcidos por el agente del delito, cuando condiciona su reparto a la obtención de una ventaja política y/o electoral.

El fundamento material del injusto *funcionarial,* viene informado por el "prevalimiento y/o abuso" del cargo confiado al funcionario, quien se sirve de aquel para obtener una ventaja indebida; por añadidura podría alegarse un contenido antiético, que sin duda llena también de valoración a este delito. Por consiguiente, se devela un quebrantamiento a los deberes propios del cargo. Si no se identifica el prevalimiento del cargo, si es que se trata de un servidor, solo encargado de la custodia de los bienes, habría de responder por otra tipificación penal.

El tipo objetivo contiene una acción, cuyo desvalor se manifiesta cuando el agente ejerce actos de condicionamientos, con respecto a la distribución de los bienes o a la prestación de servicios; actuación que debe proceder antes del reparto, pues si se da *a posteriori*, habremos de negar la tipicidad penal de la conducta.

Cuando se hace alusión a un **condicionamiento,** hemos de suponer que se presenta otro actor en la escena de los hechos, a nuestro parecer, el **destinatario del bien social,** quien se ve impelido a efectuar una colaboración en una actividad proselitista del autor, pues de no hacerlo podría dejar de recibir la prestación pública.

Dicho lo anterior, debe acotarse, que si bien estamos frente a un delito de participación necesaria, su configuración típica no está subordinada a la aceptación del particular del condicionamiento propuesto por el legislador, es decir, el hecho de que se niegue el ciudadano a la

negociación indebida, no enerva la tipicidad penal de la conducta. Inclusive podría decirse que es un delito mutilado en dos actos, primero el acto de condicionamiento, en cuanto a la negociación del pacto y, segundo la obtención de la venta proselitista.

Se erige en un delito de peligro, de mera actividad, donde no es necesario la verificación de la causación de un resultado, la producción de un perjuicio, tampoco que el funcionario llegue a obtener la ventaja política indebida; este último sería un elemento a tener en cuenta en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

Con arreglo a una propuesta dogmática, los principios jurídico-constitucionales que se ven involucrados en el decurso de la realización típica, pueden verse afectados con la sola propuesta negociadora del funcionario.

La ventaja que pretende alcanzar el *intraneus* no necesariamente ha de ser de naturaleza política o electoral, en la medida que el legislador la ha extendido a cualquier tipo. Puede ser de naturaleza económica, pecuniaria, la colocación de un allegado a un puesto laboral, si se trata de un favorecimiento sexual, la tipificación a nuestro entender debe trasladarse a la figura delictiva contenida en el artículo 174 del CP, por motivos de especialidad.

Si el condicionamiento ejercido por el funcionario, viene premunido de violencia física o amenaza, el juicio de tipicidad tendría que abonarse con respecto al delito de extorsión –artículo 200 del Código Penal–.

Punto a saber importante, es que la ventaja política que pretende recibir el funcionario, puede ser para sí o para un tercero; ejemplo, de quien condiciona el reparto de bienes, a que los destinatarios coloquen propaganda electoral de su hermano, candidato a una alcaldía distrital.

En lo concerniente a las formas de imperfección típica, el delito –*in comento*–, adquiere perfección delictiva cuando el agente realiza actos unívocamente demostrativos, encaminados a condicionar el reparto de los bienes, en cuanto incide en la voluntad de los destinatarios del programa social, a fin de alcanzar una ventaja económica. No resulta necesario que la negociación llegue a un buen puerto, se afirma la tipicidad penal, aun cuando el receptor del servicio se niegue a

pactar la negociación ilegal; por lo que este tipo penal importa un delito de mera actividad.

El tipo subjetivo del injusto requiere el dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor condiciona la entrega de los bienes –correspondientes a programas públicos de apoyo social–, sabiendo que su reparto es a título gratuito.

El aspecto cognitivo del dolo ha de cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal, el agente debe conocer la naturaleza de los bienes, que condiciona su distribución; ante un equívoco sobre dicha cualidad, podría aplicarse el error de tipo.

No es suficiente con el dolo, la tipicidad en cuestión, exige la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, de una finalidad ulterior: "de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo". Muy difícilmente se podría identificar en el campo fenoménico, que la intención fuera de naturaleza altruista o solidaria.

Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre bienes inmuebles

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE(*)

SUMARIO: I. Parte introductoria. II. Tipicidad objetiva. III. Tipicidad subbjetiva.

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

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

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

(Artículo vigente conforme a la incorporación realizada por la quinta disposición complementaria transitoria de la Ley N° 30327, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de mayo de 2015)

(*) Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), docente de la AMAG, Fiscal Superior - Jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía de la Nación. Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), exasesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación.

I. PARTE INTRODUCTORIA

Fuentes periodísticas, indican que autoridades de la Policía Nacional del Perú informaron que en el transcurso del 2014, dicha entidad estatal remitió al Ministerio Público 216 atestados de usurpación de inmuebles y terrenos; siendo lo más recurrente, la invasión de casas y propiedades, producto de problemas documentarios o litigios entre las partes. En efecto, inmuebles que se encuentran en litigio judicial o terrenos carentes de documentación registral, son el blanco de estos agentes, que en algunas ocasiones son respaldados por las autoridades políticas del sector. Situaciones como la descrita muestra una suerte de alianza corrupta entre las personas que se involucran en esta clase de actos luctuosos.

Otros funcionarios públicos (competentes o no, funcionalmente hablando) lo que hacen es extender certificados de "posesión", a los ocupantes precarios del predio, quienes no cuentan con título alguno sobre el inmueble, sea de propiedad o de posesión. A ello se suma la informalidad de algunos así como la carencia de un sistema registral capaz de informatizar y sistematizar toda la información de la propiedad inmobiliaria.

Es así, que se emite la Ley N° 30327 - "Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible", cuyo finalidad es de **promocionar las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, estableciendo la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión.** Normativa que tiene incidencia en la protección del medio ambiente, al instituirse el procedimiento de Certificación Ambiental Global (CAG), con la finalidad de incorporar progresivamente en un solo procedimiento administrativo, los distintos títulos habilitantes relacionados con la Certificación Ambiental Global que corresponde con la naturaleza del proyecto y que son exigibles por disposiciones legales especiales.

Lo que interesa a nuestro presente estudio, es la declaración de "interés nacional", la protección de los derechos de vía y localización de área otorgados para proyectos de inversión, por lo que estipula, que en caso de que las personas naturales o jurídicas que mediante cualquier acto, uso o disposición de las áreas impidan a los concesionarios

el ejercicio del derecho de vía otorgado por el sector correspondiente o invadan la localización de área, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 920 del Código Civil, esto es, la defensa posesoria judicial: **"El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias".**

Resultando de vital importancia, lo previsto en el artículo 28.3 de la ley (*in fine*), que: **sobre los terrenos destinados a derechos de vía no puede otorgarse ningún título de propiedad ni emitir autorizaciones de ocupación, construcción, ni de reconocimiento de nuevos derechos, distintos al uso de los derechos de vía para la instalación de la infraestructura necesaria para la ejecución de proyectos de inversión.** Toma lugar, por tanto, una prohibición expresa de extender títulos de propiedad alguno o de expedir certificados posesorios sobre esta clase de terrenos, que están reservados para la instalación de proyectos de inversión; si antes existían vacíos o lagunas interpretativas que permitían la extensión funcional de dicho derecho, ahora queda expresamente regulado, en sujeción estricta al principio de legalidad. Tanto es así, que la autoridad municipal, a través del ejecutor coactivo, **debe ordenar la demolición de obras inmobiliarias que contravengan lo dispuesto en la presente norma.**

La contravención a los dispositivos legales invocados por parte de los funcionarios públicos encargados de aplicarlos, por tanto, de sujetar su actuación funcional a los mismos, no solo puede merecer un procedimiento disciplinario por la comisión de una "falta grave" (**infracción administrativa**), conforme lo estipula la Disposición Común de la Ley N° 30327, sino también de ser procesado por el delito contenido en el artículo 376-B del Código Penal - "Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles"[1]; toma lugar una acriminación construida desde vértices de corte administrativo, respaldada por consideraciones criminológicas que avalarían esta decisión de política criminal[2].

(1) Incorporado por la ley acotada.

(2) A decir de Meneses Gómez, en cuanto a las razones de dicha penalización, (...) se mencionó que se había verificado que dichos agentes obtenían indebidamente autorizaciones de construcción o certificados de posesión, generando que, a pesar de la preexistencia de los derechos de vía, la infraestructura de servicios

Sale a la luz una nueva incriminación, que se diseña a partir de una construcción normativa propia de los delitos que atacan la Administración Pública, de aquellos injustos **funcionariales** contraventores de la **legalidad**, tal como se desprende de los artículos 376, 376-A y 377 del Código Penal, teniendo como protagonista a un funcionario público revestido de ciertas potestades competenciales. Estos tipos penales cumplen una función político-criminal de primera línea, en cuanto a poner freno a todo viso de arbitrariedad pública, clausurando espacios de intolerable impunidad.

De suerte que estamos ante una modalidad especial de abuso de autoridad, marcada por la **especificidad funcionarial que la patrocina**, al significar una actuación injusta en el ámbito registral: solo será autor aquel funcionario público con la potestad de otorgar derechos de posesión o emitir títulos de propiedad sobre **bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada.**

Todo trámite que un ciudadano efectúa ante un estamento de la administración, a fin de ser aprobado y/o concedido el derecho, requiere cumplir estrictamente con los requisitos contemplados en la ley de la materia. No en vano, los funcionarios y servidores públicos que asumen dicha función han de ser muy rigurosos y meticulosos al momento de evaluar la solicitud del interesado, máxime cuando de por medio esta la propiedad de un bien inmueble, por lo que se debe verificar que el administrado cuente con un título legítimo sobre el bien. El artículo 2011 del Código Civil, dispone que **los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.** No perdamos de vista que el perfeccionamiento del contrato de contraventa es meramente declarativo, por lo que su validez no está condicionada a su inscripción en el registro.

El sistema registral en el Perú en lo que a predios se refiere, tiene entre sus características el que sus efectos son declarativos en un

públicos deba ser reubicada, generando costos no previstos en el proyecto de inversión, así como la suspensión indefinida de la ejecución de obras y de los servicios públicos vinculados a cada proyecto; MENESES GÓMEZ, Alberto. "El delito de otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* N° 78, diciembre 2015, p. 92.

sistema donde las transferencias de la propiedad son de carácter consensual, por lo que el acceso permite acceder a un mayor nivel de seguridad por la oponibilidad de derechos que permite y que es esencial en el sistema. Justamente resulta que esa situación determina que el acceso al Registro se convierta en prioridad para quienes quieren asegurar de mejor modo la titularidad de un derecho real, por ello tanto los titulares legítimos como los ilegítimos pretenden registrar, pues de ese modo el inmueble puede asegurar su tráfico con garantías que brinda el sistema jurídico(3).

Es sabido que algunos funcionarios han extendido ilegítimamente certificados posesionarios a algunos pobladores, sobre bienes que tenían un legítimo propietario, es decir la falta de inscripción de títulos dominicales en las partidas registrales de bienes inmuebles, fue aprovechada por inescrupulosos agentes para hacerse con un título de posesión, lo que ha generado toda una mafia inmobiliaria que tiene en el fraude el medio por el cual logran acceder a una posesión y/o propiedad a todas luces ilegítima.

La Ley N° 30327 pretende cautelar recelosamente la propiedad de las áreas otorgadas para proyectos de inversión, por lo que el concesionario solo puede obtener el derecho de "servidumbre", de manera que sobre este derecho no se pueden reconocer otros "derechos" (de propiedad o de posesión).

Ante las estipulaciones legales mencionadas, se penaliza la conducta del funcionario público, que en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

El bien jurídico –tutelado por la norma penal–, ha de simbolizar una finalidad de política criminal, enmarcado en los principios constitucionales rectores que rigen el funcionamiento de la Administración Pública

(3) PAJARES, Miguel Ángel. *El fraude inmobiliario frente al Sistema Registral Peruano*. Versión en línea: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zbtQjVwNApcJ:www.registradoresperu.org/el-fraude-inmobiliario-frente-al-sistema-registral-peruano/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe.

en el Estado Constitucional de Derecho, dejando de lado cualquier atisbo axiológico, que entrañe un imbricación a criterios meta-jurídicos, desdeñable desde las aristas de un Derecho Penal democrático. Nos inclinamos por identificar a la legalidad de la **actuación funcionarial**[4], como el objeto de tutela penal, de reprimir aquellas conductas de cierto contenido de desvalor –cometidas por los funcionarios públicos–, que al desbordar el umbral de la legalidad aplicable, son susceptibles de constituir conductas arbitrarias, por ende lesivas a los intereses generales de la comunidad.

En la doctrina colombiana, Bernal Pinzón, señala que lo que se protege es el interés público, en el sentido de que las funciones públicas de que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares[5]. Interesante la postura de Meneses Gómez al indicar que también se tutela el patrimonio público y privado, entendido este como los bienes del Estado o de un particular sobre el cual se ejerce las facultades del derecho de propiedad o posesión[6], adscrito a los efectos lesivos de la conducta típica.

En cuanto al segundo nivel de examen; el sujeto activo del delito no puede ser cualquier persona, al constituir un injusto penal de **especificidad funcionarial**[7] importa un tipo penal "especial propio", que se caracteriza por exigir una cualidad especial para ser autor. Se requiere acreditar que el sujeto público cumpla –con toda rigurosidad–, todos los elementos constitutivos del tipo penal (tanto objetivos como

(4) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Editorial Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 815.

(5) BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación ilícita para delinquir.* Editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 161.

(6) MENESES GÓMEZ, Alberto. Ob. cit., p. 93.

(7) Conforme dicho reconocimiento social e institucional es que elaboran los llamados "delitos especiales propios", de cuyo cuño el legislador define una cualidad especial que debe ostentar el autor, cuyo fundamento es su posición en determinadas instituciones, consagradas en la Ley y en la Constitución; se cierra el círculo de autores, a quienes detentan una especial vinculación con la estructura normativa de dichas instituciones; así, Berdugo Gómez de la Torre, al escribir que los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus requisitos ciertas características en el autor, que concurren en un número limitado de personas; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Praxis, Barcelona, 1996, p. 298; en opinión de Gómez Martín, (...) aquellos delitos de los que solo puede ser autor aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por el tipo; "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?". En: *Dogmática actual de la autoría y participación criminal.* Coordinador: Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2007, p. 324.

subjetivos), conforme el principio de legalidad *(nullum crimen sine lege)*; de manera que todos aquellos que no cuentan con tal revestimiento legal, no podrán ser autores, a lo más **partícipes**. Los *extraneus* **–particulares–** que contribuyen de algún modo para que el *intraneus* proceda a realizar la modalidad típica en cuestión, serán considerados cómplices primarios y/o secundarios, dependiendo de la relevancia de su aporte delictivo. Si es que el particular entregó una dádiva al sujeto público para que le otorgue un derecho real sobre un determinado inmueble, la tipicidad penal se traslada al tipo penal de cohecho pasivo propio en el caso del funcionario público, y al cohecho activo en el caso del *extraneus,* por motivos de estricta especialidad[8], no pudiéndose aplicar el delito *–in examen–*. Similar situación se tiene del *intraneus no cualificado,* pues al no poseer la potestad legal que determina el régimen de autoría, solo podrán ser penalizados a título de complicidad o instigación, siguiendo "el principio de la unidad en el título de la imputación". Si quien otorga ilegítimamente el derecho real sobre un inmueble, es un funcionario público que carece de tal competencia legal, el encuadramiento típico no calza en el artículo 376-B, sino en el tipo penal de usurpación de funciones - artículo 361[9] del Código Penal, pues para ser autor no basta con tener la condición de funcionario público, sino que debe ser funcionalmente competente para otorgar derechos de tal naturaleza.

Se asume doctrinariamente que a ser el Estado el titular de toda la función pública que toma lugar a través del aparato público, se instituye como sujeto pasivo de todos los injustos que se perpetran desde la esfera interna de la administración, con la singularidad que adquiere también la calidad de sujeto pasivo de la acción, la cual resulta extensible a un particular[10].

¿Cuál es el núcleo del desvalor de la conducta[11]? El otorgamiento "ilegítimo" de un derecho de posesión o emisión de un derecho de

(8) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte general.* T. II. Quinta edición, Idemsa, Lima, 2015, pp. 112-116.
(9) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* T. V. Tercera edición, Idemsa, Lima, 2010, pp. 92-93.
(10) MENESES GÓMEZ, Alberto. Ob. cit., p. 94.
(11) Meneses Gómez acota que debe considerarse que la norma establece que las conductas típicas pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles del Estado; por el contrario, para el caso de bienes privados solo puede aplicarse a bienes inmuebles. Ibídem, p. 95.

propiedad, esto es, en franca contravención a la normativa que rige dicho proceder funcional. Mejor el término **ilegítimo** que **ilegal**, al incidir en una valoración total del ordenamiento jurídico y así definir la concurrencia o no de una causa de justificación. De manera que desentrañar la tipicidad objetiva del comportamiento prohibido implica remitirnos a una norma extrapenal. En este caso, a las estipulaciones legales glosadas en la Ley N° 30327.

Condicionar toda la materia de prohibición de los preceptos jurídico-penales en rigor, importa construir una norma penal en blanco **completa y/o total**, donde la definición del injusto penal estaría dada por la legislación extra-penal, lo cual no resulta acorde al principio de legalidad(12). No en vano, se cuestiona la sanción de este tipo de técnica legislativa, que si bien legítima en un ámbito tan especial de la criminalidad (económica)(13), no por ello, puede importar el vaciamiento de un principio fundamental del Derecho Penal en un orden democrático de derecho; de acuerdo a dicha descripción de las cosas, las posibles modificaciones que podría experimentar constantemente la normativa administrativa, movería a su vez el ámbito de protección de la norma, provocando una afectación a la seguridad jurídica que debe imperar en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional; al respecto, el Tribunal Constitucional español, en las sentencias N° 127/19990, estableció que su uso será compatible con las garantías constitucionales del principio de legalidad penal y del principio de taxatividad, siempre que se observe por parte del legislador lo siguiente: 1.- La remisión a la legislación extrapenal debe ser expresa y se deben evitar las remisiones *in totum* a la misma; 2.- La remisión debe ser necesaria y estar justificada por **las necesidades de tutela del bien jurídico** que se

(12) Al respecto, Martínez-Buján Pérez, anota que se habla de remisiones totales cuando existe una absoluta ausencia de concreción del tipo penal, de tal modo que este se limita simplemente a establecer la sanción y relega la determinación de toda la esfera de lo punible a una instancia diferente. Cuando esta clase de remisión se efectúa a una instancia inferior (hipótesis muy mayoritaria), entonces nos encontramos con un concepto que se aproxima mucho a la noción originaria de la ley penal en blanco (concebida como ley que carece totalmente de "norma"), tan criticada desde la óptica político-jurídica por suponer una vulneración frontal al principio de legalidad; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico. Parte General.* Segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 124.

(13) Así, Ramos Tapia, al sostener que admite en ocasiones, el recurso a la técnica de las leyes penales en blanco puede resultar imprescindible porque, en algunos delitos, no es posible incorporar a la ley penal todos los requisitos de la conducta típica dada la complejidad técnica o el carácter cambiante de la materia, como ocurre, por ejemplo en los delitos contra la salud pública o medioambientales (...); RAMOS TAPIA, María Inmaculada (coordinadora). *Derecho Penal. Parte general.* Segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 247.

desea proteger (por ejemplo, el medio ambiente); y, 3.- A la vista de lo anterior, la legislación extrapenal debe constituir el **complemento indispensable** de los tipos penales y, 4.- La ley penal debe expresar en el propio tipo **el núcleo de prohibición penal**, que en modo alguno debe ser objeto de remisión o reenvío a legislación extrapenal complementadota del tipo.

En la jurisprudencia suprema nacional se ha esbozado el siguiente criterio: "Respecto al delito de abuso de autoridad previsto en el artículo trescientos sesenta y seis del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están revestidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; b) La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; y c) Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otros ramos del Derecho Público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consiguientemente, determinan la forma de los límites dentro de los cuales puede el funcaionario ejercitarla lícitamente"(14).

Siguiendo a Quintero Olivares diremos que (...) se hace preciso que la remisión a la normativa extrapenal quede sometida a los criterios penales de desvalor sustancial (de acción y de resultado), en aras de una selección cualitativa de los preceptos extrapenales que merecen completar el tipo penal. Por consiguiente, no se trata de una remisión formal, en el sentido de que no toda la legislación extrapenal de un determinado sector de actividad está en condiciones de aportar cualitativamente al desvalor material de la conducta típica(15). Así, cuando se postula en un sector de la doctrina española, que resulta imprescindible que el tipo penal describa lo más exhaustivamente posible las normas que sirven de complemento, evitando remisiones en bloque a toda la legislación administrativa sobre la materia, pues, de

(14) Exp. N° 1897-2000-A. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)*. Idemsa, Lima, 2002, pp. 729-730.

(15) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Cuarta edición, Aranzadi, 2005, p. 65.

lo contrario, se convierte en delito cualquier infracción administrativa sobre la materia, con vulneración de los principios de intervención mínima y proporcionalidad del Derecho Penal[16].

Una vez definida la institución de la "norma penal en blanco", hemos de definir si la contravención a la legalidad vigente, importa un contenido suficiente de materialidad lesiva, para justificar la punición de esta conducta, máxime al tratarse de una ley penal "en blanco".

A nuestro parecer no resulta suficiente la contrariedad al orden legal, ello no puede *per se* justificar válidamente la incriminación de una conducta. El artículo 376, dispone que el acto arbitrario (resolución y/o acto administrativo), debe causar un perjuicio a alguien, lo que vendría a sustentar la lesividad del comportamiento[17]. No perdamos de vista, que la misma Ley acotada, en su artículo 39 prevé que: "el incumplimiento de alguna de sus normas por parte de los funcionarios públicos competentes, constituye falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece". En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable, bajo responsabilidad del titular de la entidad. Por consiguiente, la misma conducta sería a su vez un injusto administrativo y un injusto penal, en probable lesión al principio del *non bis in idem,* de manera que debemos buscar criterios diferenciados[18] y así cautelar los fines que cada uno de estas ramas del ordenamiento jurídico debe ejercer en este sector socioeconómico. De no ser así, estaríamos convalidando una manifestación de la "Administrativización del Derecho Penal", al elevar al rango de injusto penal meras desobediencias administrativas. Una técnica legislativa no compatible con los dictados de un "Derecho Penal Mínimo".

Lo que hace el agente es *otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal,* implica extender un derecho real sobre un determinado bien (mueble o inmueble), sabiendo el agente que no se cumple con los requisitos de la normativa de la materia. De esta última precisión es que se califica el acto como "ilegítimo". Ojo debe referirse al otorgamiento de un derecho real (posesión), no a la

(16) RAMOS TAPIA, María Inmaculada (coordinadora). *Derecho Penal. Parte general.* Ob. cit., p. 418.
(17) Vide. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial,* T. V.
(18) Sean estos de carácter cuantitativo y/o cualitativo.

acreditación de una situación fáctica, como sería extender un certificado de posesión, que usualmente es empleado por el beneficiario para interponer una demanda de prescripción adquisitiva de dominio. Como bien se dice en la doctrina, la emisión de una constancia de posesión tiene como finalidad el reconocimiento de que una persona posee un determinado bien, sin que ello implique el otorgamiento del derecho de posesión (...)[19], la cual emite por ejemplo los Jueces de Paz de la localidad respectiva.

En el segundo párrafo del articulado, se construye una circunstancia de agravación, considerando la calidad del beneficiario del certificado posesorio o del título dominical, en cuanto a ser personas que **ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer** párrafo. Objeto de valoración para definir un mayor desvalor, sería la situación de ilicitud preexistente del beneficiario del derecho real, esto es, de ocupar ilícitamente el bien inmueble, que ya de por sí constituye un delito independiente –usurpación–, con respecto al beneficiado con el otorgamiento del derecho real. Precaria situación del beneficiario que tiene que ser abarcado por la esfera cognitiva del agente (*sujeto público*), para poder ser aplicada la agravación –en cuestión–, ante un probable error de dicha circunstancias, la punición tendría que sostenerse sobre el tipo base.

Finalmente, en cuanto a las formas de imperfecta ejecución, el delito adquiere perfección cuando el *intraneus* otorga –vía la resolución administrativa correspondiente–, el derecho de posesión o emite el título de propiedad, teniendo como beneficiario a una determinada persona. Los actos anteriores, encaminados al otorgamiento del derecho real, serán calificados como *delito tentado,* por ejemplo, la proyección del título propiedad que es objeto de observación por parte de la autoridad competente. Eso sí, no se necesita la ocupación real del beneficiario del bien inmueble, basta con el perfeccionamiento del título habilitante.

III. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo subjetivo del injusto solo viene informado por el dolo del autor, conciencia y voluntad de expedir una resolución que otorga

(19) MENESES GÓMEZ, Alberto. Ob. cit., p. 96.

un derecho posesorio o un título dominical de un bien inmueble, en inobservancia de sus obligaciones u atribuciones legales. Por lo demás, no se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente ajeno al dolo.

Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función

Betty S. HUARCAYA RAMOS(*)

SUMARIO: I. Consideraciones generales en relaciòn al contructo del tipo penal en cuestòn. II. Características y descripción del tipo. III. De los conceptos de omitir, rehusar o retardar. IV. De la autoría, coautoría e instigación y la complicidad. V. Del bien juridico tutelado. VI. Del sujeto activo. VII. Del sujeto pasivo. VIII. De la pena.

I. CONSIDERACIONES GENERALES CON RELACIÓN AL CONSTRUCTO DEL TIPO PENAL EN CUESTIÓN

"Artículo 377.- Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función

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

(Artículo vigente conforme a la modificación realizada por la primera disposición complementaria moficatoria de la Ley N° 30364, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de noviembre de 2015)

El tipo es esencialmente descriptivo, pero también valorativo en relación con actos prohibidos o exigidos. En tal sentido, en la relación correlacional de texto y significado no existe mayor inconveniente. El legislador peruano ha recurrido en el constructo de esta figura penal a paráfrasis de dimensión objetiva en la utilización de vocablos-conceptos

(*) Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

como contenido material del tipo penal que, requieren un proceso de interpretación o una valoración primaria, siendo el elemento normativo (ilegal)[1] fundamental en esta tarea. Eso explica el jurista peruano Jorge B. Hugo Álvarez cuando sostiene argumentando: "El contenido de un elemento normativo en el tipo, hace que estas conductas estén sujetas a una valoración jurídica del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigidas"[2]. Esto implica que el agente tenga capacidad de actuación y capacidad esperada razonablemente.

En esta línea de razonamiento, la relación del juez con la norma penal no se reconduce a su sentido literal o textual. La significancia valorativa de los elementos normativos tiene mucho de racionalidad para un juez decisor que hace uso en el proceso de interpretación de los principios y preceptos constitucionales; porque texto y significado no siempre es lo mismo. El tratadista argentino, Martín Laclau, con mucha razón de índole filosófico, afirma: "Toda actividad humana va incorporando sentidos a la realidad; de allí que el hombre viva interpretando y que cada uno de nosotros desarrolle sus interpretaciones desde una específica compresión originaria, que es propia de cada cual y merced a la que podemos movilizarnos en el mundo y compórtanos frente a las realidades que este nos presenta"[3]. Para luego agregar: "En el caso del derecho, el tema de la interpretación de la ley. Esta ha sido considerada como una forma de expresión y, consecuentemente, se han elaborado una serie de reglas y métodos con el objeto de sacar a la luz el significado encerrado en las palabras que constituye el texto"[4]. En efecto, todos interpretamos, y con mayor razón el juzgador, pero nada está sujeto a la arbitrariedad en este proceso de interpretar la norma penal. Es correlacional dentro del marco preceptivo de la Carta Fundamental de la República. "Para comprender en qué

(1) A menudo se suele hablar de detención ilegal, prueba ilegal, colusión ilegal, tráfico ilegal de drogas, minería ilegal, etc. lo cual parece admitir una interpretación relacionada, como algo contrario o fuera de lo establecido por ley de manera expresa en un sentido amplio.

(2) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: *Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos Contra la Administración Pública,* Gaceta Jurídica. 1ª edición. Lima-Perú. p. 29. No obstante lo señalado por el maestro, este elemento normativo está sujeto a un proceso de interpretación no textualista.

(3) ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL: *La interpretación del Derecho,* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989, p. 9.

(4) Ibídem, p. 10.

consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje"[5].

Del mismo modo, conceptos como "funcionario público" para los efectos penales, no es del todo acabado en materia penal. Lo propio puede señalarse en relación a los verbos rectores contenido en el tipo penal: omitir, rehusar o retardar en su sentido negativo (ilegalmente), lo cual parecería admitir (a contrario sensu) que en determinados casos concretos es posible omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo. La expresión: "El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo" parece admitir esta posibilidad. No obstante, es poco probable que se dé este caso por las funciones generales y atribuciones específicas de un funcionario público son pautadas en su ejercicio real[6]. En el fondo es un incumplimiento de deberes y el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto a oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función.

Lo real en este tipo penal es qué se espera por parte del agente una acción esperada, lo cual implica la existencia de una norma preceptiva o de mandato preexistente que exige su efectiva realización dentro los parámetros posibles. Por eso, el elemento normativo (ilegalmente) resulta un parámetro indicativo racional entre la acción esperada posible y de aquella otra de actuación dolosa. Ahora bien, qué se debe entender por "ilegal" para los efectos penales, es algo manifiestamente contrario a la ley en términos generales.

Por otro lado, llama la atención la pena benigna con lo cual se sanciona al agente infractor. Peor aún, si consideramos las desproporcionadas penas contempladas para delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública. El funcionario público, al actuar dolosamente, le hace mucho daño a la Administración Pública y como tal debería considerarse una pena mayor[7].

(5) HURTADO POZO; José. *Manual de Derecho Penal-Parte General.* 3ª edición, Grijley, 2005, Lima, p. 187.

(6) Por ejemplo, entre los deberes de los magistrados, se encuentra en resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso; y evitar la lentitud procesal conforme lo dispone el artículo 184 numerales 1 y 12 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

(7) Lo racional es solo tipificar como delitos hechos graves y no de meras bagatelas. El tipo penal en cuestión no es de simple omisión, es mucho más complejo y relevante como ilícito penal.

No obstante, en el caso en comentario, cabe determinar si estamos ante un delito omisivo de mera actividad o de resultado. Si el agente omite es porque hay inactividad dolosa con el propósito de perjudicar a un tercero. No hay un resultado esperado dentro de los plazos pautados por ley, previamente existente. Por lo tanto, es una omisión de resultado, por ejemplo, se produjo el daño a un tercero por la acción esperada en su oportunidad y no después. En tal sentido, resulta discutible lo resuelto por el Tribunal Constitucional al establecer en el fundamento N° 4 y 5 de la sentencia que guarda relación con el Exp. N° 00107-2011-PA/TC. Lima. José Elías Rodríguez Domínguez lo siguiente:

> **Fundamento N° 4.-** "Que, en el presente caso, la demanda ha sido interpuesta para cuestionar la omisión y el retardo de actos funcionales en los que –presumiblemente– incurrió el Jefe de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), al no pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la pensión de jubilación del demandante".
>
> **Fundamento N° 5.-** "Que en este contexto y tomando en consideración la información proporcionada a este Tribunal por el recurrente Rodríguez Domínguez, con fecha 19 de abril de 2011, es evidente que a la fecha en que este Colegiado conoce de la presente causa, **carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a la materia controvertida, toda vez que la omisión cuestionada ha dejado de ser tal, al haberse emitido el pronunciamiento solicitado, mediante Resolución Administrativa N° 0000035612-2011-ONP/DPRSC/DL 19990, de fecha 7 de abril de 2011**".

Esto implicaría establecer que lo ilegal del retardo o de la omisión no se configura si el agente a posterior de la denuncia penal por este delito emite la correspondiente resolución. Nada más ajeno a este simplismo. Una cosa es sustraerse de la materia y otra la responsabilidad penal del funcionario público que por dolo directo omitió un deber de función teniendo capacidad de actuación y posibilidad real de cumplir con el mandato de ley. Ese solo hecho constituye una afectación del bien jurídico tutelado por la norma penal en perjuicio del Estado y del particular.

Hay delito de omisión de resultado y de mera actividad omisiva. En el primer caso se exige el resultado que la omisión produce. La

muerte por omitir prestar asistencia pudiendo hacerlo, por su capacidad de actuación y posibilidad real de hacerlo. Del mismo modo, la omisión como mera inactividad. Es decir, el agente es requerido y a pesar de ello omite su deber funcional. Es decir, el agente se abstiene de realizar una conducta ordenada por la norma, y, por lo tanto, se infringe una norma preceptiva o de mandato.

Dentro de los delitos de omisión debemos distinguir a los de omisión propia e impropia. La omisión propia es de mera actividad, por ejemplo, la omisión del deber de socorro y, en la omisión impropia es un delito de resultado.

En tal sentido, el tipo en comentario se ubica dentro de los delitos de omisión propia se le conoce como aquella acción, en la que el agente rehúsa y omite cumplir una norma imperativa.

En suma, como señala el maestro Jorge B. Hugo Álvarez: "El legislador peruano de 1924 consideró tipificar dentro del rubro genérico de Abuso de Autoridad, las conductas que se traducen en la omisión, el rehusar o retardar ilegalmente algún acto de su cargo, teniendo como fuente directa al artículo 249 del Código Penal argentino guardando similitud en su redacción con el artículo 338 del Código Penal peruano, pero agregando al tipo el verbo rector adicional "omitiere"[8].

El Código Penal de 1991 configuró el tipo en el artículo 337 cuya redacción es similar al artículo 338 del Código peruano de 1924 con la diferencia que los verbos rectores: "omite", "rehúsa" y "retarda", empleados denota conductas omisivas en tiempo presente y la del código derogado, en futuro[9].

Modernamente, en la legislación comparada son pocos los Códigos penales que tipifican como hecho ilícito estas conductas omisivas por considerarlas faltas administrativas, siendo la orientación predominante en la doctrina penal su despenalización.

En suma, el tipo penal admite interpretación de connotación muy amplia del mismo modo restringida según sea el caso concreto. No obstante, la inflación legislativa del Poder Ejecutivo y Legislativo,

(8) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Ob. cit., p. 29.
(9) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Portocarrero, Lima, 1995, p. 110.

incurren en incongruencias invasivas como lo establecido por la Ley Nº 27806, Ley de Transferencia y Acceso a la Información Pública que en su artículo 4 y 14 que establece que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere la Ley Nº 27806 son sancionados como falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión del delito de Abuso de Autoridad a que se hace referencia el artículo 377 del Código Penal[10]. Del mismo modo lo establecido por el artículo 14 de la acotada ley que establece de manera literal lo siguiente: "El funcionario público responsable de dar información, que de modo arbitrario obstruya el acceso del solicitante a la información requerida, o la suministre en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de esta ley, se encontrará incurso en los alcances del artículo 4 de la presente ley". Es decir, podrán ser denunciados por el delito contemplado en el artículo 377 del Código Penal. Estas formas arbitrarias de obstruir la información solicitada no se subsumen en los supuestos contemplados en el artículo acotado. La existencia de una estructura de valoración y reglas de interpretación en materia penal recusan estas formas poco razonables de extender los supuestos prohibidos o exigidos[11].

En un contexto de simbolismo penal y populismo represivo en exceso, hemos optado por una reinterpretación racional de cada una de estas figuras penales, desde una visión de valores, principios y preceptos constitucionales, acercándonos a un Derecho Penal Constitucionalizado. Consideramos que la ley penal debe interpretarse de conformidad con la Constitución Política y con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención del delito reconocidos en los tratados de los cuales el Perú es parte, en especial, aquellos sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como de conformidad con la jurisprudencia de Tribunales Internacionales cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano.

Estas reglas de interpretación tienen base constitucional porque se ubican dentro de los parámetros establecidos por la corriente moderna

(10) Incongruente en la medida en que solo puede ser sujeto activo el funcionario público, no así el servidor. Dejar la posibilidad de denunciar penalmente a los que omiten en dar información es bastante peligro porque por ley no se puede hacer una interpretación extensiva del tipo penal en comentario.

(11) Todo lo real es mutable pero no todo lo mutable es arbitrario. Lo razonado es pensado pero lo pensado es argumentado a través del lenguaje. En tal sentido, el texto prescriptivo tiene significación racional. Aquella sujeta al principio de legalidad y muy, en particular al subprincipio de certeza o taxatividad.

de un Derecho Penal constitucionalizado. Pretendemos alejar de este modo a los operadores del Derecho Penal de toda interpretación textualista o exegética de la norma, al proponer una interpretación racional de conformidad con la Constitución en cuanto a valores, principios y preceptos constitucionales. Del mismo modo, toda interpretación deberá estar acorde con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención de los delitos reconocidos en los tratados del cual el Perú es parte y que de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política del Estado forma parte del Derecho interno en vigor.

En un mismo nivel de reglas de interpretación también se establece que la interpretación deberá hacerse de conformidad con la jurisprudencia de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano, como el caso del Tribunal de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

II. CARACTERÍSTICAS Y DESCRIPCIÓN DEL TIPO

En el tipo penal en cuestión son varios los verbos rectores que indican la acción dolosa del agente: omitir, rehusar o retardar. Vocablos que requieren ser interpretadas en relación a los elementos normativos al cual están asociados (ilegal-por razón del cargo). Todo cargo conlleva funciones y/o atribuciones asignada por normas generales o específicas. Nada está sujeto a caprichos o estado de ánimo de un funcionario público. Todo está pautado y sujeto a reglas.

Una regla fundamental que aclara el proceso de interpretación y aplicación de la norma penal ofreciendo pautas fuertes significante del contenido material del tipo penal[12]. Es importante que los juristas orienten sus puntos de investigación al estudio racional poniéndose énfasis, no solo en la norma penal promulgada, sino en el proceso de la creación de dicha ley penal. Es decir, lo que determina el ejercicio de este poder-legislante (iniciativa y potestad reglamentaria). Dicho esto,

(12) El Derecho Penal no se reduce a un conjunto de normas sino también de principios, valores y preceptos constitucionales que hacen posible el sentido racional de la norma penal. En términos generales la idea de prevención (protección de la persona y de la sociedad) determinan los criterios que permiten edificar el Derecho Penal peruano desde fundamentos constitucionales. La Constitución peruana de 1993 ha puesto parámetros a la acción punitiva del Estado señalando determinadas garantías de orden material y de orden procesal. Entiéndase que la acción represiva tiene como límite la dignidad de la persona humana. Por tanto, no es posible un Derecho Penal que no esté acorde con los principios, valores y derechos fundamentales.

cabe precisar que estas acciones materiales de omisión mantienen una relación de acuerdo al cargo que le corresponde al funcionario público.

Lo sustancial del tipo es que describe de manera objetiva la omisión de una acción exigida relacionada con algún acto funcional del cargo, solo de esa manera esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio "nulla poena sine lege". Función de garantía del tipo que recoge el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Carta Fundamental de la República[13]. La norma penal tiene como contenido material una ordenanza u exigencia dentro de lo exigible razonablemente. El funcionario público debe hacer lo que es propio a su cargo de acuerdo a sus funciones y/o atribuciones. No puede faltar a sus deberes funcionales: sea omitiendo, rehusando o retardando.

Una nota característica del tipo evidencia que, las dos primeras conductas son propiamente omisivas la segunda no. Requiere de una actividad (rehusar) que, al ser corroborada por una inactividad, recién se configura el tipo porque viola el mandato de una acción exigida en cuanta oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública. En este contexto se impone normativamente la exigencia de la realización de una determinada conducta relacionada con algún acto de su cargo de acuerdo con los principios de oportunidad y eficacia que el caso exige.

Ahora bien, dentro de las exigencias objetivas y subjetivas del tipo debe tomarse en consideración por parte del funcionario público, una acción esperada, porque el tipo esta interrelacionada con la norma preceptiva, o norma de mandato. Es decir, se evidencia una acción esperada por parte del funcionario de acuerdo a sus atribuciones en función al cargo. Del mismo modo, debe haber capacidad de actuación, lo cual implica tener plena capacidad física y psicológica para actuar, y

(13) Constitución Política del Estado
Art. 2. Inciso 24
Literal d): "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley".
No cabe duda que la interpretación judicial de la norma penal se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial. La función específica del juzgador es aplicar la ley, pero está constantemente obligado a interpretar la norma que debe aplicar, buscando su sentido para el caso concreto que lo lleva muchas veces a flexibilizarla o interpretarla restrictivamente para ello debe preferir en materia de derechos humanos a los tratados y convenciones celebrados por el Estado en vigor y la Constitución.

cumplir lo pautado por norma preceptiva. Claro que debe evidenciarse esa capacidad en la concurrencia de circunstancias ordinarias o extraordinarias concurrentes que contribuyan al cumplimiento de sus obligaciones con conocimiento previos. De otro modo, sin los elementos de capacidad se estaría produciendo un error de tipo que justificaría el comportamiento del agente. En tal sentido, el tipo admite una acción omitida, que ha de representar una infracción de un deber de actuar.

Otra nota característica del tipo se traduce en que, el agente solo puede ser un funcionario público, no el servidor. Lo es porque con su conducta en los dos supuestos ilegales (omitir y rehusar) quebranta la exigencia de una realización determinada por la norma penal; de esa manera, deja de hacer algo que por función le compete hacer, en el otro sencillamente dilata (retardar) difiere algún acto de su cargo, pero sin desistir; de manera que dicha exigencia no se cumple en su oportunidad, por tal razón deviene en eficaz. De manera que el delito se consuma en el momento en que el agente debió realizarse la acción funcional exigida. Bien puede sostenerse que se concibe el delito de omisión de acuerdo con los criterios de la denominada teoría de la "acción funcional esperada".

"Como cualquier delito de omisión", solo puede cometerlo el que este jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza[14], de manera que los supuestos que contempla el tipo están referidos a los casos en que el agente tiene la obligación legalmente de cumplir con sus obligaciones funcionales en la forma y manera establecida por la ley.

Frecuentemente, el hecho de omitir una acción funcional exigida por el orden jurídico se relacionada con una situación socialmente dañina. Sin embargo, la punición del hecho punible de omisión no depende, salvo si se trata de un delito de peligro concreto, de la producción de un resultado. Basta la no realización ilegal de la acción funcional exigida por la norma penal para que se configure el tipo porque es un delito de peligro abstracto.

Ahora bien, el tipo penal descrito en el artículo 377 del Código Penal tiene las características que se describen en forma objetiva basada en supuestos de una acción exigida que se traducen en **ilegalmente,**

(14) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo 2, 2ª edición, Astrea, p. 353.

omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo; solo de esa manera, es posible sancionar punitivamente estas conductas omisivas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. Aquí debe tomarse en consideración el elemento contenido en su estructura normativa expresada en el vocablo: "ilegalmente". Por ejemplo, el funcionario público que dilata innecesariamente emitir una resolución determinada pese a que circunstancia de tiempo, de personal, de carga procesal, etc. permite resolver en el tiempo que señala de ley para que los efectos de dicha resolución sean oportunos y eficaces.

En materia penal todo lo exigido debe ser típico y tener un contenido de supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca. De manera que todo lo que no está penalmente exigido está penalmente permitido su omisión.

Ahora bien, corresponde al juzgador evaluar en cada caso concretos estos actos funcionales exigidos que correspondan al cargo que desempeña, lo cual implica determinar la competencia, posibilidades reales del cumplimiento de los plazos establecidos por la ley, etc. tomando en consideración que se trata de una norma penal que se describe como un delito especial de función pública de conductas omisivas ilícitas cuyos contenidos o supuestos están expresados en los verbos rectores: "omitir", "rehusar" y "retardar" relacionado a cualquier acto funcional vinculado al cargo que ostenta el agente; no fuera de ella. Así lo entendió la jurisprudencia que a continuación se detalla:

> "No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado, se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos" (Sala Penal R.N. N° 4689-97-Junín).

Como bien refería el eminente tratadista argentino, Eusebio Gómez: "Los actos constitutivos de este delito, importan omisiones de deberes a cargo del funcionario público, cuando esa omisión es ilegal. La Ley se refiere, en forma expresa a la ilegalidad"(15). De manera que el contenido de un elemento normativo en la estructura del tipo, hace

(15) GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Compañía Argentina Editores, Buenos Aires, 1941, p. 500.

que estas conductas estén sujetas a una valorización jurídica por parte del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigibles.

La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción exigida como deber del funcionario del público; estas exigencias están referidas a los actos que le competen en razón al cargo que desempeña por imperio de la ley. La frase utilizada por el legislador en la configuración del tipo: **"El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo (...)"** es muy amplia porque están referidas a cualquier acto propio del cargo que desempeña el funcionario público.

Aquí, el bien jurídico específico que protege la norma penal tiene como objetivo asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública; de manera que la pena a aplicarse haya su fundamento en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Penal)[16].

La jurisprudencia nacional en este sentido es bastante ilustrativa:

"En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión o puesta en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo" (Ejecutoria Suprema 05/08/99. Exp. 2529-99-Huánuco).

"Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico-penal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito" (Resolución Superior, Segunda Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 547-95).

(16) Código Penal
Art. IV. (Principio de lesividad de bienes jurídico-penales).
"La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Este principio del Derecho Penal liberal que recoge nuestro ordenamiento penal tiene por finalidad limitar el poder punitivo del Estado en función del principio de exclusividad tutela de bienes jurídicos.

Esta jurisprudencia y lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano nos permite establecer que sin lesión o puesta en peligro el bien jurídico tutelado no hay tipo.

El dolo es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo. El agente es consciente de la situación concreta de cumplir diligentemente con sus obligaciones funcionales y de sus posibilidades de cumplir con el acto exigido por la norma penal y en ese conocimiento actúa omitiendo o rehusando, cuando no retardando un acto propio de sus funciones. Permanece inactivo a sabiendas de su ilegalidad en función del desarrollo de los hechos.

El contenido de un elemento normativo en el tipo hace que estas conductas estén sujetas a una valorización jurídica del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigibles. La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción, exigida como deber del funcionario.

Cuando el legislador emplea en el tipo el elemento normativo que se traduce en el vocablo "ilegalmente" que antecede a los verbos rectores: "omitir", "rehusar" y "retardar" está refiriéndose a la omisión maliciosa del agente. Es decir, a la omisión de una acción posible razonablemente dentro de las circunstancias de tiempo, lugar, personal de apoyo, logística, etc. que le son exigibles a cumplir como actos de su cargo: "La injusticia de esta actitud –elemento normativo del tipo legal– consiste en que el funcionario obra contraviniendo un deber de su función, denegando, omitiendo o retardando lo que debe hacer recta y oportunamente"(17).

Toda función es por esencia constitutiva es normativa y las instituciones u organismos del Estado deben contar por mandato legal con instrumentos básicos de gestión: Reglamento de Organización y Funciones (R.O.F.), un Manual de Organización y Función (M.O.F), Un Texto Único de Procedimientos Administrativos (T.U.P.A.), etc. que prescriben funciones y atribuciones, deberes, plazos, etc. o normas de mayor rango, como leyes orgánica, decretos legislativos, leyes ordinarias, ordenanzas regionales, municipales, entre otras normas, que

(17) CORNEJO, Gustavo A. Ob. cit., p. 110.

establecen derechos, deberes y/o obligaciones y responsabilidades al cual están sujetos todos los funcionarios públicos.

El juzgador deberá tener en cuenta el mandato jurídico de deberes y/o obligaciones establecidas por el derecho público y una valoración jurídica de la conducta omisiva a la exigencia del elemento normativo del tipo; lo que implica del juzgador la exigencia de un amplio dominio del conocimiento jurídico, razonamiento y experiencia.

Estando al elemento normativo "ilegalmente" la existencia del dolo directo es determinante para diferenciar una infracción administrativa (llegar tarde a su centro de labores) de otros actos de su cargo que conllevan relevancia penal (no acudir deliberadamente con el propósito de no resolver un asunto exigido prontamente).

Ahora bien, ¿cuándo una omisión, rehusamiento o retardo de algún acto de su cargo puede ser atípica, jurídicamente permisible o inculpable? o ¿cuáles son los factores concurrentes que motivan al funcionario o servidor público a omitir, rehusar o retardar un acto de su cargo sin relevancia penal?

Los supuestos atípicos se dan cuando no existe el elemento normativo "ilegalmente" por ejemplo, en el caso de las causas eximentes contempladas en los incisos 7, 8, 9 y 10 del artículo 20 del Código Penal[18] o en los casos como el señalado en la siguiente Ejecutoria suprema: "No constituye delito el hecho de haber omitido el juez ordenar la necropsia de ley, si no ha actuado ilegítimamente al incurrir en dicha omisión" (Ejecutoria Suprema del 6 de octubre de 1997, Exp. N° 4464-96-Lima).

Casos o situaciones que bien pueden resolverse con la existencia de otra norma expresa que lo obligue a omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo como la no-exigibilidad de otra conducta, que de alguna manera contraviene el principio de la obligatoriedad y exigencia de los deberes del cargo contemplados en normas de orden público.

(18) Código Penal
Art. 20. Causas eximentes
Inc. 7 El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.
8.- El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.
9.- El que obra por orden obligatorio de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y
10.- El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Sebastián Soler comentando el artículo 249 del Código Penal argentino sostenía que: "si un juez falla las causas que permanentemente se puede fallar, sin un empleado revisa los expedientes en cantidad proporcionada al trabajo normal, no se dirá que ilegalmente omiten estudiar o resolver el resto, aun cuando la ley haya establecido los términos en que ello debía cumplirse. El vencimiento de un término legal no importa en sí mismo la comisión de este delito"(19). Comentarios que compartimos y hacemos extensiva al artículo 377 del Código Penal.

Al no existir omisión maliciosa no hay tipo; hecho que lo distingue de aquella otra que contiene un dolo directo. Ambas omisiones maliciosas y no maliciosas de alguna manera implican incumplimiento de los deberes del cargo; pero se distinguen uno del otro porque el primero tiene relevancia penal y el segundo relevancia administrativa. En consecuentemente merecen un tratamiento distinto acorde con su naturaleza punitiva. Lo ilegal es contrario a lo legal, y lo legal es lo que establece la ley prescribiendo los deberes del cargo, plazos, responsabilidades, etc. como exigencia y cumplimiento obligatorio.

Quizás el único reproche a formular al legislador peruano en la formulación del tipo penal en comentario es haber empleado en el proceso de constructo del tipo un elemento normativo expresado en el vocablo "ilegalmente" muy discutible porque va asociada a conductas que contienen dentro de la estructura del tipo un elemento psíquico y que es consustancial a las motivaciones de la omisión maliciosa. Si la motivación responde a razones de lucro el agente incurre en otra figura legal cohecho por omisión (artículo 393 del Código Penal), y no en el incumplimiento de deberes. Es verdad que el tipo suele referirse a los funcionarios públicos que, en determinado asunto, omite, rehúsa o retarda el cumplimiento de su deber; no es el caso del agente que cierra las puertas de su despacho y se abstiene de todo acto propio de su cargo pues, estamos ante otra figura legal.

El elemento normativo "ilegalmente" en la configuración del tipo requiere, necesariamente, de una valorización jurídica por parte del juzgador, muy discutible que "(...) pone en peligro la interpretación exacta del tipo, lo que no ocurre con la precisión de los elementos

(19) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo V, Tea, 1996, p. 144.

descriptiva"[20]. Estas dificultades hacen inviable e impracticable su aplicación; el hecho práctico lo confirma.

Ahora bien, dejar a la discreción del juzgador el determinar los supuestos exigidos por la norma penal es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; toda vez que la creación de los tipos penales es privativa del órgano legislativo a quien le compete crear tipo de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política del Estado dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos y no establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hacer uso del control difuso; lo que no puede hacer es "crear" supuestos vía interpretación.

La técnica legislativa empleada por el legislador en la configuración del tipo descrito en el artículo 377 del Código Penal describe de manera expresa e inequívoca cuáles son los supuestos comisivos que se sancionan; pero al establecer en la estructura del tipo un elemento normativo pone a merced de la decisión judicial, indebidamente, los límites entre lo lícito y lo punible.

No cabe duda que la comprobación de que un acto se adecua o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley, o a no perseguir penalmente al autor de una omisión, en realidad típico. Esto es lo que hace el juez instructor aunque sea de manera provisional al momento de decidir si procede abrir instrucción. Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el principio de la legalidad.

De todo lo indicado estas deben estar sujetas a reglas de interpretación de base constitucional porque se ubican dentro de los parámetros establecidos por la corriente moderna de un Derecho Penal constitucionalizado. Pretendemos alejar de este modo a los operadores del Derecho Penal de toda interpretación textualista o exegética de la norma, al proponer una interpretación racional de conformidad con la Constitución en cuanto valores, principios y preceptos constitucionales.

(20) PORTOCARRERO, Juan. Ob. cit., p. 111.

Del mismo modo, toda interpretación deberá estar acorde con las normas y principios sobre derechos humanos y prevención de los delitos reconocidos en los tratados del cual el Perú es parte y que, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, forma parte del Derecho interno en vigor.

En un mismo nivel de reglas de interpretación también se establecer que la interpretación deberá hacerse de conformidad con la jurisprudencia de Tribunales Internacional cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano, como el caso, del Tribunal de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Esta norma rectora que como principio establece las fuentes con las cuales la ley penal se interpreta. En ese sentido, de conformidad con esa prescripción, la ley penal se interpreta de acuerdo con las disposiciones constitucionales, las normas y principios sobre derechos humanos y prevención del delito reconocidos en tratados de los cuales el Perú es Estado parte, en especial aquellos sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y la jurisprudencia de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya reconocido el Estado peruano. Esta disposición tiene su fuente directa en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, en el artículo V del Código Procesal Constitucional y la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia[21].

III. DE LOS CONCEPTOS DE OMITIR, REHUSAR O RETARDAR

El Derecho Penal es ciencia, pero no es algo químicamente puro. Su naturaleza porosa lo hace permisible a mutaciones de funcionalidad, reglas de interpretación y significancia material[22]. He aquí la signifi-

(21) El Derecho Penal no se reduce a un conjunto de normas sino también de principios y valores constitucionales que hacen posible el sentido racional de la norma penal. En términos generales la idea de prevención (protección de la persona y a la sociedad) determinan los criterios que permiten edificar el Derecho Penal peruano desde fundamentos constitucionales. La Constitución peruana de 1993 ha puesto parámetros a la acción punitiva del Estado señalando determinadas garantías de orden material y de orden procesal. Entiéndase que la acción represiva tiene como límite la dignidad de la persona humana. Por tanto, no es posible un Derecho Penal que no esté acorde con los principios, valores y derechos fundamentales.

(22) Hay evidentemente mutaciones de significados que operan en el nivel de los hechos, de las palabras, de las valoraciones y de los conceptos. Entonces, optamos por una de naturaleza convencional para establecer un Derecho Penal constitucionalizado. Su nueva estructura no es ajena al carácter vivencial y correlacional; eso explica su contenido material. Esta tesis puede resultar bastante extraño y hostil,

cancia de un Derecho Penal constitucionalizado que no reduce a este cuerpo orgánico a un conjunto de normas sino de principios, valores y preceptos constitucionales que hace viable el sentido racional de la norma penal. En tal sentido, su naturaleza se subsume en lo correlacional dentro del marco normativo de la Carta Fundamental de la República. Entonces, la relación del juez con la norma, no se reconduce a su sentido literal o textual, sino al sentido de significancia valorativa de racionalidad, sustentada en principios y preceptos constitucionales. Esta tesis puede resultar extraña y hostil pero preferible por la búsqueda constante de lo esencial y de lo concreto. Texto penal y significado penal denota una evidente variabilidad y mutación de significados.

El sentido de significancia de un vocablo utilizado como verbo rector en el tipo penal no es simplemente algo literal sino contiene en ella un sentido valorativo o de principios sobre los cuales se construyen los tipos penales. En cada caso concreto surge la posibilidad de interpretación de la mejor manera, como algo más justo, equilibrado o ponderado. El sentido literal del texto es algo primario, orientador pero el sentido valorativo que encierra es mucho más elaborado.

Estas conductas omisivas descritas en el tipo en comentario contienen tres verbos rectores para denotar las omisiones ilegales que el legislador estimó como ilícitos penales.

- **Omitir.-** Es no hacer o dejar de hacer. La omisión es una especie del género No Hacer. Jurídicamente, podría definirse en la expresión: "Es un no hacer que se debería hacer". El concepto de omitir debe entenderse como el de dejar de hacer un acto propio de su cargo que se espera. Siendo los actos del cargo normativos, es preciso un mandato jurídico y una valorización jurídica. Estamos hablando de actos de función que tienen todos los funcionarios.

  La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el tiempo útil para que produzca sus efectos normales.

- **Rehusar.-** Es negarse hacer, eludir, rechazar, etc. a un requerimiento legalmente formulado, previamente. Como bien refiere Fontán

pero es mejor ser creativo en lo racional que lo pasivo en lo ideal recopilativo. En suma, en la búsqueda de lo esencial y de lo concreto de la naturaleza constitutiva de un Derecho Penal constitucionalizado radica la posibilidad de acertar en su contenido tan dispar y mutante.

Balestra "(...) rehusarse a hacer es, además, negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido"[23].

- **Retardar.-** Significa dilatar, diferir un acto de su cargo, pero sin desistirse.

  No se trata de una omisión en sí misma, sino, propiamente de una acción retardada maliciosamente. Retardar, es diferir la ejecución de un acto del cargo público de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna[24].

  Giuseppe Maggiore, definía dicho vocablo: "Retardar es el intervalo de tiempo transcurrido entre el movimiento en que el acto debería ser realizado y aquel en que se realizó efectivamente. Si no se ha prescrito ningún término, habrá retardo cuando el acto no se realiza en el tiempo útil para producir su efecto"[25].

En los dos últimos conceptos que forma parte del supuesto exigido urge denotar algunos indicativos que permitan interpretar de alguna manera, cuando estamos ante un rehusamiento o retardo ilegal o malicioso; consideramos que estas podrían:

a) Un requerimiento previo legalmente formulado.

b) Vencimiento de los términos establecidos por ley y

c) La posibilidad real de su cumplimiento por parte del agente.

El solo vencimiento de los plazos no basta para configuración del tipo, requiere, además, del requerimiento y el concurso de la posibilidad real para su cumplimiento. Esta posibilidad está determinada por circunstancias de lugar, tiempo, apoyo técnico logístico, etc. indicativo concurrentes que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de hacer el juicio valorativo de reproche[26].

(23) FONTÁN, Balestra. Ob. cit., p. 266.

(24) Todo proceso de interpretación es convencional y de síntesis racional argumentada. Eso se explica porque los conceptos no tienen una definición precisa y universal, son mutantes. Entonces, este proceso no se reduce en explicar qué significa este vocablo, porque el problema no se resuelve rápido con un saber de las técnicas de lingüística y lo que significa literalmente. La mayoría de las definiciones hacen énfasis en las cualidades, procedimientos e instituciones. Sin embargo, los conceptos, vocablos, etc. reiteramos, son mutantes, lo cual no la hace incierto. La certeza es relativa con el tiempo.

(25) MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal.* Volumen III (Delitos en Particular), Temis, 1955, p. 225.

(26) Con la descripción del comportamiento en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los

En este caso, de algún modo el tipo cumple una función indiciaria específica de antijuricidad. Lo es en la medida en que los elementos del delito como los elementos del tipo se constituyen en un sistema propio de orden correlacional. No existen puros sino contiene en ellas elementos indiciarios de sus sucedáneos. En la racionalidad de las cosas nada existe químicamente puro. Esta función permite un análisis racional en el nivel de la prohibición o exigencia para luego recurrir al nivel de la permisibilidad. Esta función específica permite **distinguir un acto típico en el nivel de la descripción de lo atípico en el nivel de la permisibilidad. Tanto como distinguir la tipicidad de la atipicidad.** No se puede entender la tipicidad sin la atipicidad del acto. Por ejemplo, la muerte intencional de otro causado por legítima defensa se adecua al tipo descrito en el artículo 106[27] del Código Penal peruano, pero no es antijurídica porque otra norma de permisibilidad del mismo cuerpo de normas penales (art. 20, inc. 3) lo determina o justifica. De manera que no toda acción lesiva del bien jurídico tutelado es antijurídica. Es típica en el nivel de la descripción, pero atípica en el nivel de la permisibilidad. De manera que esta función indiciaria permite un análisis, cierto, racional de antijuricidad esta distinción permite argumentar racionalmente los niveles de análisis que corresponden. También hay otros niveles de calificación que hacen atípica el acto[28]. Dicho esto, es preciso tener en consideración en nivel que corresponde en el análisis del tipo penal en comentario.

ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Lo sanciona porque afecta bienes jurídicos relevantes para la convivencia más o menos pacífica.

(27) Artículo 106 del Código Penal peruano
"El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años". La simplicidad de la descripción del tipo no trae mayores dificultades. Es expresa, taxativa, cerrada y determinada, de manera que permite, sin facultad alguna, distinguir un acto típico en el nivel de la descripción objetiva, de la atipicidad en el nivel de la permisibilidad Artículo 20 Inciso 3 del Código Penal (legítima defensa)." El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes. a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad del medio, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

(28) El tipo penal constituye un avance, un indicio de lo que puede ser considerado antijurídico, es decir, la tipicidad de una conducta es solo un indicio de que, además, puede ser antijurídica, esto es, contraria a todo el ordenamiento jurídico. Lo que parece típico no necesariamente es antijurídico, entonces, teniendo una función indiciaria permite solo colegir esa condición previa determinar de la ausencia de algún nivel normativo de permisibilidad. Sólo descartando una ausencia de permisibilidad o justificación normativo permite concluir que esta conducta además de ser típica es antijurídica. Es la "ratio cognoscendi" como doctoralmente sostenía Mayer en su famoso Tratado de Derecho Penal desde 1915; a los

El tipo suele referirse a los funcionarios que, en determinado caso concreto (omite, rehúsa o retarda) un acto de su cargo; es decir, el cumplimiento de su deber; no es el caso del funcionario que cierra las puertas de su despacho y se abstiene de todo acto propio de su cargo.

Naturalmente que el agente tiene que tener facultad o competencia para resolver el asunto en cuestión sea administrativa o de cualquier otra naturaleza para que se configure el tipo.

> "No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos" (Sala Penal R.N. N° 4689-97-Junín).

Lo antes indicado nos permite señalar que la pena para estos delitos es muy benigna tomando en consideración la naturaleza del bien jurídico tutelador por la norma penal. No obstante, debe tenerse en consideración el principio de proporcionalidad de las penas y de las medidas de seguridad como un valor constitucional y. como tal, la determinación de la pena o medidas de seguridad debe implicar todo un proceso valorativo para evitar que la pena no sobrepase la responsabilidad por el delito cometido. En tal sentido, no es suficiente el referente primario del *quantum* (mínimo y máximo) de la pena contemplada por la norma penal, sino la importancia o relevancia del bien jurídico protegido y el grado de su afectación. Lo cual implica que el proceso de valoración para la determinación de la pena, se tiene en consideración las particulares circunstancias del hecho cometido y la necesidad de pena o de medida de seguridad en el ámbito de sus fines constitucionales.

> "Los criterios que se pueden utilizar para establecer la proporcionalidad entre delito y pena, tienen que atender básicamente a aquellos vinculados al injusto, entendido este como la conducta típica y antijurídica, sin entrar a la categoría dogmática de la culpabilidad u otras vinculadas a la ampliación del tipo por el grado de ejecución o intervención en el hecho punible. Los criterios propuestos son : a) importancia o rango del bien jurídico protegido)

cuales se sumaron buenos números de juristas alemanes y de otras partes del mundo. El tipo es buen comienzo para el análisis de la existencia o no de antijuricidad. Esto es así, porque todo acto antijurídico es típico, pero no toda conducta típica es antijurídica.

gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, c) el impacto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada), d) los diferentes medios de comisión del hecho punible, e) el grado de ejecución del hecho punible, f) el grado de intervención delictiva, g) las condiciones personales del agente (edad, estado mental del agente, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionalidad versus habitualidad, h) el comportamiento de la víctima, e) grados de ejecución del hecho, j) el comportamiento del autor después del hecho" (Acuerdo Plenario N° 1/2000).

Todos los criterios a tomar en consideración para la determinación de la pena se sujetan a los fines constitucionales de la pena. Hay un orden de prelación en este proceso de valoración de los referentes.

El Derecho Penal no se reduce a un conjunto de normas sino también de principios y valores constitucionales que hacen posible el sentido racional de la norma penal. En términos generales la idea de prevención (protección de la persona y a la sociedad) determinan los criterios que permiten edificar el Derecho Penal peruano desde fundamentos constitucionales. La Constitución peruana de 1993 ha puesto parámetros a la acción punitiva del Estado señalando determinadas garantías de orden material y de orden procesal. Entiéndase que la acción represiva tiene como límite la dignidad de la persona humana. Por tanto, no es posible un Derecho Penal que no esté acorde con los principios, valores y derechos fundamentales.

Todos nuestros comentarios y análisis de los delitos contra la Administración Pública siguen estas reglas en el entendido que la administración, como órgano, es un presupuesto necesario de la idea de Derecho, ya que permite su exigibilidad coactiva y su funcionamiento en condiciones de relativa certeza.

A menudo pretendemos contribuir con nuestros aportes teóricos fortalecer o señalar pautas fuertes para racionalizar la función esencial de un Derecho Penal de hondo contenido humanitario. Un Derecho Penal sin función garantista individual es un Derecho Penal despótico y abusivo. A juzgar por las nuevas tendencias autoritarias de un Derecho Penal de baja intensidad garantista no constituye un asunto trivial sino fundamental.

IV. DE LA AUTORÍA, COAUTORÍA E INSTIGACIÓN Y LA COMPLICIDAD

El problema de la autoría y las formas de participación recobra un interés inusual en el debate dogmático-penal; en particular la cuestión del concepto de autor y su delimitación en relación a otras formas de participación. Entonces el problema de la autoría está en el centro de interés del debate sobre la metodología jurídico-penal. Cada partida metodológica siempre deja un margen para soluciones distintas; entonces la labor de un dogmático radica en aproximarse a formas racionales que conduzcan a soluciones acertadas más justas y humanas. Todo principio metodológico facilita una posibilidad de resultado acertado, pero también conduce a resultados distintos como otras posibilidades de solución; lo cual nos permite determinar que el valor de un método reside en que abre paso a soluciones concretas. El quid de la cuestión radica en establecer qué método empleamos para determinar el concepto de autor, coautor y otras formas de participación.

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente será reprimidos con la pena establecida para esta infracción"; de manera que, es posible que varios funcionarios de manera concertada incurran en el hecho punible prescrito por el artículo 377 del Código Penal. Por ejemplo, es el caso de los órganos colegiados conformados por funcionarios públicos, quienes incumplen maliciosamente cualquier acto de su cargo de manera concertada.

El legislador nacional ha diferenciado dentro del artículo 23 del Código Penal al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o los que realiza mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase "(...) y los que los cometan conjuntamente (...)" está refiriéndose a los que toman parte directa en la ejecución de los actos omisivos, propios del delito; es decir, a los coautores y no al autor, ya que este no "toma parte de la ejecución", sino simplemente "efectúa el hecho punible".

> "El tipo penal de abuso de autoridad exige que el agente del delito sea funcionario público; los subalternos sujetos a las órdenes de este no pueden ser sujetos activos del delito en referencia" (Ejecutoria Suprema del 18/12/1997 Exp. 106-97-Lima).

"La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos" (Expediente 22874-94-B. del 05/10/95, Lima, Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal", p. 169).

Cuando el legislador emplea la frase en la descripción del artículo 23 del Código Penal "(...) y los que los cometan conjuntamente (...)" está refiriéndose y está exigiendo que se considere como coautores solo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. En este caso por ser un delito especial de función pública en el hecho punible: Abuso de Autoridad por Omisión solo pueden realizar estos actos omisivo los funcionarios públicos; pues los agentes **mismos lo omiten maliciosamente cualquier acto de sus cargos.**

Es posible admitir la instigación en el delito de abuso de autoridad por Omisión conforme al artículo 24 del Código Penal; ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, Abuso de Autoridad en la modalidad de Omisión, Rehusamiento y Retardo de cualquier acto de su cargo.

Maurach conceptúa: "Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete"[29]. El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario público) cometer el hecho punible en comentario. Nuestra legislación a diferencia de otras no enumera los medios instigadores; de manera que estas puedan ser diversas.

(29) MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ediciones Ariel. Barcelona. 1962, p. 368.

No es posible admitir la tentativa en el tipo penal en razón de tratarse de hechos punible que contienen conductas de omisiones puras, lo que implica establecer que no se dan actos preparativos. Es imposible admitir en el tipo la existencia de actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acción ajenas a la voluntad del agente previo al delito en comentario.

V. DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico se ubica en un lugar preponderante en la teoría jurídico-penal peruana. La doctrina nacional mayoritariamente considera como misión del Derecho Penal, la protección de bienes jurídicos individuales y/o difusos. Algunos autores extranjeros (muy en particular Alemania) recusan frontalmente esta misión u objeto del Derecho Penal.

El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración que se ve afectada cuando el funcionario público incumpla sus deberes con las conductas omisivas de omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo. Sin embargo, más allá de todo cuestionamiento sobre si estas conductas en realidad deberían ser considerada faltas administrativas y no hecho hechos punibles lo real es que como sostiene Claus Roxin que "(...) la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema- como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos"[30].

VI. DEL SUJETO ACTIVO

En la mayoría de los tipos penales son sujetos activos cualquier persona; sin embargo, un número determinado de normas penales cualificadas por el sujeto activo, por el bien jurídico tuteladas y por la

(30) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* Tomo I. Editorial Civitas, España, 1997, p. 65.

función pública que desempeñan los agentes solo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos. Característica propia de los delitos especiales o de función pública.

Es el bien jurídico tutelado, la calidad del agente y la naturaleza de sus funciones la que determina su ubicación y sistematización en el Código Penal. De manera que, cabe poca discusión para determinar quién puede ser considerado sujeto activo en este injusto penal. En suma, el sujeto activo es el funcionario público.

Obsérvese que el legislador solo ha considerado como agente de esta figura penal al funcionario público. Por lo tanto, no puede ser considerado como sujeto activo de este hecho punible al servidor público ni al particular.

> "No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos" (Sala Penal R.N. N° 4689-97-Junín).

VII. DEL SUJETO PASIVO

Es el Estado como titular del bien jurídico protegido, pero también el particular afectado con la omisión, rehusamiento o retardo de funciones por razón del cargo que corresponde al sujeto activo. Naturalmente que el sujeto pasivo preponderante es el Estado. De hecho, debería considerarse a los efectos penales tanto al Estado como al particular de ser el caso. Sea con la omisión, rehusamiento o retardo en la exigencia del acto administrativo, judicial, etc. siempre se afecta al Estado, pero en determinados casos concretos también al particular.

VIII. DE LA PENA

La pena a aplicarse al agente es la de privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Obsérvese que el tipo es bastante represivo en relación con su similar argentino (art. 249 C.P.A.) que solo reprime este hecho punible con pena de multa. La pena es excesivamente benevolente tomando en consideración el grave daño que se ocasiona al normal y correcto accionar de la Administración

Pública. Lo cual hace perder la confianza ciudadana en las instituciones básicas de la Nación[31].

No obstante, lo dicho para establecer la pena debe tenerse en consideración lo que resulta interesante lo dispuesto por Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República (Exp. N° A.V. 19-2001).

> "Si bien las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones, para el caso que es materia del presente juzgamiento resulta pertinente aludir, solamente, a aquellas que utilizan como criterio clasificador su naturaléza y su efectividad. 1. Por su naturaleza las circunstancias pueden ser comunes o genéricas y especiales o específicas. Son comunes o genéricas las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el artículo 46 del Código Penal. En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte especial y en conexión funcional solo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 108 y que sirven también para la tipicidad del delito de asesinato, o de aquellas que enumera el párrafo segundo del artículo152 que están consideradas para el delito de secuestro. 2. Por su efectividad las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes. Son atenuantes aquellas que, por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor. Son agravantes las que, por indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave. 3. Sin embargo, es frecuente encontrar en un caso penal complejo, como el que es objeto de análisis judicial, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. La determinación de la pena concreta en estos casos de concurrencia de circunstancias, operativamente

(31) La pena se aplica al agente que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal al realizar la acción típica, de manera antijurídica y culpable. La medida de seguridad al agente que realiza el tipo de manera antijurídica con defecto de culpabilidad.

implica, como regla general, que no se puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente. En tal virtud, i) a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor; igualmente, ii) la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido; por último, iii) frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo, de esta manera, ubicarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última opción resulta importante lo expuesto por González Cussac: "(...) dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. (...) En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras" (Exp. Nº A.V. 19-2001, Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República).

En rigor la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara; tampoco asegura la vigencia de la norma como sostienen los jakobsianos. Al final ambas concepciones resultan injustificadamente suficientes para el propósito de protección; sea de bienes jurídicos o de la norma.

En un Estado Constitucional de Derecho la acción punitiva del Estado es limitativa en relación a la dignidad de la persona humana y en relación con los derechos fundamentales y dentro, de ella, desde luego, la libertad individual, a lo que resulte proporcional y razonable en cada caso concreto[32]. El artículo I del título Preliminar del Nuevo Código Penal reafirma, la nueva tendencia moderna de un Derecho Penal constitucionalizado limitativa del poder sancionador del Estado[33].

(32) La dignidad humana es el principio guía del Estado, dado que se presenta en dos sentidos, por un lado, el individuo queda libre de atentados, ofensas y humillaciones (acciones *negativas*); mientras que, por el otro, le permite llevar a cabo el libre desarrollo de su propia personalidad y actuación (acciones positivas).

(33) El Estado en su ius imperium puede tomar todas las medidas racionales que resulten necesario para prevenir los delitos y faltas, pero estas no pueden afectar la dignidad de la persona humana, tampoco

En esta misma línea de razonamiento el Tribunal Constitucional ha establecido que: "La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución" (Ver sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AL/TC. Lima).

acciones que impliquen su cosificación. Si el gran sofista griego Protágoras sostenía que la medida de todas las cosas es el hombre, en lo que es y lo que no es. En lo que es: único, indivisible e irrepetible. En lo que no es: Un instrumento. Por tanto, parodiando a este gran filósofo diríamos: La medida de toda acción punitiva del Estado es la dignidad de la persona humana.

El delito de exacción ilegal

Betty S. HUARCAYA RAMOS(*)

SUMARIO. I. Algunas consideraciones generales con relación al tipo penal: exacción ilegal. II. De las características del tipo. 1. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. 2. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. III. De los verbos rectores indicativos de la acción dolosa del agente. IV. Del bien jurídico tutelado. V. Del sujeto activo. VI. Del sujeto pasivo. VII. De la pena. VIII. El injusto en la jurisprudencia nacional. Jurisprudencia.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES CON RELACIÓN AL TIPO PENAL EXACCIÓN ILEGAL

Artículo 383.- Exacción ilegal

"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".

El vocablo exacción tiene una connotación material de exigencia indebida. Es decir, más allá o superior a la regulación pautada de norma prescriptiva en cuanto tarifa legal. En este contexto pauteado, el

(*) Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

particular hace entrega, paga contribuciones o emolumentos no debidos por presión o por temor, montos que excede a lo normado expresamente. No siempre "texto" y "significado" tienen una misma connotación o dirección de significancia material. No obstante, el elemento normativo expresado en el término "legal" ayuda en esta línea de interpretación racional en el sentido antes indicado.

Un buen paso es establecer una regla fundamental que aclara el proceso de interpretación y aplicación de la norma penal; por lo que debemos ofrecer pautas fuertes para llegar al contenido material del tipo penal. Si bien bajo la perspectiva jurídica aún no se ha llegado a un concepto preciso sobre exacción ilegal, es relevante establecer qué se entiende por "exigir, hacer pagar o entregar" o cuál es su contenido material y sus límites. Del mismo modo, el concepto de "contribuciones o emolumentos no debidos"(1), etc. No obstante lo señalado, la técnica legislativa empleada en el proceso de constructo del tipo penal en mención es bastante discutible y poco feliz. La primera expresión contenida en el tipo: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos (...)", nos lleva a reflexionar: ¿es **posible exigir**, hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos sin abusar del cargo? Naturalmente, que no. Bastaba con establecer: **el funcionario o servidor público que exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos, no debidos.** La expresión "no debido" evidencia la ilegalidad de esta exigencia por parte del funcionario o servidor público. Más aún, si consideramos el elemento normativo expresado en la frase: "en cantidad que excede la tarifa legal". Es natural que toda exigencia, en estas condiciones, es con abuso de cargo. No se entiende esta exigencia sin abuso. Además, el funcionario o servidor público lo puede hacer sea en forma personal o a través de otra persona.

No hay tipo de garantía sin descripción objetiva cierta, valorativa, racional y determinada o taxativa. Por ser garantista, se exige una fundamentación racional sobre su descripción objetiva y su valoración

(1) Claro que existen ciertas dificultades en los constructos de los tipos penales vinculados con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los vocablos-conceptos empleados por el legislador, como contenidos del tipo que requieren interpretación o valoración primaria. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos muy usuales en la expansión peligrosa del Derecho Penal, que se traducen en los constructos de tipos penales en blanco, abiertos o de reenvío. De suerte que lo aleja de su función de garantía, en manos de un juez decisionista.

de sus elementos normativos. Sirve para racionalizar el poder, pone límites al orden de facultad del Estado para tipificar delitos. Es una garantía para proteger al individuo de la potestad de castigo del Estado, tanto como proteger a la sociedad y al propio Estado de los actos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico tutelado de relevancia penal. En tal sentido, ya no puede constituir una afirmación formal del principio de legalidad, como erróneamente lo entendía la jurisprudencia nacional dentro de una concepción de un Estado de derecho formal distinto a un Estado de derecho constitucional. En tal sentido, es bastante complejo establecer la naturaleza constitutiva del tipo penal en comentario[2].

El contenido material del tipo: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige (...)", parece, y de hecho indica, un tipo penal de mera actividad. Es decir, basta para la configuración del tipo la sola exigencia dolosa en las condiciones antes señaladas; desde luego que el agente debe actuar con dolo directo; no se requiere de resultado alguno. Por otro lado, cuando el agente (funcionario o servidor público) **hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal** estamos, desde luego, ante un tipo penal de resultado. Es decir, para su configuración se exige del agente no solo dolo directo, sino un resultado. Como puede apreciarse, un tipo penal mixto que admite dos supuestos prohibidos: uno de mera actividad y otro de resultado. ¿Hasta qué punto son recomendables estos constructos de tipos penales híbridos? Claro que complica la tarea de establecer su naturaleza jurídica.

Tipo y tipicidad no son sinónimos; tienen mucho por semejanza (raíz y simbología única) pero distinta actuación. En la tipicidad se realiza un juicio de valoración de adecuación del hecho al tipo. La tipicidad no se debe confundir con el tipo penal; tampoco con la tipificación penal, ni con la calificación penal. El tipo es la fórmula que

(2) El tipo tiene varias funciones, aspectos y fines. Desde luego que nos valemos alternadamente de las diferentes teorías del tipo penal como punto de partida de nuestras interpretaciones. No obstante, no implica significación negativa de una entidad propia; sino de tomar en consideración pluralidad de puntos de vista porque se investiga a partir de lo que otros investigaron. Se trata de establecer con claridad analítico-conceptual una teoría de la función del tipo porque es una condición elemental de racionalidad de esta teoría. Supone tener claridad del tipo penal, así sobre todo de los vocablos-conceptos contenidos en ellas y de las formas de argumentación relevantes en las creaciones legislativas de los tipos.

pertenece a la ley; la tipicidad pertenece al acto del agente. La tipicidad es el acto individualizado y el tipo es la fórmula legal; he allí la serie de dificultades que surgen en el proceso de constructos de tipos penales híbridos que dificultan su interpretación y aplicación.

El tipo penal ya no es, solamente, una descripción objetiva de supuestos prohibidos y/o exigidos, sino también contiene elementos normativos porque en su descripción se valen de conceptos valorativos (exigir, hacer pagar, etc.) que, desde luego, requieren de una valoración jurídica. Esa valoración puede no ser racional frente a un juez decisionista; sí ante un juez decisor. De cualquier modo, se hace necesario establecer pautas fuertes de racionalidad de sus componentes; sin ellas nada puede garantizar una argumentación jurídica racional(3).

Los supuestos prohibidos contenidos en el tipo penal, sea como mera actividad o como delito de resultado, solo admite el dolo directo por parte del agente; le resulta ajeno el dolo eventual. No obstante, las dos modalidades de resultado admite, en determinadas situaciones concretas, la tentativa en los términos establecidos por el artículo 16 del Código Penal. Ahora bien, el elemento común a supuestos prohibidos de **exigir, hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal**, es que estas se comenten, por parte del agente, con dolo directo y abusando del cargo. No obstante, tenemos que distinguir entre contribuciones y emolumentos no debidos(4).

El vocablo "contribución" sugiere un concepto asociado al Derecho Tributario. En tal sentido, ¿cuál es la diferencia entre pago indebido y el exceso a la tarifa legal? Está claro que pagar en exceso es algo indebido si la tarifa es pautada de manera expresa. En términos generales las tasas y/o contribuciones, etc., están contemplados de manera expresa en norma de la materia y los servicios públicos son pautados.

(3) El concepto penal del tipo tiene una unidad mínima de significado conceptualmente concebido con carácter aplicativo a toda acción u omisión punible coronada por el principio: "No hay delito sin tipo".

(4) El principio de legalidad implica exigencias con relación a cómo deben ser redactados los tipos que señalan supuestos, de manera expresa e inequívoca, que considera punibles. Lo que implica la exigencia de una total claridad y certeza de la norma penal en la medida de la exigencia posible. En ella radica la función garantista del tipo. Dicho reconocimiento no implica desconocer que el lenguaje sea un instrumento del todo exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad, muy rica y variable, de las acciones humanas, que el legislador considera reprochable penalmente; pero sí debe ser la expresión de la máxima exigencia en cuanto a claridad de su redacción, que dejen mínimas posibilidades de duda sobre los elementos o supuestos que integran el tipo penal.

Salvo que se quiera entender que el concepto de pago indebido es aquel no contemplado en norma expresa; de manera que, el agente abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos. ¿Qué debemos entender por no debidos? Lo debido está contemplado por norma expresa, *a contrario sensu*, lo indebido, no. Lo cual se le estaría dando un carácter restrictivo a este vocablo. No parece ser lo prescriptivo de la norma penal. Señálese lo propio en relación al concepto de "contribuciones" que tienen una connotación muy amplia en materia penal.

En todo caso, es propio hablar de un concepto de contribución a los efectos penales. Se tomó del Derecho Tributario, pero en materia penal tiene una connotación amplia y propia.

Del mismo modo, el concepto de emolumentos, entendido este como honorario, sueldo o remuneración, no debidos en cantidad que excede la tarifa legal. Por ejemplo, el caso de X que exige el pago de sus remuneraciones mensuales no habiendo trabajado en el sector por licencia sin goce de haber, valiéndose del cargo (jefe del sector) exige o logra que de manera mensual se abone indebidamente sus remuneraciones mensuales correspondientes a los meses no trabajados. Es decir, cuando la Administración Pública le entregue o abone sus remuneraciones a las que realmente no tenía derecho. El agente valiéndose del cargo compele la voluntad de otra persona para obtener un beneficio indebido.

El delito de exacción ilegal se configura cuando el agente, funcionario o servidor público abusando de su cargo y con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, exige a su víctima (particular o a la misma administración estatal) o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Aquí, el agente con el objetivo firme de obtener algún provecho económico personal hace que su eventual víctima le entregue contribuciones o emolumentos que realmente no se debe o, en su caso, hace que la víctima le entregue contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la realmente debida. Muchas veces, el agente hace creer a su víctima que lo exigido o lo que entrega es para la entidad estatal; no obstante, ello es solo un efugio, toda vez que lo exigido o lo que entrega la víctima es cogido por aquel en su propio beneficio.

En los supuestos dolosos en referencia, el agente logra un beneficio o aprovechamiento propio o a favor de terceros, sea a un particular o a la propia Administración Pública. El delito solo puede ser cometido por el funcionario o servidor público que, por razón del cargo, le compete exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos debidos o en cantidad que establece la tarifa legal, pero que abusando del cargo que ejerce exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cuantía mayor a la establecida por la tarifa legal.

En la legislación nacional como en la legislación comparada existen posiciones encontradas en establecer quiénes deben ser considerados como sujetos activos del hecho punible: si el agente (funcionario o servidor público) que tiene facultades específicas para exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos debidos o en cantidad que establece la tarifa legal; o cualquier funcionario o servidor público que solo se vale del cargo, independientemente si tiene dichas facultades o no. Sin embargo, la redacción del tipo parece indicar que está referida a aquellos funcionarios o servidores públicos que tienen facultades específicas pero que **abusando del cargo** exigen o hacen pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal, lo cual implica, por interpretación *a contrario sensu*, que exigir lo debido o cantidad que no excede la tarifa legal es atípico.

Para el jurista peruano Juan Portocarrero, el sujeto activo: "(...) puede ser cualquier funcionario público, siempre que haga prevalecer su condición de tal, de donde resulta que no puede ser sujeto activo de este delito la persona que actúa usurpando una función o que invoca un cargo que no tiene"(5). Por otro lado, para Frisancho Aparicio señala que: "Solo puede serlo, los funcionario o servidores públicos que tienen la potestad de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos"(6), afirmación que compartimos.

Para Abanto Vásquez, el sujeto activo del hecho punible: "Es el funcionario público, pero no necesariamente aquel que tenga dentro

(5) PORTOCARRERO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, pp. 142-143.

(6) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Editora y distribuidora de libros Fecat I.E.R.L., Lima, 2011, pp. 32-37.

de sus facultades, una específica destinada a exigir, hacer pagar o entregar; basta que haga esto ejerciendo las facultades generales que ya tiene de recaudar de los particulares cantidades exigibles a estos"[7]. Sin embargo, para Fidel Rojas, es sujeto activo el funcionario o servidor público que posea atribución para exigir o hacer pagar; también el que exige, sin ser competente abusando del cargo[8]. En realidad quien exige sin tener facultades específicas para ello sencillamente incurre en el delito de usurpación de funciones, aun si esa exigencia se haga abusando del cargo o no. El tipo penal no resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares (por ejemplo, concejales y notarios), como sugiere Fidel Rojas, en razón de que para nuestra legislación los regidores o concejales no pueden percibir, de acuerdo a su ley orgánica, emolumentos sino dieta por cada sesión efectivamente asistida. La dieta la hace efectiva el Estado y no el particular; tampoco la dieta es una remuneración. Asimismo, los notarios públicos cobran por sus servicios de acuerdo a la oferta y la demanda, de manera que no puede hablarse de una tarifa legal en este caso.

El agente se vale del cargo, pero excediéndose en sus atribuciones para exigir o hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o en mayor cantidad a lo que se establece en la tarifa legal. ¿Cuáles son las contribuciones o emolumentos debidos que el funcionario o servidor público puede exigir o hacer pagar al administrado?: aquellos que hayan sustento en la normativa vigente; por ejemplo, el agente que exige o hace pagar una tasa X que fue suprimida o que ya fue pagada; esto es considerado no debido. En el segundo caso, tratándose de la exigencia o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos en mayor cantidad a lo establecido por la tarifa legal, por ejemplo, si a través del TUPA o de una ordenanza X se establece como tarifa una suma, y el funcionario o servidor público exige una mayor a Y, incurriría en el delito de exacción ilegal por exigir o hacer pagar en demasía; es decir, suma mayor a lo establecido normativamente. Aquí no importa para la configuración del tipo la cantidad o el monto de lo pagado en demasía; basta que esta sea superior a la tarifa legal,

(7) ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 251.

(8) ROJAS VARGAS; Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Grijley, Lima, 2007, p. 384.

sea el monto que sea. Dícese lo propio de hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos, que puede ser una suma pequeña o grande. Aquí no se protege el patrimonio del particular, sino el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública.

En suma, el artículo 383 del Código Penal tiene como fuente directa al artículo 266 del Código Penal argentino de 1921, y este a su vez, el Proyecto Suizo de 1918; mas no puede considerarse, también, como fuente al artículo 437 del Código Penal español, como erróneamente sugiere Abanto Vásquez[9]. El solo hecho de que el Código Penal peruano se promulgara en 1991 y el Código español en 1995 nos releva de mayores comentarios.

El artículo 383 del Código Penal es similar a la descripción tipifica del artículo 266[10] del Código Penal argentino, que lo considera como una figura básica de la exacción ilegal. Ambas legislaciones tienen una raíz común de inspiración en el artículo 413 del viejo Código español reformado de 1870. Los argentinos diferencian doctrinariamente la concusión de la exacción ilegal por la acción finalista del sujeto activo[11].

II. DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

El tipo penal (exacción ilegal) es de naturaleza constitutiva híbrida (supuesto de mera actividad y supuestos de resultado). Tipificación cierta y especial, cualificado por el sujeto activo (funcionario o servidor público) y por la acción finalista del agente, quien abusando del cargo orienta su acción de dolo directo a la "exigencia" o "hacer pagar" o "entregar" contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, en beneficio propio o a favor del Estado. El tipo exige dolo directo y admite el error de tipo.

Dada esa naturaleza constitutiva el tipo admite los supuestos prohibidos con connotación propia como sigue:

(9) ABANTO VÁSQUEZ; Manuel. Ob. cit., p. 251.

(10) Código Penal argentino:
"Artículo 266.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionado público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden" (nota: texto según Ley 25.188).

(11) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 435; asimismo, RAMOS MEJÍA, Enrique. *El delito de concusión*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1963, pp. 47 y ss.

1. **El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal**

Como lo tenemos señalado, el primer supuesto es un delito de mera actividad (el agente que abusando del cargo, exige contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal). En tal sentido, basta para la configuración del tipo penal, la sola exigencia dolosa por parte del agente. Deviene irrelevante a efectos de su configuración si el particular accedió o no a dicha exigencia. De manera que en este primer supuesto no admite la tentativa, ni el dolo eventual. Naturalmente que el vocablo "exigencia" tiene un significado, a efectos penales, de compeler, constreñir con una alta dosis de imperativo real, al cual el particular se ve en una situación difícil de disposición. No se trata de una simple exigencia de poco contenido material, basada en lo imperioso. Tiene una connotación mínima de violencia o una amenaza implícita. Claro que el agente hace de esa exigencia un ejercicio velado de violencia mínima. La sola relación de funcionario o servidor público con el particular permite situaciones como la antes señalada. En todo caso, es propiamente un constreñimiento ubicado en el nivel de exigencia indebida. Este es el núcleo típico de la acción de dolo directo, unidos al adverbio indebidamente.

El dolo directo del agente, aquel de primer grado, por la acción del autor, se corresponde con la exigencia. Es consciente de que esa exigencia es ilegal y en ese conocimiento lo realiza. En terminología más técnica, puede determinarse que el agente realiza el tipo penal en su totalidad.

2. **El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal**

La acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos legalmente o superiores a los legalmente establecidos; puede ser cometida por el agente directa o indirectamente (aun cuando la norma penal no lo señala expresamente) a través de un determinado servidor público. En esta modalidad se hace referencia a una conducta engañosa por parte del agente, quien mediante cualquier acto positivo lo hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal. Es

decir, logra este propósito directamente gracias a una acotación fal sa, como si fuera verdadera, para que el administrado-particular pa gue supuestos derechos.

El acto de hacer pagar o entregar contribuciones o emolumento no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, lo es por dolo di recto. De manera que, es un delito de resultado. Para la configuraciói del tipo se requiere un resultado: a. el particular paga contribucione o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal b. otro funcionario o servidor público paga o entrega emolumentos nc debidos o en cantidad que excede la tarifa legal a su jefe inmediato.

Siendo un tipo penal de resultado (segunda modalidad), admite la tentativa, la misma que deberá ser evaluada en cuanto a su relevan cia penal, de acuerdo con el artículo 16 del Código Penal. La conducta que se dirige hacia un hecho delictuoso tendrá relevancia penal desde el momento que alcance el grado mínimo de la "ejecución", es decir que la conducta configure ya actos de ejecución. Sin embargo, sur ge la pregunta: ¿en qué momento comienza la ejecución? Es un seric problema por determinar con exactitud. No obstante, tenemos que distinguir entre actos preparatorios y ejecución del hecho propiamente dicho. Solo el comienzo de la ejecución del tipo tiene relevante penal.

El Derecho Penal no solo pena la conducta que realiza perfectamente un hecho delictivo, sino también aquellas que sin realizar todos los elementos típicos del delito alcanzan "cierto grado" de desarrollo. Así, se consideran penalmente relevantes aquellas conductas que se manifiestan mediante acciones que dan comienzo a la ejecución del tipo legal, pero que no han producido la consumación (tentativa)[12].

La acción prohibida o no permitida con que se incurre en el delito de exacción ilegal se expresa materialmente en la conducta del funcionario o servidor público que sobrepasa los límites de su atribución funcional. No observa los preceptos legales que regulan su función específica; en suma, abusa de las atribuciones del cargo. Siendo que el agente está obligado a hacer uso de las atribuciones que le da el cargo, pero no puede abusar del mismo sea para hacer pagar o entregar

(12) Los actos preparatorios no se castigan, salvo cuando el Código Penal establece su sanción en forma expresa, en cuyo caso, en realidad, ya no sería un acto preparatorio sino un delito perfectamente definido. Por ejemplo: la tenencia ilegal de armas.

contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal; si abusa del cargo para estas finalidades incurriría en el delito de exacción ilegal. Si abusa del cargo para otras finalidades no señaladas expresamente en la norma penal incurriría en otro tipo penal.

El tipo en comentario admite el *animus lucrandi,* en caso especial y concreto (hacer pagar emolumentos); admite la acción dolosa en beneficio indebido para la Administración Pública, beneficiando de esa manera económicamente al Estado, pero perjudicando en su correcto y normal desarrollo a la Administración Pública.

III. DE LOS VERBOS RECTORES INDICATIVOS DE LA ACCIÓN DOLOSA DEL AGENTE

Los verbos rectores en el tipo penal son los vocablos: 'exigir' o 'hacer pagar o entregar'. Gramaticalmente, exigir en una de sus acepciones, significa demandar imperiosamente[13]; también obligar, compeler, constreñir, etc., que son núcleos típicos de la acción dolosa, unidos al adverbio indebidamente. Recordemos que el ejercicio de la función pública es normativo, las contribuciones también; de manera que para la configuración del tipo el legislador ha recurrido al uso de un elemento normativo en la configuración del tipo expresada en la frase: "no debido".

La expresión hacer pagar o hacer entregar que ha utilizado el legislador en la configuración del tipo al cual recurre el agente, puede hacerlo utilizando cualquier medio: la persuasión, la amenaza velada o cierta, la astucia o el engaño, etc.; en cambio, en la exigencia por ser una condición de mera actividad no se requiere necesariamente de cualquier medio basta la sola exigencia imperativo de mínima coerción para que se consuma el hecho punible, no requiriéndose de resultado alguno, lo cual sí se exige (delito de resultado) en cuanto a la conducta de hacer pagar o entregar. Es estos últimos supuestos se admite la tentativa; en el primero no.

Esta figura penal es un delito que conlleva implícita la violencia propia del abuso del poder e infunde temor en la víctima. Ninguna solicitud, por simple que esta sea, deja de ser violenta o compulsiva;

(13) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo VIII. Parte especial. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, p. 347.

pues, se ejerce contra el sujeto pasivo, constreñimiento de naturaleza vis compulsiva o psicológica.

El hecho punible no se concibe sin la violencia moral, elemento orientador, insustituible en la creación y estructuración del tipo penal expresado en los supuestos: hacer pagar o entregar; mas no necesariamente en el caso del supuesto de la simple exigencia que constituye un delito de mera actividad. En suma, es un delito *sui generis* de mera actividad (exigir) o de resultado (hacer pagar o entregar).

Ahora bien, la frase empleada por el legislador peruano: "(...) contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceden a la tarifa legal (...)" denota incongruencia y se resiente con la construcción lógica de los tipos penales. Porque la contribución es sinónimo de impuestos, arbitrios, tasas, tributos, aranceles, etc., y el emolumento equivale a remuneración o salario y no existe según nuestra legislación remuneración o salarios que pague un particular a un funcionario o servidor público, si no es el Estado. Por eso, señalamos que es posible, que en determinado caso especial y concreto, un funcionario o servidor público pague o entregue emolumentos no debidos.

¿Qué se entiende por contribución no debida o que se entiende por emolumento no debido? En ambos casos la frase "no debida" implica en términos genéricos lo no obligado, y en término específico lo no adeudado. Lo no debido y lo no adeudado son consustanciales. Así, por ejemplo, el cesante o jubilado exonerado del impuesto predial, de acuerdo con la Ley de Tributación especial (Decreto Legislativo N° 776) no está obligado a dicho pago; tampoco se puede afirmar que adeuda el impuesto referido; de manera que si el funcionario o servidor público que abusando de su cargo le exige o hace pagar o entregar dicho impuesto incurriría en el hecho punible en comentario.

Sin embargo, no entendemos cómo se puede hablar de emolumentos no debidos si el funcionario o servidor público percibe una remuneración acorde con su jerarquía, cargo y/o función, que le retribuye la propia Administración Pública y constituye un derecho exigible solo al Estado y no al particular. Si la exigencia se orienta al particular en la condición descrita, no solo resulta una ingenuidad sino que tampoco encuadraría en el tipo legal descrito en el artículo 383 del Código Penal.

Estos supuestos contemplados en el artículo 383 del Código Penal fueron creados por razones de política criminal más propia de una falta administrativa que la de un contenido de injusto penal. La incongruencia queda también establecida cuando la exigencia o hacer pagar o entregar contribuciones en cantidad que exceden a la tarifa legal deviene en poco consecuente, porque se penaliza la exigencia o el hacer pagar o entregar en demasía, **pero no cuando se paga de menos.** En el primer caso el Estado se beneficia indebidamente y en el segundo se perjudica.

El legislador peruano al equiparar en el artículo 383 del Código Penal la exigencia o hacer pagar o entregar contribuciones con la exigencia de un emolumento ha desnaturalizado la creación del tipo por la acción finalista del sujeto activo; resultando innecesaria e inaplicable. Debemos entender que el tipo solo puede comprender y referirse a la contribución, mas no así al emolumento o remuneración que sí encaja en otras realidades.

Todo ejercicio de una función pública es normativa, y como tal, debe regirse por ella. Existen instrumentos básicos de gestión como el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) y su base legal, el Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el crecimiento de Inversión Privada), etc., al cual debe sujetarse todo funcionario o servidor público; y las contribuciones en general (impuestos, tasas, aranceles, tributos, etc.) se fijan por ley, ordenanzas, edictos, etc., de manera que el funcionario o servidor público que abusando del cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones que exceden a la tarifa legal incurre en el delito de exacción ilegal.

En suma, debe tenerse en consideración que el tipo es esencialmente descriptivo, pero también valorativo, con relación a los actos materiales contenidos en el tipo penal como conductas prohibidas. En tal sentido, en esta relación entre texto y significado podrían generarse algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, los medios que utiliza el agente (violencia o amenaza) para ejercer sus funciones, obligar a practicar un determinado acto de sus funciones o estorbar en el ejercicio de éstas, dada su naturaleza muy genérica, requiere de grandes esfuerzos para su interpretación correcta. El legislador peruano ha recurrido en el constructo de esta figura penal a la paráfrasis de dimensión objetiva en la utilización de vocablos-conceptos como contenido material

del tipo penal que requieren un proceso de interpretación o una valoración primaria, siendo fundamental en esta tarea.

En esta línea de razonamiento, la relación del juez con la norma penal no se reconduce a su sentido literal o textual. La significancia valorativa de los elementos normativos tiene mucho de racionalidad para un juez decisor, que hace uso en el proceso de interpretación de los principios y preceptos constitucionales; porque texto y significado no siempre, son lo mismo. El tratadista argentino Martín Laclau, con mucha razón de índole filosófico, afirma: "Toda actividades humana va incorporando sentidos a la realidad; de allí que el hombre viva interpretando y que cada uno de nosotros desarrolle sus interpretaciones desde una específica compresión originaria, que es propia de cada cual y merced a la que podemos movilizarnos en el mundo y compórtanos frente a las realidades que éste nos presenta"(14). Para luego agregar: "En el caso del derecho, el tema de la interpretación de la ley. Esta ha sido considerada como una forma de expresión y, consecuentemente, se han elaborado una serie de reglas y métodos con el objeto de sacar a la luz el significado encerrado en las palabras que constituye el texto"(15). En efecto, todos interpretamos, y con mayor razón el juzgador, pero nada está sujeto a la arbitrariedad en este proceso de interpretar la norma penal. Es correlacional dentro del marco preceptivo de la Constitución Política de la República. "Para comprender en qué consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje"(16).

IV. DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos de la Administración Pública y el patrimonio del particular. El bien jurídico se ubica en un lugar preponderante en la teoría jurídico-penal peruana. La doctrina nacional mayoritariamente considera como misión del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos individuales y/o difusos. Algunos autores

(14) ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL. "La interpretación del Derecho". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 9.
(15) Ibídem, p. 10.
(16) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal-Parte General.* 3ª edición. Editorial Grijley. 2005, Lima, p. 187.

extranjeros (muy en particular Alemania) recusan frontalmente esta misión u objeto del Derecho Penal.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que: "La Pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"[17].Una cuestión fundamental por resolver, tratándose de este principio, es la de establecer si en ella está comprendido el peligro abstracto que en la mayoría de los casos no es posible apreciar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. La norma principista parece sugerir que está referido al peligro concreto y no al peligro abstracto; en efecto, el artículo IV del Título Preliminar no incorpora el peligro abstracto, porque está referido a supuestos de peligro concreto. Sin embargo, existe en la Parte especial del Código Penal muchos tipos penales de peligro abstracto que contienen supuestos prohibidos que, aparentemente, no están adecuados al principio de lesividad.

V. DEL SUJETO ACTIVO

Estas acciones dolosas han sido cualificadas por el legislador peruano, por el sujeto activo, tanto por la condición especialísima que entraña el cargo con sus funciones y por la acción finalista del agente; de manera que el sujeto activo puede ser cualquiera de los funcionarios

(17) Este artículo ha sido revisado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por Ley Nº 27837 del 4 de octubre del 2002, encargado de revisar el texto del Código Penal, las normas modificatorias y la adecuación a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y demás instrumentos internacionales (Anteproyecto de Código Penal Peruano del 2004).
Título Preliminar
"Artículo IV.- "La pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Solo en casos excepcionales y por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico". La Comisión Especial consideró pertinente reestructurar la fórmula del Principio de Lesividad (artículo IV) a los efectos de responder a la perspectiva de permitir excepcionalmente la sanción de comportamiento idóneos para producir un estado de peligro siempre y cuando se trate de bienes colectivos *o supra* individuales como el sistema crediticio o el tráfico monetario. "Estos no son más que los tipos de peligro abstracto cuya técnica es aplicada con cierta regularidad en las sociedades de riesgo. Así el legislador rescata de manera excepcional estas fórmulas de peligro abstracto para delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, en especial, de aquellos que nacen con el desarrollo tecnológico, económico e intelectual de la sociedad. El fundamento político criminal de los tipos de peligro abstracto consiste en la conveniencia de no dejar a criterio del juzgador la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son de lato grado, incluso en el caso de conductas prohibidas de manera general mediante tipos de peligro abstracto, pero en el caso concreto no peligrosas, la punición se basa en la decisión político-criminal de querer crear costumbre de determinadas acciones, a fin de poder obtener una protección suficiente a bienes jurídicos importantes" (Tomado literalmente del Prólogo del Anteproyecto de Código Penal 2004-Parte General).

o servidores públicos, que tenga la potestad de exigir, o hacer pagar o entregar contribuciones abusando del cargo o tenga la disponibilidad jurídica para ello. No necesariamente el recaudador, el tesorero, etc., también el alcalde puede ser agente del hecho ilícito, pese a no tener función específica de recaudador, pero puede abusar del cargo, exigiendo una contribución indebida a favor de la Administración Pública; de allí la importancia de diferenciar el abuso del cargo del abuso de la función, del cual habla la legislación italiana. Ambos abusos son idóneos y no se puede hablar de una usurpación de funciones específica porque el titular del pliego (alcalde) tiene la disponibilidad jurídica.

El hecho punible solo puede ser cometido por el funcionario o servidor público que en razón del cargo, le compete exigir o hacer pagar o entregar contribuciones no debidas o en cuantía mayor a la establecida por ley.

Sobre el particular, en la doctrina nacional existen opiniones divergentes con relación a quiénes pueden ser agente del hecho punible. Para algunos autores solo puede ser sujeto activo del injusto el funcionario o servidor público que tiene facultades específicas de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones, etc.; para otros, cualquier funcionario, independientemente de si tiene facultades específicas, basta el solo hecho de valerse del cargo. Sin embargo, por la forma como está redactado el tipo todo parece indicar que está referida aquellos funcionarios o servidores públicos que tienen facultades específicas pero que abusando del cargo exigen o hacen pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal; lo cual implica por interpretación, *a contrario sensu*, que exigir o hacer pagar o entregar en forma debida o en cantidad que no excede la tarifa legal es atípica. Esta condición atípica solo es facultad del funcionario o servidor público con facultades específicas; de lo contrario, implicaría usurpación de funciones.

VI. DEL SUJETO PASIVO

Es el Estado, pero también los particulares que son quienes soportan el abuso de los funcionarios o servidores públicos. Recordemos que la acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos o superiores a los legalmente establecidos.

VII. DE LA PENA

La pena a aplicarse al agente es la privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. **La pena tiene función preventiva y protectora.** Trae a colocación otra cuestión teorética y real por resolver: ¿Un Código Penal previene delitos y faltas a través de las penas? ¿Es un medio protector de la persona humana y la sociedad? **En términos reales, un Código Penal es poco probable que prevenga delitos porque siempre interviene cuando se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado. En todo caso, esta prevención es general, indirecta y débil.** La función preventiva y protectora que se expresa en la ley penal es acogida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que ha constitucionalizado la función preventiva especial positiva.

VIII. EL INJUSTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

"El tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio" (Exp. N° 4628-98, Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 1999).

"El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo 'extorsiona' con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias" (Exp. N° 1380-98, Ejecutoria Suprema recaída del 13 de octubre de 1998).

"En cuanto al delito de concusión que se le imputa previsto en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal, cuyo *nomen iuris* también es 'pago indebido' y 'exacción ilegal', establece que comete este delito 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 la tarifa legal, será reprimido. [...]'; que la imputación respecto a este delito estriba en el hecho que en su condición de alcalde, se hizo pagar beneficios que por ley no le correspondían, es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, señala ROJAS VARGAS: 'Que la exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse, por tanto, que lo 'extorsiona' con un acto de autoridad injusto; en la segunda oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar. En ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias'[18]; en consecuencia, en la concusión, quién ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían" (R. N. N° 3448-2004, Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2005).

"Que, la exacción ilegal alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta –implícita–; en la primera, el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse, por tanto, que lo extorsiona con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de un deber con respecto a lo que debe integrar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entregar o afrontar otras consecuencias" (R. N. N° 3019-2008, Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 2009).

"Que el delito de exacción ilegal, sancionado en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal; para su realización requiere

(18) ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada.* Editorial Idemsa, Lima, 2001, p. 490.

que el funcionario o servidor público aprovechando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal al sujeto pasivo, extremos que no se han dado en autos, toda vez que la contribución viene a ser la cuota o prestación personal que se impone con la finalidad de atender las necesidades del Estado y sus organismos autónomos o dependientes de ella, lo cual viene a ser sinónimo de impuesto, tributo, arbitrios, tasas, subsidio, gabelas; todo lo cual tiene su propia construcción en relación a los servicios que se presta, cuyos montos a abonarse está establecido en la normativa legal que regula cada uno de estos ítems; mientras el emolumento está exclusivamente vinculado a remuneración, el cual viene a ser el pago por los servicios prestados en un cargo o empleo, incluyéndose en estos los honorarios profesionales, extremos que no se han configurado en el proceso" (R. N. N° 668-2007, Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 2008).

"Si, por el contrario, el cobro es legal, aun cuando la resolución que lo autoriza sea arbitraria, el delito de exacción ilegal no aparece. Así se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 23 de enero del 2002, cuando argumenta que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383 del Código Penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el funcionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar contribuciones, emolumentos no debidos o en cantidad que exceda la tarifa legal, situación que no se da, puesto que el mencionado incremento se dio mediante un acuerdo municipal; acuerdo que es atribución de los denunciados, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades".

Jurisprudencia

Exp. N° 596-95-EJS-Prov. de Arequipa

"El delito de concusión imputado al procesado, se encuentra acreditado, por cuanto resulta de todo lo actuado, que el referido inculpado procedió a efectuar la cobranza del tributo en forma indiscriminada, sin un previo administrativo y contable, habiéndose fijado su aporte en forma personal, transgrediéndose de este modo los alcances de la Resolución Municipal N° 3816; asimismo, el referido encausado procedió a otorgar la concesión del cobro de dicho tributo sin que se haya efectuado licitación ni concurso alguno, con lo que los intereses del Concejo Municipal se vieron afectados gravemente".

Exp. Nº 83-2004 R.N. Áncash

"El delito de exacción ilegal, contemplado en el artículo 383 del C.P. no se refiere solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos y que excedan a la tarifa legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configura los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado.

1. De lo actuado se ha acreditado la comisión del delito y la responsabilidad penal de los sentenciados, quienes en su condición de funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial tenían pleno conocimiento de los reglamentos internos que establece las dietas, pretendiendo justificar su accionar doloso, uno de los sentenciados devolviendo lo cobrado ilegalmente y la otra sentenciada haciendo la consulta respectiva después de cuatro meses, cuando se hizo de conocimiento público.

2. Que el delito de concusión en su modalidad de cobro indebido, previsto en el artículo 383 del Código Penal, establece entre otros que el funcionario mediante intimidación tácita de la condición que le asiste, exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos; que en el citado ilícito, la voluntad del agente debe estar, la dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio.

3. En autos, se encuentra plenamente acreditada la comisión del ilícito penal investigado y la responsabilidad ineludible de los procesados, quienes en su condición de Alcalde y Regidores de la Municipalidad Distrital de Comas hicieron cobro retroactivo del incremento por concepto de dietas, como consecuencia de los acuerdos de consejo, por el periodo de enero al 27 de febrero de 1998; queda evidenciado con las declaraciones de los propios acusados, así como con las misivas que se cursaron respectivamente, en las que los procesados autorizaron el descuento de la suma indebida cobrada por concepto de reintegro de dietas, lo que demuestra que eran conscientes de haber cobrado montos prohibidos por la ley, hecho sancionado por el artículo 383 del Código Penal".

Resolución del Tribunal Constitucional

"Lima, 22 de marzo de 2011

Visto

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Augusto Mondragón Becerra contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fecha 7 de octubre de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

Atendiendo a:

1. Que con fecha 23 de abril de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio Público, representado por la Fiscal de la Nación, y contra el Poder Judicial, representado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando que se dejen sin efecto los siguientes pronunciamientos: i) la disposición de fecha 16 de noviembre de 2009, expedida por el Segundo Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ilo; ii) la disposición de fecha 18 de noviembre de 2009, expedida por el Segundo Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ilo, y; iii) las resoluciones judiciales N° 5, de fecha 29 de diciembre de 2009, que declarando fundado el recurso de sobreseimiento interpuesto por el Ministerio Publico, dispone el archivo definitivo de la investigación preparatoria; y la N° 7, de fecha 13 de enero de 2010, que declara improcedente su recurso de apelación interpuesto contra el mencionado auto de sobreseimiento, pronunciamientos expedidos por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Moquegua, en la Causa Penal N° 2801-2009, seguida contra don Julio César Jáuregui Machicao, por el delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Ilo. A su juicio, los pronunciamientos cuestionados lesionan la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, en sus expresiones de acceso a la justicia, motivación resolutoria y derecho de defensa.

Sostiene que en representación de la Corporación mencionada, formuló denuncia penal por el delito de exacción ilegal, previsto en el artículo 383 del Código Penal, debido a que don Julio César Jáuregui Machicao dio conformidad de servicios a favor del contratado Francisco Ajahuana Garibay, sin que al parecer se efectuara trabajo alguno, irregularidad que perjudica el patrimonio municipal. Aduce que, no obstante ello, el fiscal solicitó el sobreseimiento de la investigación preparatoria, argumentando la prescripción de la acción penal, abuso que posteriormente se confirmó mediante las resoluciones judiciales cuestionadas.

2. Que con fecha 30 de abril de 2010, el Segundo Juzgado Mixto de Ilo declaró improcedente liminarmente la demanda, por considerar que no existía afectación de derechos constitucionales y que lo que en puridad se pretendía era la nulidad de los pronunciamientos expedidos por el Ministerio Publico. A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua confirmó la apelada, argumentando que el proceso de amparo no constituía una supra instancia en la que se puedan enervar las actuaciones fiscales o judiciales.

3. Que a juicio del Tribunal Constitucional, la presente demanda debe desestimarse, pues vía el amparo se pretende que el juez constitucional se pronuncie respecto a materias ajenas a la tutela de derechos fundamentales. Al respecto, cabe señalar que tanto la subsunción del evento ilícito al supuesto de hecho previsto en la norma como el ejercicio de la acción penal son atributos del

representante del Ministerio Público, así como el pronunciarse respecto a la prescripción o imprescriptibilidad de tal ejercicio es un asunto específico que corresponde ser dilucidado únicamente por la justicia penal; consecuentemente, esta facultad escapa de la competencia de la judicatura constitucional, toda vez que no es facultad de ésta analizar la validez o invalidez de las resoluciones fiscales o judiciales que se expidan, ya que ello implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas, aspectos que no son competencia *ratione materiae* de los procesos constitucionales, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte de la autoridad emplazada, que ponga en evidencia la violación de derechos de naturaleza constitucional, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

4. Que es más, de autos se advierte que los hechos y fundamentos que sustentan los pronunciamientos de los funcionarios públicos emplazados han sido razonablemente expuestos en las decisiones cuestionadas, de las cuales no se advierte un agravio manifiesto a los derechos que invoca el recurrente, y por el contrario, son decisiones emitidas dentro del ámbito de las competencias asignadas por la Norma Constitucional, las mismas que han sido ejercidas razonablemente conforme a su respectiva Ley Orgánica.

5. Que a mayor abundamiento, de los autos se advierte que los pronunciamientos discutidos, esto es, las Resoluciones Judiciales N° 5 y N° 7, carecen de la firmeza y definitividad necesarias para ser cuestionadas mediante el proceso de amparo, dado que el accionante no agotó todos los medios impugnatorios que prevé la ley de la materia, conforme lo indica la Resolución N° 8, que recauda la demanda como anexo 1-S y que obra a fojas 55, hecho que no se condice con la previsión establecida en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

6. Que por consiguiente, apreciándose que los hechos cuestionados *no* inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados, y que el agraviado recurrente dejó consentir la resolución que, según sostiene, lo afecta, la demanda debe desestimarse de acuerdo con los artículos 4° y 5°, inciso 1, del Código Procesal acotado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN".

El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios

Roberto CÁCERES JULCA

SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de colusión. 1. Bien jurídico. 2. Sujeto activo. 3. La concertación. 4. Distinción entre colusión agravada y colusión simple. 5. El perjuicio. III. Aspectos probatorios del delito de colusión. 1. Los indicios y la concertación. 2. La pericia.

I. INTRODUCCIÓN

Es ya conocido que nuestro país sufre los embates de la corrupción, presentes en varios ámbitos de nuestra sociedad. Dentro de ese campo, uno de los problemas más significativos es la corrupción en la contratación pública, por medio del cual este proceso es alterado para beneficiar al propio funcionario público o un tercero, ocasionándose un grave perjuicio para el patrimonio del Estado.

Es frente a esta actividad criminal que se presenta el delito de colusión, figura delictiva que sanciona todo acto de concertación entre funcionario público y particular que busque afectar o afecte el patrimonio público. Aquí presentamos algunas características sustantivas y procesales de su configuración normativa, complementándola con algunas sentencias que permiten ver un mayor panorama.

II. EL DELITO DE COLUSIÓN

El delito de colusión se encuentra previsto en el artículo 384 del Código Penal, cuya última modificación fue por Ley N° 29758 establece que:

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido:

"El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la adquisición"(6).

"Si el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente"(7).

Ahora, de este delito se desprenden dos modalidades prohibidas: la primera refleja el tipo penal base (artículo 384 primer párrafo), que exige una concertación o acuerdo colusorio entre funcionario y servidor público, sin necesidad de que se produzca un perjuicio al patrimonio del Estado. En un segundo lugar, el tipo de colusión agravada, donde se exige además de la concertación o acuerdo colusorio la defraudación del patrimonio público. Con ello el legislador busca abarcar todos los supuestos posibles que se puedan dar.

3. La concertación

Los actos colusorios son manifestaciones indebidas del mal uso del poder público en la toma autónoma y racional de decisiones, ocasionado por influencias externas para adoptar un comportamiento distinto del que hubiera seguido en cualquier otra circunstancia similar, esto es, sin la influencia indebida en la toma de decisiones en una contratación pública.

La concertación es la manera como el funcionario o servidor público se adscribe o se pliega a la voluntad del particular, con el que comparte la adopción de decisiones tendientes a concretar el acuerdo colusorio. Ello si lo vemos desde la perspectiva del sujeto activo, constituye un acto funcionarial revestido de todas las formalidades administrativas, en el cumplimiento de un procedimiento, cuya finalidad subrepticia es la obtención de beneficios para sí o para el particular, trayendo como consecuencia la afectación al patrimonio del Estado, ya sea

(6) Ejecutoria Suprema, Exp. N° 1382-2002, de fecha 05 de mayo de 2003.
(7) Ejecutoria Suprema, Exp. N° 1522-97, de fecha 20 de marzo de 1997.

porque se adquiere un bien o servicio distinto del necesitado o ninguno de estos es el más eficiente de acuerdo con las necesidades del servicio, o porque se adquiere a un precio mayor del mercado, o el bien es innecesario, etc.[8]. La jurisprudencia ha sostenido:

> "(...) La concertación que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa"[9].

De este modo, no se requiere para que se materialice un acto colusorio, que se infrinja una norma, entendido esto en sentido amplio para englobar a ley de la material, al reglamento, al manual de funciones, a las directivas, a las recomendaciones de organismos de decisión o de supervisión, entre otros que tengan idoneidad para establecer pautas para la toma de decisiones, aun cuando esto es un indicativo. Basta que se incurra en una infracción de deberes funcionariales contraria a los principios y objetivos institucionales de la organización del Estado y que ocasiona un riesgo prohibido que tenga idoneidad para defraudar el patrimonio público, esto es, que se asuma conscientemente un riesgo contrapuesto con los intereses institucionales utilizando soluciones de naturaleza y contenido distinto a los admitidos o aplicando un razonamiento cuyo alcance propio y especifico resulta perjudicial para los intereses económicos de la institución.

Al respecto la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 1719-2007-Puno de fecha 7 abril 2007 indica en el fundamento sexto

> "(...) respecto del **delito de colusión desleal**, debe señalarse que se **encuentra probada su comisión**, toda vez que **los procesados han actuado en forma irregular**, pues **las operaciones las han realizado sin el menor cuidado**, evidenciándose, por el contrario, el interés de que esta se concrete, **obviando formalidades y otorgándole al**

(8) "El delito de colusión ilegal exige como presupuesto para su comisión la "concertación", que consiste en ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse asimismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública". Ejecutoria Suprema, R. N. N° 740-2003, de fecha 04 de junio de 2004.

(9) Ejecutoria Suprema, R. N. N° 1296-2007.

proveedor ventajas económicas que desprotegían totalmente los intereses de la Municipalidad agraviada".

El funcionario público no necesita romper con la norma para infringir su deber de cautelar los intereses de la institución pública, basta con que el acto de poder haya sido influido de modo tal, que la voluntad se oriente de manera calculada a favorecer a un particular, lo cual puede ocurrir incluso para no ejercer los deberes de control que tenía asignado en un procedimiento administrativo, o de evitar los riesgos derivados de la toma de decisiones. Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el R.N. N° 1389-2012-Cañete. Lima, 16 de enero 2013, considerando quinto, señala que:

> "Los regidores de la Municipalidad, que tienen facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada sobre el contrato a celebrarse, a pesar de lo cual aprobaron su suscripción, con lo que permitieron que la empresa cuestionada obtenga un beneficio económico por un servicio que ya había sido realizado. Su intervención constituiría una participación necesaria dado la expectativa normativa exigida a los regidores de se circunscribe al cumplimiento de su rol de custodia y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que, sin su aprobación en sesión de consejo, no podía haber sido posible la contratación de la empresa".

Tampoco se requiere establecer la vinculación directa entre todos y cada uno de los partícipes del hecho corrupto cuando se trata de decisiones corporativas –por ejemplo, directorios–, ya que la concertación se puede deducir de la naturaleza de la práctica procedimental, las normas que la regulan el procedimiento, las condiciones de hecho del caso y las conductas y actitudes de los partícipes.

Resulte también importante precisar que los actos colusorios representan un fenómeno multicausal y sujeto a un sinnúmero de condicionantes que varían considerablemente de acuerdo a la forma de adquiere el pacto colusorio, el tiempo en el que comete, las personas que intervinientes, incluso varía de acuerdo al lugar donde se realiza.

En todos los casos la infracción al deber institucional, ya sea de forma activa o pasiva, resulta trascendental para determinar el acuerdo colusorio, pues hablamos de una deslealtad hacia las reglas que regulan

el normal desenvolvimiento de la conducta de los funcionarios respecto de la institución a la que representan, introduciéndose en este concepto la defraudación de los valores éticos que son imprescindibles a la hora de analizar la deslealtad funcional.

Ahora bien, el acuerdo colusorio expresa una manifestación de voluntad bilateral, por el cual el funcionario público y el particular fijan de antemano líneas de actuación con la finalidad de orientar la programación, actos preparatorios, selección, ejecución contractual a efectos favorecer al particular beneficiado por el conjunto de actos de concertación.

Debe resaltarse que la concertación, desde la perspectiva probatoria, requiere un análisis serio, exhaustivo y detallado en el que se identifique el conjunto de factores que denoten la distorsión significativa que se presenta en el comportamiento del funcionario o servidor público para adecuarse a las características, cualidades y circunstancias que reúne el particular al cual se le beneficia en algún momento de la Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía.

Esta distorsión de la conducta del funcionario o servidor público para favorecer al particular como producto de un acuerdo previo, puede presentarse en cualquiera de las tres fases establecidas por la ley de contrataciones: Programación y actos preparatorios, Selección y Ejecución contractual y sus respectivas subfases.

a) Etapa de planificación y programación, que a su vez se subdivide en:

   i. La definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones.

   ii. La realización de los estudios de mercado o indagaciones previas, según corresponda, para determinar el valor referencial y, consecuentemente, el tipo de proceso de selección a convocarse.

   iii. La aprobación del expediente de contratación.

   iv. La designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación o adquisición; y,

   v. La elaboración y aprobación de las bases del proceso de selección.

b) Etapa de selección la cual se subdivide en:
   i. Convocatoria
   ii. Registro de participantes
   iii. Presentación de consultas y absolución de éstas
   iv. Formulación y Absolución de Observaciones e integración de Bases
   v. Presentación de propuestas
   vi. Evaluación de propuestas; y
   vii. Otorgamiento de la buena pro.

c) Etapa de ejecución contractual, que sin tener una división formal comprende actos que van desde:
   i. La suscripción del contrato.
   ii. Los actos de ejecución contractual.
   iii. La conformidad de recepción del bien o servicio prestado.

La concertación puede ser consecuencia de un actuar contrario a las normas, procedimientos, directivas, manuales o cualquier otra guía que orienta cualquiera de las fases de la contratación o de los propios términos del contrato, también puede presentarse respecto del incumplimiento del rol de control de que se cumpla los procedimientos o criterios requeridos para que se tome una decisión, igualmente se presenta en los casos de la elección y selección de determinadas características que deba tener el producto o servicio ajenos a la necesidad, utilidad y finalidad para el cual se adquiere tales bienes o servicios.

Asimismo, la concertación se puede manifestar en la selección de los criterios que han de formar parte de las bases del concurso público, en la selección de los postores inidóneos (postores no cumplan con las condiciones requeridas en las bases, no se dediquen a producir o comercializar los bienes o servicios requeridos), o en el otorgamiento de la buena pro (elección del postor), incluso en los actos de ejecución del contrato del bien o servicio, lo que es de aplicación también para aquellos casos en los que no se requiere concurso público.

Es de anotar que no toda irregularidad implica un acto de concertación, por ejemplo, es usual que el Ministerio Público afirmar como un indicio de concertación, la inexistencia de una licitación pública o

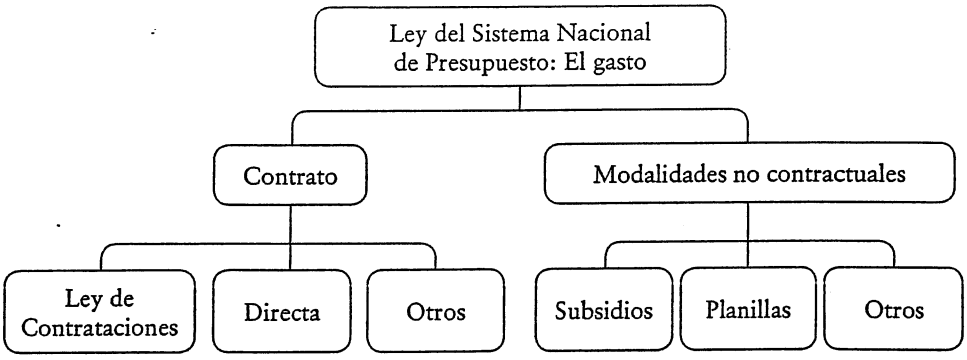
concurso público para adquirir un bien o servicio, lo que implicaría que el acto de favorecimiento se manifestó al omitir convocar a una licitación pública, tal circunstancia sin negar que puede ser cierta en algunos casos, no implica la falta de concurso público sea por regla un acto de concertación.

Debe anotarse que en materia de contratación pública existen reglas y excepciones que establecen los casos en los que debe o no existir concurso público o licitación, incluso existen casos que sin estar previstas en la Ley de Contrataciones pueden presentarse un conjunto de excepciones que han sido determinados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Así, no toda contratación pública debe ser materia de una licitación o concurso público, el artículo 76 de la Constitución –Contrataciones y adquisiciones del Estado– indica las obras y adquisiciones se realizan por contratación y licitación pública, admite además que:

> "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.
>
> La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

La Ley N° 28411 – Ley del Sistema Nacional de Presupuesto prevé una diversidad de modalidades de ejecución en las que exista contratación pública, pero no licitación pública. Así, de acuerdo a lo indicado en dicha norma, se tienen las siguientes modalidades de gasto:



Como puede observarse contratación pública, no significa necesariamente de concurso público, al respecto el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE ha emitido un conjunto de opiniones en las que ha establecido los casos en los que no se requiere concurso público.

El OSCE ha señalado en diferentes consultas que para saber en qué casos se exige una licitación o concurso debe analizarse dos aspectos: subjetivo y objetivo. Al respecto la Opinión Consultiva N° 134-2005-OSC/GTN de fecha 23 de diciembre de 2005, Asunto: ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en al que se establece dos aspectos a evaluar para establecer si corresponde aplicar la Ley de Contrataciones:

i. En principio, cabe precisar que el ámbito de aplicación de toda normativa especializada, como es la de contrataciones y adquisiciones del Estado, debe analizarse tomando en cuenta dos aspectos: uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. El primer aspecto, de carácter subjetivo, está referido a las personas que deben someter su comportamiento a las prescripciones establecidas en la norma de carácter especial, cuando se configuren los supuestos de hecho previstos en esta; el segundo aspecto, de carácter objetivo, está referido a la materia u objeto que pretende regular la norma.

   Con referencia al aspecto subjetivo, el numeral 2.1 del artículo 2 de la Ley establece una descripción de los sujetos que –bajo el término genérico de Entidad– se encuentran comprendidos dentro del alcance de dicho cuerpo legal.

   Asimismo, el ámbito de aplicación objetivo se encuentra precisado en el artículo 1 y en el numeral 2.2 de la Ley, dispositivos que establecen, de forma genérica, la obligación de las Entidades de someterse a los lineamientos contenidos en dicho cuerpo legal para cuando requieran adquirir o contratar bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones y por las cuales deban asumir el pago del precio o de la retribución correspondiente. Ello en concordancia con lo señalado en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

En virtud del análisis expuesto, puede concluirse que, en términos generales, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento los **contratos celebrados por las Entidades, por los cuales el Estado asume la obligación de retribuir con una suma dineraria –erogación de fondos públicos– al contratista por su prestación** que puede consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra. (...)

ii. Bajo esa lógica, a efectos de valorar si es obligatoria la sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento debemos partir por dilucidar si el ente que pretende satisfacer necesidades de bienes, servicios y obras puede catalogarse como una "Entidad" en los términos referidos en el artículo 2 de la Ley, y si, para tal efecto, satisface sus necesidades con la erogación de recursos públicos, siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse de forma concurrente.

Como puede notarse, para afirmar que una contratación pública debe ser objeto de un concurso o licitación pública, se requiere analizar tanto el aspecto subjetivo (personas que deben someter su comportamiento a las prescripciones establecidas en la norma de carácter especial) como objetivo (materia u objeto de contratación pública), cuidando no solo de evaluar si el caso concreto se encuentra dentro de los supuestos previstos en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones, sino que debe tener en cuenta que la Ley de Contrataciones es una norma de carácter general que establece un estándar jurídico, que no cumple con ser minucioso y detallado en la regulación de todos los supuestos en que pueden presentarse en la realidad, por lo que debe ser concordada y contrapuestas con otras normas de superior o inferior jerarquía de las que se extraigan los juicios necesarios para establecer si en el caso concreto es exigible una licitación o concurso, por tanto, existen excepciones que deben ser determinadas haciendo un análisis transversal de diferentes normas, sin dejar de notar que existen otras excepciones de carácter sectorial aplicables en atención a las empresas o personas prestadores de bienes o servicios, o por la complejidad de la materia y/o la importancia de los riesgos que debe afrontar el proveedor.

Dentro de los casos exonerados de concurso público previstos en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones, tenemos aquellos casos en que debe **proveerse de servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos**, como lo indica la Opinión Consultiva N° 134-2005-OSC/GTN de fecha 23 de diciembre de 2005:

> (...) No obstante, conforme se observa en el artículo 19 de la Ley, el ordenamiento ha dispuesto que de verificarse la existencia de determinadas circunstancias –taxativamente reconocidas– las Entidades están facultadas a exonerar determinadas contrataciones y adquisiciones de los procesos de selección –es decir, la fase de selección–, constituyéndose de esta forma una excepción a la regla general de ejecución de procesos de selección en razón de los montos comprometidos en las respectivas contrataciones.
>
> Ahora bien, en razón que la prestación de servicios educativos puede exhibir en determinados casos características particulares, atendiendo a la materia especializada que se busca impartir, el nivel de enseñanza, entre otros aspectos, su ejecución puede involucrar servicios específicos que solo pueden ser impartidos por un proveedor determinado del mercado.
>
> Por tal motivo, atendiendo a las características especiales de los servicios a contratarse, la Entidad podría evaluar la posibilidad de exonerar ciertas contrataciones de la realización del proceso de selección, siempre y cuando concurran alguna de las causales establecidas en el artículo 19 de la Ley, particularmente, las establecidas en los literales e) y f).
>
> A este respecto, el literal e) del artículo 19 de la Ley, prescribe como causal que habilita a las entidades a exonerarse de realizar proceso de selección cuando requiera adquirir o contratar bienes o servicios que no admiten sustitutos y exista proveedor único; hablamos de servicios que no admiten sustitutos cuando, en función al mercado nacional[10], constituye un imposible físico y/o jurídico hallar más de un proveedor de servicios, ya sea por razones

(10) El artículo 144 del Reglamento ha establecido como mercado relevante para determinar la existencia de un solo proveedor al mercado nacional.

de su prestación, compatibilidad con lo requerido[11], entre otras razones.

De otro lado, el literal f) del citado artículo 19 de la Ley prescribe como causal de exoneración la contratación de servicios personalísimos. Al respecto, el artículo 145 del Reglamento señala lo siguiente: "Cuando exista la necesidad de proveerse de servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos; procede la exoneración por servicios personalísimos para contratar con personas naturales o jurídicas notoriamente especializadas siempre que su destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos evidenciados, apreciados de manera objetiva por la Entidad, permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual y haga inviable la comparación con otros potenciales proveedores".

De la definición dada por el Reglamento se desprende que en este tipo de servicios resultan determinantes las cualidades especiales de la persona natural o jurídica encargada de prestar el servicio. En este sentido, podemos ampliar dicha definición tomando en cuenta las consideraciones adicionales establecidas por la doctrina, la que señala que en la contratación de un servicio personalísimo –también denominado intuitu personae– "se ha tenido en cuenta y como requisito esencial del mismo, la persona del otro contratante, debido a su calidad, profesión, arte u oficio, o bien por su solvencia o responsabilidad económica (...)"[12].

Bajo las consideraciones expuestas, para establecer si determinado servicio es personalísimo, debe tenerse en cuenta la forma en que el mismo será prestado, atendiendo a las cualidades especiales del locador para hacerlo, independientemente de que exista otro locador que potencialmente pueda prestar en esencia el mismo servicio; estableciéndose, de esta manera, que la diferencia entre ambos locadores es la forma de brindar el servicio, ya que uno no puede prestarlo de la misma manera que el otro.

(11) En tal sentido parece definir Álvarez Pedroza este concepto. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. *Comentarios al T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Marketing Consultores. Lima. 2001, p. 118.

(12) Enciclopédia Jurídica Omeba. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Diskill, 1979, p. 530.

Ahora bien, como regla general se tiene que de configurarse alguna de las causales de exoneración dispuestas en el artículo 19 de la Ley, los órganos competentes de la Entidad –el área usuaria y la oficina de asesoría legal– deberán sustentar en los informes técnico y jurídico a los que se refiere el artículo 146 del Reglamento, la procedencia de la declaratoria de exoneración de los procesos de selección a la que hubiera lugar.

En ese sentido, si se configura alguna de las causales de exoneración antes reseñadas, debido a la alta especialización técnica de los cursos requeridos o a que determinados programas son los únicos que cumplirían con los objetivos establecidos en el Plan de Capacitación de la entidad, corresponderá a la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la entidad, justificar la declaratoria de exoneración del proceso de selección a que hubiera lugar.

Nótese que la exoneración se encuentra circunscrita únicamente a la realización del proceso de selección, y no a la realización de los actos previos y preparatorios que preceden a la realización del proceso, así como de la observancia de las reglas de ejecución contractual que son de aplicación para todo contrato celebrado por el Estado.

De esta forma, según lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, la exoneración únicamente se circunscribirá a la omisión del proceso de selección; por lo que los contratos que se celebren como consecuencia de aquella deberán cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección. Por ejemplo, de no concurrir alguna de las excepciones establecidas en el artículo 217 del Reglamento, la Entidad deberá exigir al proveedor de los servicios que, previamente a la suscrición del contrato, constituya y entregue la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

La no necesidad de licitación pública se puede dar cuando el proveedor es determinado por mandato expreso de una ley formal o norma con rango de ley, o de una orden judicial, así lo indica la Opinión Consultiva N° 039-2014-OSCE/DTN del 26 de junio de 2014, referido a los alcances del supuesto de inaplicación establecido en el literal l) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado en la que concluyen:

i. El supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal l) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley se restringe a aquellas contrataciones que deba realizar una Entidad con un proveedor determinado por mandato expreso de una ley formal o norma con rango de ley, o de una orden judicial.

ii. Tratándose de un supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, la contratación de un determinado proveedor por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional no se encuentra regulada por la normativa de contrataciones del Estado; correspondiendo a la Entidad observar sus disposiciones internas y los principios que rigen toda contratación pública.

Otro caso en que existe contrato público, pero no licitación es cuando el trabajador o personal de la Entidad se vincula directamente con la institución educativa, obteniendo únicamente el financiamiento correspondiente por parte de la Entidad, en tal caso no se aplicará la normativa de contratación pública, al respecto la Opinión N° 074-2009/DTN del 31de julio de 2009. Asunto Ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así se concluye en esta opinión cuando señala:

i. Se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento los contratos celebrados por las Entidades, en los cuales estas asumen la obligación de retribuir con una suma dineraria –erogación de fondos públicos– al contratista, por su prestación, la cual puede consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra. En esa medida, en principio, los contratos celebrados por la Entidad con instituciones educativas que impliquen la erogación de fondos públicos para el Estado, tendrían que regirse por las reglas y procedimientos establecidos en la normativa sobre contratación pública.

ii. En el supuesto que la institución educativa a la cual se pretende acceder cuente con algún procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas en contar con sus servicios, no se cumpliría uno de los presupuestos fundamentales para la aplicación de la normativa vigente en materia de contrataciones del Estado, pues en esta es la Entidad quien determina de manera exclusiva los requerimientos técnicos mínimos del servicio a contratar, lo que incluiría la selección

de los postulantes; por lo que se constituye un supuesto de inaplicación de dicha normativa.

En la Opinión Consultiva N° 074-2009/DTN se precisa que cuando la institución pública deba de realizar una contratación por mandato expreso de una ley formal o norma con rango de ley, o de una orden judicial que:

> "Toda vez que la contratación de un determinado proveedor por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional es un supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, su forma, procedimiento, requisitos y formalidades que deben observarse no se encuentran reguladas por la normativa de contrataciones del Estado; correspondiendo a la Entidad observar sus disposiciones internas y los principios que rigen toda contratación pública".

Lo acotado significa que primero no toda contratación incluso aquella que supera las 3 UIT debe ser materia de un concurso, segundo el procedimiento requisitos y formalidades para la adquisición de bienes o servicios que deban ser adquiridos mediante un contrato a un determinado proveedor por mandato expreso de una ley, o norma con rango de ley, o de una orden judicial, las reglas que se aplican son aquellas que la entidad ha establecido para este tipo de contratación, no la establecida en la Ley de Contrataciones.

En las modalidades colusión base o agravado el acuerdo colusorio debe ser idóneo, entendido como que las acciones que tanto del funcionario como el particular generan deben ser eficaces para producir el resultado querido por los sujetos, esto implica que cada uno de los intervinientes debe ser capaz de controlar el conjunto de las acciones necesarias que le corresponde para consumar el acuerdo.

4. Distinción entre colusión agravada y colusión simple

La distinción entre la colusión prevista en el primer párrafo del artículo 384 del CP respecto del segundo párrafo de citado artículo, es que para la primera modalidad bastará con la concertación, mientras que para el modo agravado se requerirá además que se cause un perjuicio material al patrimonio público.

Otra distinción es que la configuración actual del delito de colusión es una fórmula mixta, el tipo base al no exigir perjuicio económico, sino sólo una concertación idónea, se configura como un delito de mera o simple actividad[13]. Mientras que el segundo párrafo, en su modalidad agravada como delito de resultado.

5. El perjuicio

Hasta hace no mucho tiempo el "perjuicio" exigido por este delito era el tema más debatido, pues para un sector de la doctrina no era exigible[14] dicho criterio, y por tanto se configuraba como un delito de mera actividad. Así encontramos pronunciamientos de la jurisprudencia:

> "El delito se consumaría con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la idoneidad del acto de colusión"[15].

Para otro sector, el perjuicio era una exigencia del tipo penal, siendo necesaria para su configuración como delito de resultado[16]:

> "(...) que el tipo penal exige que se produzca la defraudación de los intereses del Estado a través de la concertación, la que puede realizarse mediante diversas modalidades confabulatorias, pactos ilícitos o arreglos en perjuicio de los intereses estatales, lo cual debe reflejarse en un perjuicio económico"[17].

La modificación del tipo penal de colusión, mediante la Ley 29703, parecía haber encontrado un parámetro orientador de esta figura, como delito de resultado, que exigía un perjuicio al patrimonio del Estado. No obstante, esta línea argumentativa varió con la actual reforma según Ley 29758, en ella se conjugan ambos criterios en debate, es decir, la posición que señala que el delito de colusión es de mera actividad, donde para su consumación basta el solo acuerdo ilícito entre

(13) "El tipo penal se limita a describir una actividad finalista". En: DIEZ RIPOLLES, José Luis. *Derecho Penal Español. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 157.
(14) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 317.
(15) Ejecutoria Suprema, R. N. N° 1464-04, de fecha 17 de febrero de 2005.
(16) Véase, GARCÍA CAVERO, en GARCIA CAVERO, Percy, CASTILLO ALVA, José. Ob. cit., pp. 44-45.
(17) Ejecutoria Suprema, R. N. N° 3342-2003, de fecha 10 de noviembre de 2004.

funcionario o servidor público con los interesados (tipo base de colusión), señalándose en el segundo párrafo del tipo penal su fórmula agravada, por la cual se exige además del acuerdo ilícito o concertación entre el funcionario público e interesado un perjuicio al patrimonio del Estado.

Desde esta perspectiva al ser el delito de colusión un delito de resultado en su modalidad agravada exige que el perjuicio económico se vea materializado, no basta ya un perjuicio potencial. Como lo indica la doctrina mayoritaria: "en la colusión agravada, se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado, u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados. Es irrelevante a efectos de la consumación, verificar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica"(18).

Entonces vemos que este tipo penal configurado como delito de resultado(19) exige un daño real, material, efectivo al patrimonio público, y no una probabilidad o posibilidad de resultado. Aquello es importante porque desde aquel momento se consuma el delito y desde ese momento empieza a correr la prescripción.

Si se habla de que el perjuicio tiene que ser efectivo, es decir, materializado en un perjuicio que se vea determinado mediante una pericia, entonces la consumación no se dará con la suscripción del contrato, y menos con la ratificación de la buena pro. Pues, si bien en el contrato puede existir, por ejemplo, una alteración de los precios, aquello todavía es una posibilidad o probabilidad de perjuicio, situación que no abarca un delito de resultado.

III. ASPECTOS PROBATORIOS DEL DELITO DE COLUSIÓN

Corresponde a continuación el realizar un análisis probatorio de las formas como se acredita la concertación y el perjuicio económico.

(18) Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, 3° ed. 2014, p. 287. Castillo Alva, José. "Colusión ilegal". En GARCÍA CAVERO, Percy, CASTILLO ALVA, José. Ob. cit., p. 180.

(19) "El tipo describe una actividad finalistica que produce causalmente un efecto separable de ella denominada resultado. El comportamiento, el resultado y la relación de causalidad entre uno y otro, son todos ellos elementos de tipo". En: DIEZ RIPOLLES, José Luis. Ob. cit., p. 157.

El caso específico de la concertación es uno de los acápites de mayor complicación dado que los conciertos defraudatorios, son actos disimulados u ocultos, por lo que la posibilidad de encontrar pruebas directas es de difícil concreción, ante los sofisticados métodos de ocultación y destrucción utilizados por quienes entran en los acuerdos, para ello la utilización de pruebas indiciarias y presunciones son determinantes para demostrar los convenios ilegales.

1. Los indicios y la concertación

En cuanto a las clases de indicios la jurisprudencia[20], y particularmente la doctrina representada por Gorphe[21] y en nuestro país por García Cavero ha desarrollado en extenso este tema. Sin embargo, su aplicación al delito de colusión es un asunto que no ha recibido la atención debida, siendo casi inexistente en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por "concertación" entendemos todo acuerdo con pleno conocimiento, pudiendo ser realizado de manera oculta, pero siempre al

(20) "Que (...) existe una concurrencia de indicios que permiten concluir que el autor del ilícito investigado es el acusado (...) entre los que cabe destacar los siguientes: a) Indicio de móvil: Concretado en la participación del acusado en el reparto del botín obtenido con el atentado criminal, que curiosamente resulta siendo proporcional a la cantidad de agentes que según él, participaron en el asalto de la camioneta de transporte de caudales de la Compañía de Transportes de Dinero y Valores PROSEGUR Sociedad Anónima, pues el acusado refiere que los asaltantes le "entregaron" la suma de cinco mil nuevos soles a fin de que no comunicara el hecho a nadie; b) Indicio de oportunidad: Pues el acusado aprovechó su condición de chofer del referido vehículo de transporte de causales, con la finalidad de entregar éste a los demás agentes; cuya identidad omite proporcionar por razones obvias; c) Indicio de mala justificación: Pues sin motivo alguno hace abandono de su centro de trabajo, no obstante aducir que nada tuvo que ver en el evento criminoso; e d) Indicio de actitud sospechosa: Pues luego de producidos los hechos el acusado no comunica ello ni a la Delegación Policial más cercana al lugar donde se produjeron los mismos y menos a la central de la compañía PROSEGUR, muy por el contrario decide marcharse a la ciudad de Trujillo e inclusive cambia de identidad valiéndose de documentos falsificados". Exp. N° 1787-98-Lima. Ejecutoria Suprema de 02 julio de 1998. En Normas Legales, Tomo 300, Trujillo, 2001, p. A-20, A-22.
"La prueba indiciaria debe ser examinada y no simplemente enunciada, por lo que cabe analizar los siguientes indicios: **indicio de capacidad comisiva**, pues el inculpado tenía en su poder las llaves de acceso a la agencia bancaria, las llaves del vehículo y las llaves del reloj de retardo, con las que se acciona la bóveda del banco; **indicio de oportunidad**, ya que el referido acusado era quien programaba el reloj de retardo, el que normalmente operaba a las nueve de la mañana, sin embargo el reloj en esta oportunidad, fue programado para las cuatro horas con treinta minutos de la mañana, precisamente en la hora en que se producía el atentado patrimonial contra la agencia bancaria; *indicio de mala justificación*, respecto al argumento de que el reloj de retardo en la fecha del evento sufrió un desperfecto, el que resulta desvirtuado con el informe pericial, el que concluye que la caja de seguridad se encuentra en buen estado de funcionamiento; **indicio de conducta posterior**, que consiste en la simulación concertada de la privación de la libertad y acondicionamiento de "explosivo" mientras se daban a la fuga los demás agentes, lo que se acredita con la pericia forense de explosivos". R. N. Exp. N.° 4781-98-Lima.

(21) GORPHE, Francois. *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Themis. Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 239.

margen de la ley, entre el funcionario (s) público (s) y el interesado (s), sobre labores que le están encomendadas en razón de la función que éste cumple, en las contrataciones públicas, provocando con tal actuación la defraudación del patrimonio del Estado o de la institución u organismo en el que ejerza algún grado de control o dirección patrimonial.

El medio idóneo para demostrar la concertación es el de la prueba indiciaria, denominada también prueba circunstancial, prueba indirecta, se trata de medio de prueba de naturaleza compleja, en tanto está formado por diferentes elementos.

Se puede definir la prueba de indicios como la operación mental por medio de la cual se obtiene una conclusión por derivación o concatenación de los hechos, respecto de un concreto hecho imputado ya sea parcial o total, a partir de elementos fácticos parciales, denominados hechos conocidos (hechos base o indicios) en los que aplicando las reglas de la lógica formal y de la experiencia se logra obtener hechos desconocidos (hecho consecuencia).

Los sujetos intervinientes en un acto de concertación se valen de las oportunidades que le brinda los vacíos normativos existentes, la falta de criterios definidos para la toma de decisiones, la falta de actos de fiscalización o control, incluso la propia dinámica interna de la estructura administrativa puede propiciar las condiciones para cometer actos de corrupción.

Así, es necesario hablar de un conjunto condiciones que deben pretensarse como propicias para que se forme el acuerdo defraudatorio. De este modo el examen de cada hecho que forme parte del pacto colusorio debe establecer no solo los actos u omisiones en las que incurrieron los partícipes, sino también se debe analizar el comportamiento adoptado por los organismos encargados de supervisar los actos de decisión.

Esta forma de razonamiento busca profundizar el conocimiento de las circunstancias que propiciaron la **concordancia de pareceres**, esto permitirá la identificación de todo lo que se dejó de hacer, se dejó pasar, se omitió o se incumplió, las causas y condiciones que lo facilitaron tanto en el nivel donde ocurrió, como en las instancias sean estas inferiores, dígase de los órganos que tienen como función la recomendación la emisión de informes de cualquier naturaleza en tanto que sean

idóneas para la formación de un criterio de decisión, así como de las instancias superiores en tanto que a estas les corresponden las funciones de control y supervisión.

En esta dinámica es deber del investigador, el identificar los vínculos directos o indirectos entre los funcionarios encargados de seleccionar a las empresas postoras o de realizar recomendaciones, informes, etc., los funcionarios que decidirán qué propuesta es la ganadora con el postor beneficiario, a partir de esta interrelación podemos establecer si las diversas manifestaciones en las conductas de los partícipes son eficaces para determinar un acuerdo colusorio.

Ahora bien, los acuerdos o concertaciones defraudatorias pueden ser probados esencialmente a través de tres clases de indicios, los que a su vez agrupan un conjunto de indicios, que deben ser apreciados de manera conjunta, y que a continuación desarrollamos como suelen manifestarse. Estos son:

1.1. Indicios referidos a la situación previa al acuerdo defraudatorio

Los indicios referidos al acuerdo previo, deben ser analizados desde una diversidad de perspectivas, que podemos circunscribirlas a su vez en tres tipos de indicios.

i. **Vinculaciones previas**, se refiere a las interrelaciones que existen entre los funcionarios con capacidad de decisión sobre la licitación, contrato, suministro u otro servicio licitado por el organismo público del cual se denoten la existencia de contactos con los beneficiarios o con terceros vinculados a ellos, fuera del ámbito establecido en los procedimientos administrativos y dentro del cumplimiento de un procedimiento.

   Por ejemplo, que los representantes directos o intermediarios hayan estado vinculados en negocios anteriormente, que tengan amigos comunes o que sean compañeros o que tengan algún grado de parentesco de cualquier grado, que existen vínculos entre sus parejas, o incluso que tengan intereses comunes, como ser parte del mismo club social, que sus hijos estudien en el mismo colegio, instituto u en la universidad, o cualquier otro que denote un vínculo directo y/o indirecto.

ii. Indicios de motivo, se refiere a las razones por las que el funcionario y el particular coinciden denotan su voluntad por llegar a un acuerdo colusorio, ello suele ser evidenciado desde la perspectiva de los beneficios que el acuerdo trae a las partes.

Dentro de las circunstancias que pueden motivar a que el funcionario se preste al acto colusorio, estos son diversos y van desde el beneficio económico propio o de terceros, devolver o hacer algún favor o prebenda, tampoco se requiere la existencia de una ganancia o ventaja inmediata, dado que esta incluso puede ser una promesa de un provecho de cualquier tipo, lo que no le resta idoneidad al acto de decisión.

iii. Indicios de falta de diligencia profesional inexcusable, la distorsión sustancial del comportamiento y la inaplicación de los criterios establecidos son los ejemplos más significativos.

Todos los indicios a los que nos hemos referido se subagrupan dentro de concepto de indicios del delito en potencia, "son datos que no vinculan directamente al sospechoso con la realización del delito en concreto, sino que sólo permite afirmar la capacidad del sospechoso de realizarlo"[22]. De estos indicios es posible obtener datos sobre la conducta diligente de cada imputado en los niveles de competencia que tiene asignados en la estructura y proceso de formación de los criterios o estándares que se aplicaran a los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros, y en los que se puede observarse circunstancias tales como las vinculaciones previas con los beneficiados, el retraso en las actuaciones administrativas o el apresuramiento en las decisiones, la posesión de conocimientos específicos relacionados a la comisión del delito, la tenencia de instrumentos que permitan la realización del hecho punible, o la inobservancia de aplicar los criterios establecidos para la adquisición de bienes o servicios acordes a la utilidad o ventaja para cual se han adquirido.

A continuación, hacemos una referencia breve a los cinco principales tipos de indicios y cómo suelen manifestarse:

i. **Los indicios de capacidad de delinquir o de oportunidad personal.-** Se trata de indicios que centran su atención en las personas

(22) GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal.* Alternativas, Lima 2010, p. 47.

de los partícipes (autores-cómplices), a través de un análisis de su conducta anterior a su vinculación a la licitación, a los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros, pero también aquellas actitudes asumidas en el curso de la convocatoria o en la realización del acto de la buena pro, incluso posterior a ella, por ejemplo aquellos actos en los que el beneficiado recibe tratamiento preferencial u obtiene ventajas no establecidas en la convocatoria, etc.

Dentro de este ámbito se presentan circunstanciales tales como prácticas que estén orientadas a influir en la toma de decisiones, a diferentes expresiones de intereses en una oferta en particular, contactos inusuales con uno de los oferentes en cualquiera de las fases de la contratación pública, que la decisión de contratar el bien o servicio se tome tomando en consideración datos adicionales o distintos de lo que están previstos en la base, entrega de cantidades dinerarias no programadas, o mayores a las establecidas, etc.

Como puede observarse es la propia conducta de los partícipes que exterioriza actos distintos a los estándares normativos, por ejemplo, mantener contactos o negociaciones personales, o simplemente haber desarrollado conductas paralelas de las cuales se puede inferir un concierto defraudatorio.

Todos estos elementos establecen la existencia de algún tipo de irregularidad, corresponderá a quien afirme la existencia de un acuerdo colusorio incorporar otros elementos indiciarios que sean compatibles con las características del delito.

En el caso concreto, estos elementos indiciarios pueden ser conocimientos específicos para burlas los controles o los objetivos institucionales, también se admiten las habilidades y conocimientos especializados que se adquieren como producto de la experiencia y que reducen el círculo de personas capaces de ejecutar el delito o aptitudes psíquicas necesarias para cometer el acto que se le imputa, es decir, si tiene la disposición anímica para ejercer aquella aptitud.

ii. **Indicio de motivo.-** Este indicio responde a la pregunta del porqué del ilícito, las circunstancias del móvil o de la acción punible, deducidos no solo de las declaraciones del imputado o de terceros;

sino además de sus expresiones físicas y psíquicas, que pueden ser percibidas tanto de lo que dice como de lo que no dice.

Para establecer el motivo por el cual se presume que el funcionario favoreció a un tercero en una contratación pública, requerimos saber cuál o cuáles son los vínculos o interés que los vinculan. Ello resulta claro si partimos de afirmar que el acto de colusión busca concretar un efecto, a partir de cual se puede analizar los móviles que vinculan al funcionario que tiene el poder de otorgar y al beneficiario.

Para ello requerimos determinar la relación directa o indirecta entre el funcionario y el beneficiado o su representante o un tercero vinculado a este último en un contrato público, una licitación u otro, esto se puede dar a través de vínculos de amistad, parentesco por consanguinidad, vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable con algunos de los integrantes del órgano decisor, padrinazgo, etc., del cual se haya generado la influencia necesaria para promover la concertación que promueva preferencias sobre el particular, frente a sus posibles competidores.

Asimismo, que el beneficiario o su representante tenga la condición de exrepresentante del organismo público, o que se trate de un exfuncionario del organismo público, también se admite las situaciones de subordinación del funcionario con capacidad de decisión con el beneficiado o personas vinculada a su persona, por ejemplo, que el beneficiado sea acreedor del funcionario con capacidad de decisión, es decir, existe una relación de acreedor-deudor o viceversa.

Incluso se admite situaciones en las cuales existe un interés de reciprocidad, como son cuando el funcionario y el beneficiario o terceras personas vinculadas a él, tienen negocios en común, son socios o cuando menos tienen intereses comunes.

Una vez establecido el contacto o relación que los vincula, podemos estar en la condición de plantear como hipótesis si el motivo del favorecimiento al beneficiario fue debido a interés económico, amistad, subordinación u otro.

iii. **Los indicios de oportunidad física.-** Son datos fácticos que denotan comportamientos orientados a influir en la estructura de

la decisión contractual, condicionado la formación y desenvolvimiento de esta de manera directa o indirecta, es decir, a través de actuaciones constituyan modos distintos a los estándares normativos que rigen la Administración Pública con el propósito de promover o asegurar la mejora de la posición competitiva del particular con el cual el funcionario público concierta.

Así no se requiere que exista regulación expresa para un determinado procedimiento, muchas veces existen prácticas que son consideradas como habituales en la actuación del órgano público. De este modo el aparato organizativo tiene establecido como usos y prácticas para determinadas actividades no reguladas por la norma administrativa, pero que se manifiestan como modos de acción, es decir, manifestaciones de un ritual, en donde existe una secuencia predeterminada de actividades, que, no estando recogidas en una norma, son aceptadas como practicas no escritas en los procedimientos administrativos.

El indicio de oportunidad puede resultar más claro cuando se en el curso del acto de decisión, se incurren en actividades contrarias a los establecidos en los procedimientos administrativos.

iv. **Los indicios de participación en el delito.-** Este tipo de indicio tiene por finalidad establecer la participación del funcionario en el acto de decisión, ya sea a través de actos de poder, informes, oficios, requerimientos, memorándum o cualquier otro rastro o vestigio que nos permita presumir la participación de los funcionarios encargados de efectuar recomendaciones o de decidir.

En este ámbito debemos centrar nuestra atención en la desaparición u ocultación de documentos, informaciones o la minoración de hechos o circunstancias determinantes que ocasione un daño efectivo y real o que generen una consecuencia cuantificable económicamente en perjuicio de la entidad licitante.

v. **La actitud sospechosa y conducta posterior.-** Se trata de indicios que buscan establecer si las manifestaciones exteriores del individuo al que se le sindica como posible sujeto activo del delito, son constantes o erráticas, tanto antes como después del hecho delictivo; en suma, nos interesa examinare su comportamiento posterior al acto de decisión.

En este ámbito nos interesa analizar los descuidos, errores u omisiones que puedan ser constitutivos de un funcionamiento anormal del aparato organizativo. Por ejemplo, podemos hacer referencias una serie de circunstancias en las que se produce errores en la identificación de personas, cosas, objetos, de fechas, las confusiones a la hora de analizar bienes o servicios que puedan devenir en la anulación de posteriores actuaciones, la omisión de actuación debida.

Así sucede con la defectuosa notificación, la falta de aviso o notificación a los otros postores de algún acto que forme parte del procedimiento, por ejemplo, la falta de citación para la apertura de sobres, el aviso en caso se requiera subsanar una omisión, la falta de convocatoria a una entrevista si esta se encuentra como programada en el procedimiento para los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros.

También dentro de este ámbito podemos incluir decisiones que se manifiestan como arbitrarias, en tanto que con los mismos argumentos aducidos se podría haber llegado a una decisión más favorable a la entidad licitante, esto tiene que apreciarse a partir de la determinación de un daño efectivo, real y no hipotético o futuro, esto último significa que no se admite calificar el daño como un mero futurible.

Un caso particular se manifiesta cuando la Administración Pública toma la decisión de fijar un presupuesto fijo y sin explicación alguna, este aumenta sin que existan informes técnicos, financieros, o económicos que justifiquen estas modificaciones.

Un tema debatible es la utilización de las consecuencias negativas del silencio del procesado, como una excepción a la regla de la carga de la prueba, en contraposición a las posibles afectaciones a los derechos a guardar silencio y a no auto inculparse que son manifestaciones del derecho a la defensa.

Al respecto podemos señalar que, si bien el silencio del acusado no es por sí solo suficiente para declarar la culpabilidad, nada impide tampoco que ese silencio bajo determinadas condiciones y siempre que las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto en donde se reclame una explicación de su parte, pueda servir eventualmente de elemento de corroboración de los indicios ya cargo existentes a partir de los cuales se infiere la culpabilidad.

Así, el silencio del imputado puede valorarse si se presentan estas condiciones: a) el acusado ha de ser advertido de las posibles consecuencia de su silencio, b) la existencia de un indicio de prueba de cargo objetivo que reclame del acusado una respuesta o explicación convincente, de modo que, en defecto de un acto justificación seria, su silencio puede contribuir a justificar su culpabilidad, c) debe existir otros indicios que apunte a la culpabilidad del acusado, de forma tal que su condena no descanse exclusivamente en la valoración de su silencio, d) el órgano jurisdiccional debe motivar razonadamente su decisión el peso que le concede al silencio del acusado, así como las conclusiones desfavorables que extrae de la misma.

1.2. Indicios generados al momento de celebrar el acuerdo o que reflejan la concertación

La celebración de conciertos defraudatorios suele dejar algunas huellas o elementos que pueden apreciarse desde la naturaleza misma del acuerdo, para ello se debe analizar la concreta área afectada (los bienes, productos o servicios), el objeto del acuerdo, las relaciones entre las partes, la extensión de la cooperación entre los partícipes.

Un ejemplo de lo acotado sería la existencia de reuniones entre el beneficiario y los funcionarios de la entidad licitante, sea que se trate de funcionarios que tengan por función la de recomendar la otorgación de la buena pro o de decidir sobre ella.

Estos tipos de indicios suelen vincularse con los indicios del delito en acto y que "están referidos a todos los datos vinculados con el hecho delictivo concretamente investigado, los cuales pueden ubicarse temporalmente antes, durante o después del hecho. A partir de este criterio de temporalidad, sean diferenciado desde hace mucho los indicios antecedentes, concomitantes y subsecuentes"[23].

A continuación, haremos una referencia breve a los tres tipos de indicios y cómo suelen manifestarse estos en la concertación defraudatoria.

a) **Los indicios antecedentes.**- Se trata de un conjunto de acciones o acciones por omisión que puede observarse como actos previos

(23) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 47.

a la comisión del hecho delictivo. Dentro de este tipo de indicios encontramos:

- **La realización de actos preparatorios.-** Son actos que no tienden directamente a ejecutar o consumar el delito, sino más bien a preparar las condiciones necesarias para que la colusión se materialice, particularmente aquellos de los que se pueda apreciar la existencia de reuniones, vinculaciones entre los funcionarios y los beneficiados.

  Debemos señalar que, dado su alejamiento del momento de la consumación del ilícito, se trata de actos que tienen cierto contenido subjetivo en tanto se trata de meras potencialidades para la comisión del delito, por lo que se requiere el concurso de otros indicios que refuercen la posibilidad de que haya existido un acuerdo(24).

- **Las manifestaciones previas.-** "Dentro del rublo de los indicios constituidos por las manifestaciones previas entran las manifestaciones o conversaciones anteriores del procesado que revelan su intención o predisposición de realizar el hecho delictivo. La manifestación de cometer el delito tiene una fuerza probatoria menor que el indicio de realización de actos preparatorios, pues no requiere de esfuerzo y la perseverancia de la preparación delito, sino que muchas veces depende de estados de ánimo pasajeros de los que hay poco espacio para reflexionar. Por lo tanto, no será utilizable como indicio sí se trata de simples exteriorizaciones de despecho nacidas de un estado de ánimo momentáneo. Sin embargo, su valor probatorio aumenta si es que no se limita a expresar una voluntad delictiva, sino que pone manifiesto procedentemente una forma de ejecución que se corresponde con la que finalmente fue utilizada para cometer el delito"(25).

  La forma en que el sujeto activo ejecuta estos actos es utilizando cualquier instrumento o medio que genere tratamientos

(24) Al respecto García Cavero nos recuerda que "pese a la fuerza indiciaria del dato de la realización de los actos preparatorios del delito, debe tenerse en cuanta que este indicio admite otras posibilidades de explicación como sería el caso del aprovechamiento de los actos preparatorio por parte de otro". GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 55.

(25) Ibídem, p. 47.

diferenciados que cuestionen la cualificación o capacidad de los otros postores, tales como actos denigratorios, de descredito (afirmaciones sobre situación económica y financiera no acreditadas, de morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones) o menosprecio de otros postores para resaltar las cualidades del postor coludido, actos de obstaculización que permitan participar libremente en la licitación, inducción a la infracción del procedimiento y/o de la bases o normas aplicables, información privilegiada, actos de confusión o de error propiciado por el funcionario o servidor para favorecer a un determinado postor, incluso omisión de información relevante, información incompleta o engañosa.

b) **Los indicios concomitantes o de las huellas del delito.-** Se tratan de datos que resultan de la ejecución del hecho delictivo, y que pueden ser apreciados en el entorno donde se produjo el delito o que puedan ser descubiertas en posesión de los beneficiarios o que se encuentran expuestas.

Se trata de casos en las que se altera las condiciones establecidas para la contratación pública, incorporando requisitos o prestaciones simultáneas o posteriores a las establecidas en las bases o en los criterios de adquisición de bienes o servicios que posean sustantividad propia o autonomía respecto de lo establecido en la fase de programación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual[26].

Dentro de este ámbito tenemos las huellas, vestigios o elementos del delito tales como instrumentos, objetos o cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva o que sea efecto de ella tales como documentos, dinero, bienes u otros efectos de cualquier índole hallados y que sean provenientes o vinculadas a la actividad delictiva, ya sea que hayan sido entregados voluntariamente por los que lo tenían en su poder o sean encontrados.

Por último, tenemos los elementos materiales obtenidos mediante grabación, audio video (pública o privada), fotografías, correo

(26) Mittermaier denomina *testigos mudos* a este tipo de vestigios resultantes de la acción delictiva, que delatan o permiten inferir una responsabilidad criminal. MITTERMAIER, Karl Joseph Antón. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Jurídica Universitaria, México DF, 2002, p. 209.

electrónico, mensaje de datos, telefónico o cualquier otro me dio que sirva para determinar las circunstancias reales de tiempo modo y lugar en las que el delito se realizó.

c) **Los indicios subsecuentes o de manifestaciones posteriores.-** S trata de indicios que se presentan como producto de las declara ciones del investigado o actitudes dentro de las cuales tenemos la declaraciones falsas, la imposibilidad de justificar determinadas ac ciones como incrementos patrimoniales, intento de soborno, obs trucción o entorpecimiento de la investigación, fuga inexplicabl del lugar de los hechos, posesión de objetos del delitos o de cosa pertenecientes a la víctima del delito de las que no sea capaz d explicar razonablemente el porqué de su posesión.

Estos diversos indicios justifican el inicio o la ampliación de ca minos o vías de investigación[27], sin que ello signifique que son deter minantes para extraer una conclusión de culpabilidad.

Así, por ejemplo, el indicio de mala justificación que se encuentr referida a la falta de criterio a la hora de verter una explicación o d justificar una decisión, deducida tanto de las incongruencias o poc sentido que estas tengan, o el caso de la falsa explicación, no pued tenerse como indicios únicos que prueba el hecho imputado, pues e derecho a la presunción de inocencia no exige al imputado probar su inocencia, mientras que el derecho de defensa en su garantía derech a la no incriminación permite al imputado no realizar actos o declara ciones que afecten su situación jurídica.

Dentro de los indicios de manifestaciones posteriores también deben analizarse los indicios de la coartada fallida, se trata de aque dato que surge como producto de la versión que ofrezcan los partíci pes, tales como explicaciones contradictorias, no convincentes por su inconsistencia o falsedad manifiesta desde el punto de vista de la ra cionalidad, de la lógica o de las reglas de experiencia, o cuando afir me la existencia de un hecho sin proponer medio de prueba o cuan do menos indicios que tiendan a demostrar la versión propuesta, en

(27) "La utilidad de estas revelaciones suele ser grande para la investigación o para reabrir la caus indebidamente archivada, siempre que no se haya producido entre tanto la prescripción del delito y d que la acción penal contra el sospechoso este viva". VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. "Presunción d inocencia y prueba por indicios". En: GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, SANZ HERMIDA Ágata et ál. *Investigación y prueba en el proceso penal*. Colex, Madrid, 2006, p. 75.

estos casos estos indicios pueden servir para corroborar ciertos indicios de culpabilidad.

Por lo tanto, "la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad"(28).

Estos tipos de indicios deben ser ligados para ir desenredando y descubriendo los hechos ocultos o inciertos de los que se denote la posibilidad de que se haya tomado un acuerdo colusorio.

1.3. Indicios que se manifiestan en la ejecución del acuerdo

Se trata de un conjunto de indicios, que suelen ser los más evidentes, y de los cuales se debe partir para iniciar la construcción de la prueba indiciaria. Debemos precisar que se requerían salvo que estemos ante la existencia de indicios necesarios o únicos, de otros indicios que confirmen o descarten la hipótesis de la existencia de un acuerdo colusorio.

Partamos de afirmar que toda concertación tiene por objeto surtir algún efecto, esto es, busca que se genere una consecuencia concreta. Cuando esa consecuencia se puede determinar, sin que se pueda identificar el acuerdo que lo originó, entonces surge, como una posible explicación a dichas consecuencias, la existencia de un acuerdo oculto.

Un ejemplo claro es la concertación de precios entre las diversas empresas que forman parte de un grupo económico que tienen un poder en el mercado que buscar de modo mediato ganar la licitación o contrato, mientras que a mediano o largo buscan mantener o incrementar su poder en un ámbito concreto del mercado, impidiendo la participación futura de potenciales competidores, coludiéndose para ello con los funcionarios públicos. Por ello no debemos de olvidar que los acuerdos colusorios tienen un efecto económico, en tanto daña sustancialmente la competencia.

(28) RTC 2005/300. Citado por RIVES SEVA, Pablo, MARCHERA GÓMEZ, Manuel, DEL MORÁN GARCÍA, Antonio, MORENO VERDEJO, Jaime, LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.* Tomo I, 4ª edición, Thomsom-Arazandi, Navarra, 2008, p. 252.

Lo acotado requiere tres elementos a analizar: **primero**, que todas las empresas de un grupo económico establecen un acuerdo para fijar precios, ya sea que compita entre ellas o con otros postores ajenos a su grupo corporativo; **segundo**, que los funcionarios concertados con los representantes de la empresa beneficiada o terceros vinculados a ella (intermediarios o agentes corruptores) deben comunicar determinadas circunstancias, o cuando menos algunos datos que permitan a la empresa beneficiara algún tipo de ventaja sobre sus competidores, **tercero**, que esta información debe de haber provenido necesariamente de la entidad licitante, **cuarto**, que como consecuencia de la información privilegiada se obtenga la buena pro en los contratos, convenios, ajustes, etc., bastando que el precio, calidad o cantidad ofrecida por el beneficiado sea cuando menos mínimamente mayor a los ofrecidos por los otros agentes del grupo empresarial o de la competencia.

Otro ejemplo sería la estandarización de la calidad de un bien, producto o servicio de manera paralela por todos los participantes de un grupo empresarial, que a través de diferentes empresas postulan a la licitación o convocatoria.

También deben evaluarse ciertas consecuencias que son consistentes con la intención de ocultar información y que reflejan la ejecución de un acuerdo que se pretende ocultar, como podría la omisión de información pormenorizada en casos de que el producto ofrecido adolezca de alguna característica no establecida taxativamente en la licitación o convocatoria, pero que requiera de informes que requieran ser formulados por algunos de los órganos técnicos o por asesores externos, en las que se deban analizar las consecuencias que tendría la adquisición del producto o servicio en el estado en que es ofrecido.

Por ejemplo, si se pretende adquirir un bien mueble o inmueble y este es ofrecido sin ciertas características, como podrían ser que se trate de un bien usado o que le falte algún accesorio no esencial pero cuantificable económicamente o que se trate de un producto con menor rendimiento o de calidad inferior al resto de los ofrecidos, acordes a los estándares de calidad de ese producto en el mercado.

Mientras que en el caso de bienes inmuebles, cuando no estén terminados y que se omita informar quién se encargará de culminar la construcción o los acabados, y cuánto representará el gasto que se deberá realizar para la culminación de la obra, etc. O también la omisión

respecto a problemas legales del inmueble, embargos, problemas con la titulación, de saneamiento municipal, entre otros. Además, problemas constructivos, técnicos, por ejemplo, informes desfavorables del Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci), o de la gerencia o subgerencia encargada de la Municipalidad correspondientes y que sean acordes a lo que establezca la Ley de Municipalidades.

Asimismo, que se omita informar que quien ofrezca el bien, producto o servicio no sea el propietario, representante legalmente autorizado o distribuidor autorizado, etc.

En síntesis, a partir de las consecuencias o efectos que se ocasiona en la entidad pública, se construye la prueba indiciaria, iniciándose la búsqueda de los otros elementos inciertos u ocultos que tenga entidad probatoria para confirmar o rechazar la hipótesis de un acuerdo colusorio.

Lo acotado no significa que, dado el caso en concreto, los diferentes ámbitos sobres las cuales se exterioriza el acuerdo colusorio, el lugar, el tiempo, las personas que participan en ellos no concurran otros indicios u otros factores estructurales o que los propuestos y desarrollados de concurrir, puedan invertir su orden, dado las manifestaciones particulares que deben ser observadas y analizadas de acuerdo al contexto social en las que se presenta el acuerdo oculto.

2. La pericia

La pericia resulta pertinente para dilucidar la existencia del componente perjuicio, como elemento exigible para los casos de colusión agravada, para ello requiere describir relación de operaciones llevadas a cabo para ello estos dictámenes se acompañan generalmente con documentos fundamentadores de naturaleza técnica o especializada, el reconocimiento de los objetos que hayan sido necesarios para su dictamen, el resultado de las mismas y las conclusiones que se formulen que no deben ser necesariamente categóricas dado que la realidad objeto del dictamen pericial no siempre puede ser reducida a esquemas rígidos.

En el caso de la colusión agravada, los peritajes que se realizan se denominan peritajes de opinión, en tanto aprecian o valoran un hecho o circunstancia relacionado con el perjuicio sufrido por la institución, esto puede realizarse ya sea mediante peritajes que determinen el valor de lo adquirido al momento de producirse el hecho denunciado, o

el exceso en el pago realizado, se trata por lo general de peritajes históricos o retrospectivos de naturaleza contable hechas en las arcas del organismo público.

Castillo Alva, citando abundantes ejecutorias de la Corte Suprema, afirma que "en la acreditación del delito de colusión ilegal resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales, dentro del proceso penal, ya sea a modo de pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de cualquier otro orden siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio económico y la precisión de la magnitud del mismo. (...) La pericia sirve a veces para dilucidar las diferencias existentes entre los precios de adquisición de los productos (...). Asimismo, permite comparar los montos promedios que se cobran, por ejemplo, por servicios profesionales en liquidaciones técnicas financieras de obra (...)"[29], entre otros supuestos que puedan presentarse en la praxis.

Cabe anotar que no siempre se necesita de una pericia para acreditar el delito de colusión agravada, basta en muchos casos que exista informe contable elaborado por la Contraloría General de la República que haya determinado perjuicio patrimonial. Para ello, requiere ser postulada como medio de prueba por el Ministerio Público, ratificada por los autores del informe en el contradictorio oral, y que tenga capacidad para convencer subjetivamente al juzgador sobre la presencia del perjuicio sufrido por la institución u organismo del Estado de modo plural, concordante y preciso[30].

Recordemos que la Contraloría General de la República es un organismo autónomo, tal como lo señala el artículo 82 de la Constitución, cuando señala que:

(29) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 209, 210.

(30) "El Informe de la Contraloría aparece como que las impresoras se adquirieron con un sobreprecio de quinientos once mil dólares y las computadoras con un sobreprecio de tres mil trescientos dieciocho dólares, además obtuvo la buena pro una empresa que no se dedica al rublo de computadoras, que lo expuesto acredita no sólo un concierto ilegal, vistos los vicios del procedimientos de adjudicación directa, sino esencialmente la presencia de una defraudación, en tanto que los equipos adquiridos, incluso a un vendedor que no se dedica oficialmente al rublo de computadoras, tienen un valor superior a equipos de cómputo similares, de modelos y marcas reconocidas en el mercado que, en tal virtud, la absolución en este extremo carece de virtualidad". Ejecutoria Suprema Sala Penal Permanente N° RN 798-2005- ICA, Lima, 22 de junio de 2005.

"La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano rector del Sistema Nacional de Control, quien, en su calidad de ente técnico, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente; en los administrativos, presupuestal, operativo y financiero de las entidades bajo su ámbito de aplicación."

El Sistema Nacional de Control está conformado por los siguientes órganos de control: La Contraloría General como ente técnico rector, los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditorías; quienes mediante su Plan Anual de Control programan las Acciones de Control con la finalidad de supervisar y vigilar que los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley Nº 27785, establece en su artículo 15 literal f) que son atribuciones del Sistema:

"Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

El tema a analizar es si los informes contables técnicos emitidos por la Contraloría General tienen o no la calidad de medio de prueba, al margen de que la ley antes citada le da tal calidad y si esa condición jurídica es la correcta, teniendo como premisa la doctrina y la jurisprudencia.

Partamos de afirmar que existe una diferencia entre el informe de contraloría y el hallazgo de auditoría o auditorias forenses.

a) **El informe de auditoría.-** Es un documento contable, emitido por profesional competente y calificado en la que expresa su conocimiento aplicado, como producto de un proceso sistemático que consiste en un examen, verificación y evaluación, aplicada a una materia a fin de obtener y evaluar objetivamente evidencia sobre las afirmaciones relativas a actos y eventos de carácter económico; con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones y los criterios establecidos en la auditoría.

Arías De Saltarín afirma que "el informe es un documento en el que el profesional de auditoría expone el alcance, naturaleza de su examen y expresa su opinión, como experto independiente, acerca de los estados financieros, operaciones o actividades que han sido objeto de exámenes. Los informes de auditoría en general, se elaboran de manera similar tanto en el caso de las empresas privadas o entidades públicas, ya que los principios de la auditoria en general son aceptados, son la base o fundamento que orienta el Informe de Auditoría y la actividad del auditor, sea independiente o gubernamental; no obstante, varia el procedimiento y su contenido, según la naturaleza del ente examinado y la finalidad del Informe"(31).

En el Sector Público el informe de auditoría contable ha adquirido importantes connotaciones, lo que lo ha convertido en un elemento probatorio de singular importancia para la investigación preparatoria, particularmente en aquellos casos en los que determinan las afectaciones económicas al patrimonio público con sus consecuencias, penales, administrativas y patrimoniales que pueden ser ocasionados por las acciones de los funcionarios públicos vinculados en los hechos irregulares.

Según el Manual de Auditoria Gubernamental-Magu. La Auditoría Gubernamental está definida por sus objetivos y se clasifican en: a) Auditoria Financiera, b) Auditoria de Gestión, c) Examen Especial.

De estos tres tipos de auditoría nos interesa, **la de gestión** por ser en ella en la que se realiza un análisis y comprobación de uso correcto de los recursos de la de la entidad.

La auditoría de gestión, es el examen y evaluación que puede incluir la verificación de los estados financieros, la evaluación de las operaciones y otras actividades de una entidad pública o mixta para establecer el grado de economía, eficiencia y eficacia en la planificación, control y uso de sus recursos y comprobar la observancia de las disposiciones pertinentes, con el

(31) ARIAS DE SALTARIN, Lourdes. *Eficacia probatoria del Informe de Auditoría en el Proceso Penal. Auditorías Forenses.* Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 30.

objetivo de verificar la utilización más racional de los recursos y mejorar las actividades o materias examinadas, de acuerdo con los objetivos y metas previstos, incluye el examen de la organización, estructura, control interno contable, y administrativo, la consecuente aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados, la razonabilidad de los estados financieros, así como el grado de cumplimiento de los objetivos a alcanzar en la organización o entidad auditada.

b) **Los hallazgos de auditoría, auditorías especiales o auditorías forenses.-** "Este tipo de auditoría consiste en el examen que se realiza en una empresa, organización, ente, área o actividad específica, respecto a la que se ha detectado la posible existencia de fraudes. En incontables ocasiones, es consecuencia de una auditoria. En materia gubernamental, cuando de una auditoría requerida por la empresa o institución del gobierno surgen irregularidades, la Administración procede a requerir una auditoría especial que consistirá, básicamente, en la presentación o examen de evidencias o elementos específicos relacionados con el hecho irregular, que servirán de guía para los fines consiguientes. Esta auditoría no implica un dictamen, ni conclusiones, ni opiniones. En el ámbito gubernamental presentará una conclusión sólo cuando se desvirtúe la existencia de la supuesta irregularidad, caso en el cual la conclusión consistirá en una explicación razonada del auditor para expresar tal inexistencia. En ellas, solamente deben expresarse los resultados del examen o investigación efectuada"(32).

Como se observa se exige que este tipo de auditoría puede practicarse en materia financiera, operativa, etc., se exige que debe ser objetivo y preciso, recogiendo en él los resultados de la investigación y dejando a criterio del juzgador la determinación de cualquier responsabilidad, que se deducirá de los medios de prueba actuados.

Las auditorías pueden ser efectuadas por un equipo de trabajo en el cual se incluyen contadores y profesionales de otras materias, que participan de acuerdo al marco de su conocimiento,

(32) Ibídem, p. 40.

naturalmente si lo investigado recae sobre transacciones o negocios que contengan registros de índole financiero y/o contable, la certificación o dictamen de exactitudes o veracidades, la Contraloría designará contadores o economistas que sean idóneos para dirigir esta tarea o para que formen parte del equipo de trabajo. Distinto es el caso en que ninguno de los integrantes del equipo de auditoría fuera contable, pese a que la naturaleza de la actividad requiere de un contable.

Existen casos en los que puede bastar una evaluación técnica, no financiera o contable para probar el perjuicio, bastando que cuente con la capacidad de determinar un valor mayor al del precio del mercado, o que el bien adquirido no se entregó, o si se entregó este fue en calidad menor a la convenida, o si el peso no corresponde con los estándares establecidos en las bases, o que se compra un bien como si fuera nuevo, sin serlo, o si el bien adquirido no funciona por razones no imputables a la entidad licitante o por causal de fuerza mayor, etc. En todos estos casos "los hallazgos o resultados de las pericias o auditorias que se formulen deben ser concretos y específicos, evitando en todo momento ser genéricos"[33].

Conforme lo establece la Ley N° 29758 que modifica el artículo 384 del Código Penal, no existe necesidad de actuar pericia, en los casos de colusión simple, bajo este supuesto no se exige agravio patrimonial, basta con la afectación causada a las expectativas del normal funcionamiento de la Administración Pública y/o a la imagen de la institución.

Dentro de estos casos tenemos aquellas situaciones en las que no pueda ser determinado el perjuicio concreto, no exista un sobreprecio o pago excesivo, o que este se presente como mera probabilidad, incluso en aquellos casos en los que se establece un ahorro para la entidad licitante, o este no ha podido ser determinado técnicamente[34].

(33) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 210.
(34) Generalmente el valor pagado resulta un exceso, que se genera ya sea para obtener un beneficio o para evitar un costo.

Sin embargo, no son los únicos casos, dado que también se puede aplicarse para los casos de colusión agravada, supuesto en el que exige que el peritaje deba ser capaz de acreditar el perjuicio patrimonial.

Como ya lo dijimos, la regla exige la existencia de una pericia que determine de forma aproximativa dado que por lo general las pericias contables son retrospectivas, sin embargo, la pericia no será requerida en aquellos casos en los que el perjuicio está individualizado como prueba de cargo[35].

Esto quiere decir, que si se presenta un caso en que se ha determinado a través de un medio de prueba la cantidad pagada por la entidad pública, como sería el caso de un cheque, una factura, un título valor o cualquier otro medio que pueda acreditar la forma de pago, que no debía realizarse ya sea porque no estaba dentro del marco del acuerdo o de las bases que regulan la contratación pública, o estando establecido se pagó un exceso indebido, este pago o este exceso en el pago, resulta ser el perjuicio causado de forma concreta, en estos casos no habría necesidad de realizar una pericia porque el perjuicio es susceptible de ser identificado a plenitud, por tanto, el órgano jurisdiccional no tendría necesidad de recurrir al apoyo de un análisis de un tercero, si él mismo está en capacidad de percibir a través de sus sentidos el perjuicio ocasionado.

Este supuesto exige que la defensa del imputado no haya cuestionada la existencia del pago, su exceso, la naturaleza del pago, el documento en la que conste el pago, su ilegitimidad o su validez, etc., esto significa que no debe de existir ningún tipo de cuestionamiento planteado y/o admitido como punto contradictorio respecto del perjuicio.

Si este es el caso, estamos ante una de las excepciones al principio de la carga de la prueba, bajo esta excepción, el Ministerio Público, parte procesal a quien le interesa acreditar la defraudación patrimonial,

(35) "La prueba debe ser de cargo (...) debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto. En definitiva, la prueba debe tener un contenido que permita, desde un criterio racional, tener por acreditada la participación del acusado en el hecho delictivo y la propia existencia del hecho punible86. Ello exige que queden acreditados los diferentes elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación". MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2011, p. 17.

se ve favorecido por una ventaja procesal consistente en que no tiene que probar el perjuicio, cuando este es no controvertido, ya sea porque estemos ante un hecho o circunstancia admitido o ante un supuesto de convenciones probatorias, etc.

El delito de peculado

Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. El bien jurídico tutelado. IV. Modalidades típicas. V. Autoría y participación. VI. Peculado por apropiación o utilización. 1. Conceptualización. 2. Acción típica. 3. Tipicidad objetiva. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Tipo agravado. VII. Peculado culposo. VIII. Peculado de uso. IX. Malversación. X. Retardo injustificado de pago. XI. Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad contemporánea y el triste ejemplo de regímenes corruptos, que durante nuestra historia antigua y reciente nos han aquejado como cáncer que destroza las entrañas de nuestro sistema social, han determinado que nuestros legisladores se vean obligados a mostrar una preocupación constante para proteger mejor la función estatal (durante la década de los 90, se vivió una época funesta, donde funcionarios y servidores públicos hicieron del erario nacional su caja chica y, así, saquearon nuestros recursos económicos).

Así, nuestro vigente Código Penal muestra un notable aumento en la criminalización de los comportamientos que afectan el debido y correcto desempeño de la Administración Pública. En efecto, comparando

(*) Profesor titular principal de Derecho Penal en la UNMSM. Director (e) de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y C.P. UNMSM. Profesor de Derecho Penal Facultad de Derecho UIGV. Profesor de la Unidad de Post Grado Facultad de Derecho y C. P. de la UNMSM- Magíster y Doctor en Derecho Penal por la UNMSM. Director de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima. Profesor investigador, autor de diversos artículos y libros en materia penal.

el texto punitivo de 1991 con su antecesor de 1924, que se refería a los delitos "Contra los Deberes de Función y los Deberes Profesionales", podemos constatar que en el Código de Maurtua existían solamente 27 artículos (337 al 363), que sancionaban tales trasgresiones, mientras que el vigente texto punitivo sanciona los "Delitos Contra la Administración Pública" (Título XVIII, del Libro Segundo), en cuatro Capítulos que se disgregan en 79 artículos (361 al 426): 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.

Lamentablemente, no obstante los esfuerzos normativos realizados, la realidad ha demostrado las serias deficiencias en cuanto a la técnica utilizada en la estructuración típica resultado del proceso de criminalización primara, que ha denotado vacíos y excesos muy perjudiciales para la seguridad jurídica que todos nos merecemos en relación a una Administración Pública puesta al servicio del individuo y protegida de actos de corrupción, desidia, negligencia, connivencia y otros que puedan tergiversar el verdadero sentido de su existencia en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estado debe proveernos de una Administración Pública leal y eficiente, que sirva al ciudadano y no se sirva de él. Debe, por lo tanto, afianzar y proteger su correcto desempeño. En esa perspectiva, se abren dos frentes de combate; uno que corresponde al Derecho Administrativo sancionador y otro, más grave y subsidiario, que es el que le corresponde al Derecho Penal.

De esta manera, para entender la perspectiva punitiva, es necesario precisar el objeto de protección jurídica. Al respecto nos dice Ferreira: "por Administración Pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos"[1]. Kelsen, en su teoría de los cuerpos autónomos, sostiene que por administración del Estado debe entenderse toda gestión cumplida por comunidades totales, emanadas de la totalidad de una nación o de parcialidades de ella, pero representando

(1) FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*. Temis, Bogotá, 1995, p. 4.

a la totalidad comunitaria (en tal sentido entendemos que Administración Pública es administración del todo estatal)[2].

Administrar, según la Academia de la Lengua, es servir. Por consiguiente, la Administración Pública es servicio público que, desde luego, cumple el Estado por intermedio de todos sus servidores ("etimológicamente, administración proviene de las voces latinas ad y ministrare, que significa servir, y según otros, de la contracción de ad manus trahere, que da idea de manejo o gestión, de donde podemos decir que se refiere a una gestión de intereses o de asuntos, gestión que en todo caso es una actividad subordinada, y en sentido vulgar equivale a regir, cuidar o gobernar. El administrador como que rige o cuida bienes ajenos"[3]). Al respecto, razón tiene Levene cuando advierte que es función que se cumple por todo el conjunto de órganos del Estado y por todos los sujetos empleados suyos, porque a todos se encargó la posibilidad de lograr el bienestar común. Así, dice: "Se ha empleado la expresión Administración Pública en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes del Estado: el poder administrador o ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, tanto nacional como provincial, incluso también comprende el régimen municipal"[4].

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

"La voz peculado se deriva del latín peculatus y este de peculium, que significa caudal"[5]. El origen del término "peculado" se remonta al Derecho Romano, identificándose que proviene de dos latinismos: *pecus,* que significa ganado; y *latus,* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa "hurto de ganado". Y es que el ganado era sinónimo de riqueza en Roma, que fundaba su ordenamiento económico esencialmente en el pastoreo[6]. Ello se explica en su origen debido a que, en Roma, según lo indica Carmignani, el ganado era el bien

(2) KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*, Trad. de Luis Legáz y Lacambra, Nacional, México D.F., 1973, pp. 240-241.
(3) RAMÍREZ ZAPATA, J. Herney. *Curso de Derecho Administrativo General*, 2ª edición, Imprenta del Valle del Cauca, Cali, 1973, pp. 22-23.
(4) LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte especial.* Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 487 y ss.
(5) FERREIRA DELGADO, Francisco. Ob. cit., p.13.
(6) MAGGIORI, Guiseppe. *Derecho Penal. Parte especial*, Vol. III, Trad. de José Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1972, p. 161.

más preciado junto a la tierra. Servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos[7].

Para la época de los emperadores romanos, esta forma de pago se sustituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre que fueron acuñados con la cabeza de una pecus en forma de buey. Y según lo indica Ferreira, a esta forma de moneda se la denominó con el mismo nombre que le dieron los umbro-sabélicos: la *pecus*[8], "de donde se tiene que, etimológicamente hablando, pecular es apropiarse del peculio ajeno, en su connotación de ganado y dinero[9].

Con el tiempo los romanos aprendieron a reunir riqueza acumulando "pecus", dándose origen a la expresión "pecunia" (modo indicativo del patrimonio particular), que contemporáneamente conduce al concepto de "peculio". Y comoquiera que el patrimonio o pecunia del Estado era sagrado, por aquella fusión primitiva entre lo religioso y lo estatal, nos dice Ferreyra, "el hurto de la pecunia del Estado era un delito capital, de derecho público, y recibió una denominación diferente al furtum común, pues se la llamó peculatus[10].

La tipificación de las apropiaciones de dineros públicos y de toda defraudación contra la caja pública como peculado tuvo lugar con la Lex Julia, la cual, según indica Carmignani, se promulgó bajo el régimen de Cayo Julio César, y llevaba como título *Peculatus et de sacrilegiis et de residuis*, por la afinidad de estos delitos entre sí, estableciéndose como pena la privación o interdicción de agua y del fuego, sanción que luego fue sustituida por la deportación. Después los administradores públicos que cometían este delito y sus auxiliares eran castigados con la muerte[11].

Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severísimas penas que llegaban hasta la muerte al hurto de los dineros del Estado. La *Lex Julia* reguló el tratamiento penal a los "peculadores", creándose un tribunal especial para sustanciar los numerosos casos (la

(7) CARMIGNANI, Giovanni Alessandro Francesco. *Elementos de Derecho Criminal.* Trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, p. 494 y ss.
(8) FERREIRA DELGADO, Francisco. Ob. cit., p.13.
(9) PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la Administración Pública.* Ediciones Jurídicas Gustabo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 53.
(10) FERREIRA DELGADO, Francisco. Ob. cit., p. 14.
(11) CARMIGNANI, Giovanni Alessandro Francesco. Ob. cit., p. 9.

quaestio perpetua). El *Digesto*, ya en las postrimerías del Imperio, reconoció tres clases de peculado: por sustracción, retención y uso. Así, en el Título XIII del Libro XLVIII se señalaba: "Está sujeto a la *Lex Julia*, relativa al peculado, el que hubiere quitado o interceptado dinero sagrado, religioso (o público)". "Pero también el que hubiere retenido dinero público recibido para algún uso, y no lo hubiere empleado, está sujeto a esta ley". El *Código* extendió el *criminis peculatus* a los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos, ordenándose la pena capital tanto contra ellos como contra quienes les prestaron ayuda o quienes, a sabiendas, recibieron de ellos las cantidades sustraídas. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes público. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días[12].

En el Derecho Penal romano se crearon así las figuras de peculado y la de malversación que se extendieron por el mundo occidental siendo recepcionadas por el derecho medioeval con la Ley de las Siete Partidas, las ordenanzas francesas de 1620, 1690 y 1701, hasta llegar a los códigos penales de Francia de 1810, Alemania de 1870 e Italia de 1889, códigos históricos que incluyeron en su sistemática penal los modelos o paradigmas legislativos de peculado y malversación[13].

Conforme a nuestro derecho histórico, podemos apreciar que esta modalidad delictiva tiene su origen en nuestro Código Penal de 1863, que en su Libro segundo (De los delitos y de sus penas), Sección quinta (De los delitos peculiares a los empleados públicos), Título 9, se tipificaron, bajo la modalidad de "malversación de caudales públicos", se tipificaron las siguientes conductas: "El empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra"(Artículo 195); El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga, los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia"(Artículo 196).

El Código Penal derogado de 1924, también tipificaba el peculado en el Libro Segundo (Delitos), Sección Décima Cuarta: Delito Contra los Deberes de Función y los Deberes Profesionales, Título

(12) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima 2002, p. 316.
(13) Ídem.

III, precisamente bajo el membrete de peculado. El Título tipificaba la modalidad dolosa y culposa (artículo 346) y también la malversación de caudales públicos (artículo 348). En su modalidad dolosa el peculado fue tipificado como la conducta del funcionario o servidor público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo.

En la actualidad, bajo la vigencia del Código punitivo de 1991, el peculado se tipifica en el Libro Segundo (Parte especial Delitos), Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección III (peculado), tipificándose su modalidad dolosa y culposa (artículo 387), el peculado de uso (artículo 388), la malversación (artículo 389), el retardo injustificado de pago (artículo 390); y, el rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (artículo 391).

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Conforme lo precisaba Carrara, en el primitivo Derecho Romano, la sustracción del dinero público se consideró como sacrilegio a causa de la cosa sustraída, que se tenía por sagrada, en tanto que en el derecho cesáreo predominó el criterio de que tales ilicitudes eran una "traición a la confianza y de la facilidad para delinquir"[14], distinción que, a decir de Peña Ossa, incidiría en la determinación del objeto jurídico que se debe salvaguardar con la tipificación del peculado y sus distintas modalidades[15].

Para identificar el objeto jurídico de protección, que el Estado postula con la criminalización de este tipo de comportamientos, es necesario remitirse al ámbito en que se desarrolla la conducta lesiva. Ella tiene que ver con los atentados que se hacen contra la Administración Pública, que, como objeto de tutela, se identifica con la actividad funcional del Estado, por lo que al final se asegura, se ha de proteger su normal funcionamiento.

(14) CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial.* Vol. VII, trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1982, p. 9.
(15) PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Ob. cit., p. 54.

Al lado de este criterio amplio o genérico de Administración Pública como objeto jurídico tutelado, la misma doctrina italiana que lo ha difundido suele mencionar un bien jurídico específico que pareciere referirse de manera exclusiva a las distintas modalidades de peculado. Y es así que se hace mención a la protección de unos valores o especiales deberes de probidad, decoro, prestigio, fidelidad, etc., que el representante de la Administración Pública traiciona al delinquir contra ella[16]. Se trata de la trasgresión de un especial "deber de lealtad".

El peculado, dice Fontán Balestra:

> "No se caracteriza por la condición del autor, ni por la naturaleza de los bienes, ni por ambas cosas conjuntamente, pues al lado de la tutela del derecho de propiedad aparece el quebrantamiento del funcionario para con el Estado, lo que hace al delito que estudiamos contrario también a la Administración Pública. Pero la noción del peculado se logra con un ingrediente más, que es el que pone el aspecto funcional; por el cual se requiere que los bienes que son objeto del delito hayan sido confiados al funcionario, de modo que la malversación viola también la fe o la confianza pública. De este modo se llega al concepto del delito a través de tres elementos: la condición del autor, la naturaleza de los bienes y la relación funcional entre uno y otros. Así caracterizado el delito, se aparta de la idea del hurto y se acerca a la modalidad de un abuso de confianza calificado"[17].

En desmedro de posiciones ya superadas, el objeto de protección jurídico penal ya no se entiende referido específicamente a la protección de 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 prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho". Así, modernamente se sostiene que el ámbito de la protección penal se extiende "al normal funcionamiento de los órganos de gobierno" así como a la "regularidad funcional de los órganos del Estado". De esta manera lo que en realidad se protegería es el "correcto funcionamiento de la Administración

(16) Ibídem, p. 60.
(17) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 861.

Pública", en el marco de una actividad funcional con probidad, honradez y fidelidad.

Por su parte, Abanto Vásquez se pronuncia en el sentido que el bien jurídico protegido lo será solamente el patrimonio de la Administración Pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquél del particular: un patrimonio público entendido de manera funcional (por eso dice, citando a Díaz y García Conlledo/Olaizola, que ahora en España se habla de "la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad)[18]. Así, Buompadre aprecia que "el bien jurídico protegido en el delito de peculado, es el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la Administración Pública por parte de los funcionarios públicos[19].

Sin embargo, anota Rojas Vargas, es de destacar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en el sentido que el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y, por otro lado, evitar el abuso del poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de honestidad, lealtad y probidad[20].

Con referencia a la determinación del bien jurídico, es de considerarse lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, que define cuál es al fin el objeto de protección jurídico-penal. Así, en virtud del acuerdo tomado por la Corte Suprema, se establece que:

> "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir aquella posibilidad de libre disposición que en virtud

(18) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Palestra Editores, Lima 2003, p. 333.
(19) BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra la Administración Pública.* Buenos Aires, 2001, p. 250.
(20) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 281.

de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica".

"La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección de jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad".

De esta manera, en nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público y, asimismo, los intereses patrimoniales que, siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad.

IV. MODALIDADES TÍPICAS

El delito de peculado, conocido también en la doctrina y en la legislación comparada como "sustracción de caudales públicos", "malversación" o "distracción de caudales o efectos públicos", se encuentra tipificado en nuestro Código punitivo en su Libro Segundo (Parte Especial Delitos), Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección III (peculado).

Como bien observa James Reátegui, en el caso peruano la malversación de fondos es una especie de peculado, mientras que, en el Código Penal argentino o el español, el peculado es más bien una especie del delito genérico de malversación de caudales públicos[21]. Al efecto, nuestro primer Código Penal (1863), tipificaba esta modalidad de delito como una forma de "malversación de caudales públicos": "El

(21) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte especial.* Jurista Editores, Lima, 2009, p. 415.

empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra" (artículo 195): "El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga, los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia"(artículo 196).

En la actualidad se tipifican las siguientes modalidades de peculado: peculado doloso por apropiación: artículo 387; Peculado doloso por utilización: artículo 387; Peculado culposo: artículo 387; Peculado de uso: artículo 388; malversación: artículo 389; retardo injustificado de pago; artículo 390; y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad: artículo 391.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La naturaleza especial propia del tipo de peculado exige la presencia de un sujeto activo específico (intraneus). Así, la norma precisa que el agente lo será el funcionario o servidor público que realice materialmente el acto típico.

La discusión se ha trasladado actualmente a la definición penal del "funcionario público", concepto que se torna decisivo a la hora de interpretar los diferentes supuestos típicos. Al respecto, hay dos posiciones:

a) Los que exigen la concurrencia de dos elementos: La existencia de un título (elemento subjetivo) y la efectiva participación en la función pública (elemento objetivo).

b) Los que indican que bastaría con el elemento objetivo, pues no interesaría la "relación subjetiva" entre el sujeto y la Administración.

La posición mayoritaria refiere a la necesidad que concurran tanto el elemento objetivo como el subjetivo para que exista un "funcionario público" con relevancia jurídico penal. Claro está que estos elementos están tan estrechamente ligados que pueden refundirse en uno solo: una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal que implique que el sujeto está incorporado a la organización burocrática del Estado. Entonces, cuando el tipo penal exija como elemento a un "funcionario público", este debe reunir, acumulativamente, las siguientes características:

1) La persona deberá estar incorporada a la actividad pública. Esto puede suceder de distintas formas:

   a) Por mandato de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente (legitimidad). En el caso del mandato legal, la función pública se origina con la formalidad misma de la ley. El nombramiento o designación por parte de autoridad legitimada se expresa mediante resoluciones. Por su parte el ejercicio de funcionario electo comienza luego de la asunción oficial (entrega de credenciales) y la juramentación.

      Es particularmente polémico que algunos particulares con "títulos de participación" (es decir, aquellos a quienes se permite ejercer una función pública cualquiera, aunque sea temporalmente y para un caso concreto) también deban ser considerados "funcionarios públicos" para efectos penales: perito, recaudador de impuestos, testigo, depositario de bienes litigiosos, concesionario de servicios públicos, etc. Cuando no existe una aclaración legal específica, delimitar los particulares de los funcionarios públicos es especialmente difícil debido a los desarrollos actuales de la actividad estatal que suele mezclar lo público con lo privado.

      La fórmula tradicional de acceso a la función pública no ha sido recogida de manera expresa en nuestro artículo 425, sino que allí se ha preferido una amplia lista casuística con una cláusula abierta al final, que permite ampliar los casos a aquellos otros que la Constitución y la ley prevean.

   b) En la doctrina penal se ha discutido la posibilidad de que también pueda tener la condición de "funcionario público" (y por lo tanto pasible de cometer delitos contra la Administración Pública) el sujeto cuyo nombramiento o designación sean nulos o anulables. Es decir, cuando el sujeto es un "funcionario de facto" o "funcionario de hecho", por ejemplo, cuando no tiene título de abogado para un cargo público que lo requiere, el título que presentó era falso, no tenía la condición de peruano de nacimiento, etc. Para efectos penales, el sujeto es funcionario público y puede cometer delitos contra la Administración Pública.

2) El sujeto debe ejercer la función pública. Esta es la que se proyecta al interés colectivo o social, al bien común, y es realizada por órganos estatales o para estatales. Por ejemplo, no son funcionarios públicos los de las empresas telefónicas, pese a que brindan un servicio público. Sí son empleados públicos los encargados de velar por el cumplimiento de las leyes sobre Telecomunicaciones (Osiptel). También son funcionarios públicos los jurados (si los hubiere), árbitros, peritos, incluso los que participan en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participando en la administración de esta (artículo 425 C.P.).

Para la doctrina y la jurisprudencia comparadas, ha quedado perfectamente claro que el concepto penal de funcionario público es independiente del que se maneja en otras áreas jurídicas, especialmente en el Derecho Administrativo; lo cual no impide que para la interpretación de algunos elementos poco claros pueda recurrirse a estas otras áreas del Derecho.

El funcionario público, para efectos penales, tiene que ser no solamente alguien con legitimidad administrativa para ejercer funciones públicas, sino también aquel a quien, pese a no tener tal legitimidad, la ley le permite o le obliga a ejercer funciones públicas en relación con determinado objeto jurídico tutelado. Y por eso, no es sujeto activo del delito cualquier funcionario público, ni siquiera si estuviera comprendido dentro del artículo 425 del C.P., sino solamente aquel que, en el caso concreto, tiene la función ("el deber") de no atentar contra el objeto del bien jurídico.

El artículo 425 del C.P. también toma en cuenta las consideraciones precedentes pues en su definición de "funcionario público" distingue el concepto penal del concepto administrativo, al considerar como tales a personas que según el área administrativa no lo serían. Al Derecho Penal no le interesa tanto que el funcionario público esté dentro de la carrera administrativa, sino su cercanía con el bien jurídico tutelado. Es por eso que para efectos penales no solamente es funcionario público quien lo es según el Derecho Administrativo, sino además otras personas.

Así, conforme lo establece el artículo 425 del C.P., 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, 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.

Desde la perspectiva de su estructuración típica, el peculado reclama la actuación de un funcionario o servidor público, pero no en su concepción general, ya que, conforme al mandato constitucional, todo trabajador público al servicio de la Nación tiene esa condición (artículo 39 C.E.). El tipo penal exige la participación de un funcionario público con competencia funcionarial específica (no es posible la imputación tan sólo por la existencia de meros "deberes generales de la función o cargo"). En ese sentido la norma punitiva hace referencia a que los caudales o efectos afectados por del delito, le hayan sido confiados "por razón de su cargo" (artículo 387). Al efecto, dice Creus que "no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (por ejemplo, que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la

ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones[22].

"El Código Penal utiliza la expresión "por razón de su cargo", la misma que debe interpretarse restrictivamente y es indispensable que la tenencia o disponibilidad jurídica de los efectos o caudales lo tenga por disposición de la ley"[23].

De conformidad con ello, el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 establece que:

> "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública".

Adicionalmente a lo dicho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 C.P., estarán también incursos en el delito de peculado, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.

Por otro lado, en los delitos especiales propios e impropios, solo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus* dado que cada uno de ellos

(22) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Buenos Aires, 1981, p.329.
(23) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 111.

responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde (Pleno Jurisdiccional Superior Penal de Trujillo 2004. Tema 5).

En esta perspectiva, se discute cómo deben aplicarse las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. Es esta "participación de *extraneus*", nos dicen Canevaro y Chicana[24], la que genera una serie de controversias sobre el título de la imputación que este debe tener, lo cual se reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus*. Al respecto, existen las siguientes teorías explicativas:

a) La teoría de la ruptura del título de imputación.

Según la teoría de la ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intraneus*. Por lo tanto, los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (cada uno responde de su propio injusto) (se basa en la teoría de la incomunicabilidad de circunstancias personales –artículo 26 C.P.–).

Teóricamente, siempre habría impunidad del *extraneus* en relación al delito especial, pues no existiría en el caso un delito común subyacente aplicable a este. Pero, además, el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la "accesoriedad" de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del "hecho principal" punible (delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el "delito común"). Y también al revés, cuando el dominio del hecho lo tiene el *extraneus*, el *intraneus* resultaría punible como partícipe de un "delito especial" que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa el delito común.

Por último, en los casos de "delitos especiales impropios", donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del *extraneus* (y, en muchos casos, también del *intraneus*).

(24) CANEVARO FERNÁNDEZ, Hugo y CHICANA VÉLEZ, Vladimir. *Delitos cometidos por funcionarios Públicos: El delito de peculado y el delito de malversación de fondos*. Arts. 387 al 392", Jesús María, febrero del 2010.

b) La teoría de la unidad del título de imputación.

Para la teoría de la unidad del título de imputación, el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como "autor" del mismo, nada impide que lo pueda ser como "cómplice" o "instigador" de ese mismo delito. Según esta posición la norma subyacente en el tipo especial también se dirige al *extraneus*, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos.

Esta tesis refuta la ruptura del título de la imputación en razón de la no comunicabilidad de circunstancias personales (artículo 26), consagrando la tesis de la "accesoriedad" de la participación respecto de la autoría, de tal manera que el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido (evita la impunidad del *extraneus*).

La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los actos con "dominio del hecho". Si lo hizo el *intraneus* y el *extraneus* solamente colaboró; este último será "partícipe" del primero en el delito especial. Si el "dominio del hecho" lo tuvo el *extraneus* y no el *intraneus*, el delito cometido será el "común", y el *intraneus* será partícipe de este delito común. Por ejemplo, aplicando esta regla al peculado; en el primer caso el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado. En el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular.

Aunque la teoría de la "unidad del título de imputación" es actualmente ampliamente aceptada en la doctrina, no deja tampoco de tener vacíos. Es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus* doloso (y, por lo tanto, sin las características del "intermediario" de la autoría mediata común) para realizar el delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un "instrumento doloso no cualificado". Esto llevaría, injustamente, a la sanción penal del intraneus solamente como partícipe del delito común en los delitos especiales impropios. Y en los delitos especiales propios tanto el *intraneus* como el *extraneus* resultarían impunes: la conducta del *extraneus* sería atípica y, por la "accesoriedad limitada" la participación del *intraneus* también sería impune.

Por eso, en Alemania se barajan otras soluciones. Una de ellas es la que admite excepcionalmente la "autoría mediata" del *intraneus* que no ejecutó por sí mismo los hechos y se valió del "instrumento doloso no cualificado" (el *extraneus*), pues aquí existiría, debido al deber especial del primero (sin el cual no sería posible el delito), un "dominio normativo-psicológico del hecho".

Una concepción totalmente diferente para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por Claus Roxin: se refiere a la "teoría de la lesión del deber". El maestro alemán distingue entre "delitos de dominio" y "delitos de deber". En los primeros, el legislador presupone el "dominio" de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros. En cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un "deber específico" del sujeto activo, sea como lo realice. Así, solamente para los primeros sería necesario partir del criterio de "dominio del hecho" para distinguir entre autor y cómplice; mientras que para los segundos lo que interesa para la autoría es la "infracción del deber", independientemente de si ontológicamente pueda hablarse de un dominio del hecho o no.

Entonces, en el caso particular, el funcionario público sería autor del delito, pues ha infringido dolosamente su deber. Los que colaboraron con él y que no sean también funcionarios públicos portadores de una específica relación de deber con la función infringida, serán partícipes del mismo delito. Y ello, sin importar quién haya tenido el dominio del hecho. Por ejemplo, el funcionario público que desde el extranjero da instrucciones a un particular para que este, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que a este le correspondería administrar, seguirá siendo autor del delito de "peculado" (y el *extraneus* su cómplice), pese a que no tenía dominio del hecho.

Esta teoría ha sido criticada, sin desmerecer su acierto de destacar la "infracción del deber" existente en los delitos especiales (que nadie niega ahora, pero que muchos consideran insuficiente para fundamentar la autoría), en cuanto a que iría demasiado lejos y atentaría contra el "principio de legalidad" al extender mucho la "autoría" en los delitos especiales.

VI. PECULADO POR APROPIACIÓN O UTILIZACIÓN

1. Conceptualización

Conforme al tipo contenido en el artículo 387, comete peculado el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. En este caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ochos años y con ciento ochenta a trecientos sesenta y cinco días-multa.

Se trata de un delito especial propio, que solo admite como sujeto intraneus al tipo, al funcionario o servidor público, que en estricta relación funcional con los bienes que la norma refiere, realiza la conducta típica.

2. Acción típica

El delito de peculado requiere para su perfeccionamiento, la materialización de una afectación directa a los intereses de la Administración Pública, y como quiera que esta tiene que ver con su correcta funcionalidad y también la protección de los intereses económicos del Estado, la consumación del delito estará supeditada a la constatación del daño o perjuicio patrimonial sufrido, y aunque la separación material de los caudales y efectos del ámbito de dominio de la administración, ya genere daño o perjuicio, siempre la referencia será cuantitativa. Por ello es que en reiterada jurisprudencia nacional se puede apreciar, para la constitución del ilícito, que previamente se proceda a una pericia técnica de valorización, ya que, de no probarse la existencia del perjuicio económico, no habría delito.

Se trata, pues, de un delito de resultado material lesivo.

3. Tipicidad objetiva

a) **Competencia funcional.-** Como ya se ha manifestado, por su característica de tipo especial, el peculado reclama la participación como sujeto activo, de un funcionario público con competencia funcional específica (no es posible la imputación tan solo por la existencia de meros "deberes generales de la función o cargo"). "Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control

sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos" (Acuerdo Plenario Nº 4-2005/CJ-116).

En ese sentido, el comportamiento típico reclama que el agente (funcionario o servidor público), se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo:

- **La percepción**, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.
- **La administración** implica las funciones activas de manejo y conducción. Administrar, según el Diccionario de la Lengua Española, es tanto como gobernar, regir y cuidar. Por ello Maggiore identifica esta expresión con la de "gobierno" y en general se la relaciona con la asunción de un "poder directriz", sobre algo que se nos ha dado a cuidar.
- **La custodia** importa la típica posesión, que implica asimismo, la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

b) **Apropiación o utilización de caudales y efectos.-** Desde sus orígenes legislativos en nuestro Código Penal de 1863 hasta la fecha, el peculado ha sido siempre tipificado como un hecho punible de acción compuesta y alternativa, basado fundamentalmente en dos acciones comisivas, representadas por los verbos apropiarse y usar "caudales" y "efectos".

Desde la perspectiva típica, los "caudales" son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero, mientras que los "efectos", son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (Conforme: Acuerdo Plenario Nº 4-2005/CJ-116). Estos han de tener necesariamente carácter público. "El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración Pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los caudales,

aunque no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad" (Muñoz Conde 1996, p. 869).

El delito no está supeditado a consideraciones de cuantía, por lo que la mínima lesividad que justifica la intervención penal, no tiene relación con el monto económico mínimo. La referencia económica si es relevante en el tipo agravado como veremos luego.

Conforme lo aprecia Creus, la determinación de que tanto los caudales como los efectos tienen que ser públicos, no se discute, pero no se hay unanimidad de criterio por parte de los tratadistas para asignar esa calidad:

> "Para unos, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en las cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, solo son públicos los que están afectados a fines administrativos específicos (tesis del riesgo; Soler). Para otros, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado (Manzini, Maggiore; tesis de la pertenencia) y no cabe duda de que, como lo que está en juego no es la protección de la propiedad (que es lo que tiene fundamentalmente en cuenta la tesis del riesgo), sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir los bienes, la segunda de las opciones expuestas parece más adecuada a la noción actual de gestión administrativa. En concreto: bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos de que aquel puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Núñez); quedan excluidos, pues, aquéllos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador, pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines"[25].

Coincidentemente Abanto Vásquez[26] y Rojas Vargas[27], conceptualizan los "caudales", como toda clase de bienes en general (especialmente el dinero", dotados de valor económico, incluso los valores negociables, los bienes artísticos, recreativos valuables económicamente.

(25) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1981, pp. 293-294
(26) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 347.
(27) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 255.

No obstante, en relación a la legislación española, nos dicen Morales Prats y Morales García[28], una arriesgada línea jurisprudencial se ha mostrado partidaria de la extensión de este concepto, incluso hasta el valor resultante de la utilización de mano de obra al servicio de la Administración Pública, para fines privados. Sobre el particular, refieren los autores citados, debe entenderse que la aplicación del tipo básico a este supuesto solo será plausible en cuanto se equiparen los conceptos "caudal" y "mano de obra", entendida esta última como valor realizable económicamente; y, en todo caso, su inteligencia queda íntimamente vinculada con la relación existente entre el funcionario y el caudal. "La duda radica, pues, en si lo que el funcionario ha de tener a su disposición es la mano de obra en sí misma o el valor económico que ella representa, pues no parecen asimilables los supuestos en que, estando asignada la mano de obra a una finalidad concreta el funcionario la desvía a fines particulares, con aquellos en que la conducta del funcionario se constriñe a destinar los caudales al pago de la mano de obra utilizada en fines particulares. En ambos casos, no obstante, subsistirá la cuestión del nivel participativo del empleado, en tanto la decisión final no depende exclusivamente del funcionario sino, además, de la conducta del particular que proyecta su dolo sobre el sustrato fáctico (con independencia, desde luego, de su potencial conocimiento del actuar ilícito)" (Loc. cit.).

En esta línea de interpretación, no hay objeción en incluir dentro del concepto de "caudales" a los bienes muebles pasibles de valorización económica. En ello no hay discusión afirma Abanto Vásquez, pero hay discusión en cuanto se trata de incluir en el concepto de "caudales" a los bienes inmuebles, manifestando que "para el caso peruano, la apariencia de vacío legal no es, en realidad, tal, pues nada obliga a interpretar los conceptos "caudales" y "efectos" en el sentido de "bienes muebles"[29]. Ello es refrendado por Rojas Vargas, que indica que nuestro tipo penal se refiere a "apropiarse" y a "utilizar" y no ha "sustraer", o sea a conductas que, por su naturaleza, puedan ser dirigidas contra bienes inmuebles; razón por la cual también bienes inmuebles podrían ser objeto de "peculado"[30].

(28) En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coordinador). *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Arazandi, Pamplona, 1996, p. 1246.
(29) ABANTO VASQUEZ, Manuel. Ob. cit., pp. 347-348.
(30) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 341.

La norma peruana de peculado, por su generalidad, no permite apreciar específicamente, si dentro del concepto de "caudal" habrá que incluirse la mano de obra y el bien inmueble. Nosotros consideramos que, desde la perspectiva interpretativa que se le da al concepto de "caudal", que no se constriñe necesariamente a la idea de "bienes muebles", y partiendo del hecho que a diferencia de otros ordenamiento jurídicos, como el argentino, que tipifica esta modalidad delictiva dentro de las "malversaciones", y requiere como modo de acción la "sustracción" y no la "apropiación"; y que además, si es posible causar daño al patrimonio de la Administración Pública, utilizando la mano de obra, pagada y destinada específicamente a la función pública, no habría objeción para incluir dentro del concepto típico de "caudal" a estos dos elementos.

Por su parte, "efectos públicos lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero) igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración"(31). "El concepto de "efectos" tiene una connotación más restringida y está referida a los documentos de crédito o valores emitidos legalmente que conllevan un contenido económico y reconocidos como negociables. Verbigracia, cheques, letras de cambio, títulos, acciones, etc."(32). "Los "efectos", son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables" (Conforme: Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116).

En este delito el núcleo de lo injusta radica en la conducta del agente (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.

Así, desde la óptica típica, apropiarse significa lo mismo que adueñarse. En este supuesto el agente hace suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en la posibilidad potencial de disponer de los mismos. En este sentido, sin que aparezca descrito en la

(31) En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coordinador). Ob. cit., p. 1247.
(32) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 111.

norma, la "sustracción" se evidencia como un mecanismo de acción (fundamentalmente referido a bienes muebles. En efecto, como aprecian Morales Prats y Morales García, "(...) el término sustracción, en relación con la exigencia de ánimo de lucro, debe ser entendida como apropiación, es decir, separación definitiva de los caudales o efectos de la esfera de dominio público, privando a su propietario de los derechos inherentes a la misma"(33).

Utilizar, se refiere al aprovechamiento o disfrute de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. En este caso lo injusto se traduce en el daño que se ocasiona a la Administración Pública, al despojarla de su derecho al permanente y continuo uso y disfrute de tales bienes. En este concepto entra, según lo ya referido, la utilización de la mano de obra y los bienes inmuebles.

Por último, y en cuanto al destinatario de la apropiación o el uso, la norma punitiva hace referencia a que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de transito al dominio final del tercero.

4. Tipicidad subjetiva

La redacción típica peruana no inserta la exigencia de alguna condición subjetiva adicional al dolo, y aunque el ánimo de lucro parece estar presente en los actos de apropiación o uso propios del peculado, no constituye estructuralmente elemento típico.

El peculado es así un delito doloso, que cognitivamente requiere que el agente internalice y valore el carácter de bien público de los caudales y efectos que le han sido dados en responsabilidad funcional, y, no obstante, se los apropie o utilice en beneficio particular suyo o de tercero. Por lo tanto, el agente actúa con dolo directo.

(33) En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coordinador). Ob. cit., p. 1249.

5. Tipo agravado

Como ya ha quedado expresado, en nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público, y asimismo los intereses patrimoniales, que siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad.

En esta perspectiva, el legislador ha instaurado una forma de reproche sobre criminalizado, en una relación directamente proporcional al daño económico irrogado al Estado. Así, se ha establecido normativamente que cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trecientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye también 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 dos años y con trecientos sesenta y cinco a setecientos días-multa. El reproche mayor tiene en este caso, directa relación con la trasgresión que hace el agente de sus deberes funcionales, y por sobre todo la confianza depositada en él por todos nosotros, que se ve burlada al apropiarse o usar para sus fines particulares, bienes destinados a solventar urgencias sociales. Se trasgrede concomitantemente fundamentales deberes de solidaridad humana.

VII. PECULADO CULPOSO

Conjuntamente con la forma dolosa, el legislador ha tipificado la modalidad culposa del peculado, sancionando la conducta del agente cualificado que por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos. En este caso, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

En general, las formas culposas requieren un resultado típico, no querido por el agente, pero sí posible de prever, derivado de una violación del deber de prudencia y cuidado socialmente exigido a sus

elementos componentes. En tal sentido, nos encontramos ante la presencia de una forma delictiva, representada por el daño o perjuicio que se ocasiona al Estado, por parte de un agente que obra transgrediendo su deber funcional de cuidado, incrementando injustamente el peligro, sin haberse rodeado de las precauciones mínimas impuestas por las circunstancias o por su condición personal para salvaguardar los bienes públicos confiados a su cuidado.

"El cuidado debido debe ser naturalmente uno exigible al funcionario; no se le puede exigir más cuidado que el establecido en los propios reglamentos o más de lo que este puede cumplir por sus capacidades personales limitadas. Pero, obviamente, si el cargo exigía ciertos conocimientos que el funcionario no tenía, y debido a estos los bienes se pierden, siempre habrá infracción del deber de cuidado, pues este consistía ya en la aceptación de ejercer una función sin tener los conocimientos suficientes[34].

Tal capacidad de previsión es la que se le requeriría a cualquier persona normal de inteligencia media. Se requiere pues, el "mínimun de un deber de atención necesario", para evitar ciertos resultados dañinos. La trasgresión del deber social de cuidado, implica en el autor, no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su condición personal, lo cual está férreamente vinculado con los conceptos de negligencia, imprudencia e impericia.

La materialidad del delito requiere que, como consecuencia del actuar culposo del funcionario o servidor público, se efectúe por otra persona (que sí actúa dolosamente) la sustracción de los caudales o efectos del Estado. Este otro puede ser cualquiera, incluso otro funcionario público sin los lazos funcionales propios del agente.

Constituye circunstancia agravante que 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. El fundamento sobrecriminalizador tiene, en este caso, directa relación con la trasgresión que hace el agente de sus deberes funcionales, y por sobre todo, la confianza depositada en él por todos

(34) Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 367.

nosotros, que se ve burlada al actuar descuidada y negligentemente, determinando con ello que otro perjudique la función pública, sustrayendo para sus fines particulares, bienes destinados a solventar urgencias sociales. Se trasgrede concomitantemente fundamentales deberes de solidaridad humana.

VIII. PECULADO DE USO

Conforme a lo tipificado en el artículo 388, comete esta modalidad de peculado, el funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda. En este caso, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro y con ciento ochenta a trecientos sesenta y cinco días-multa.

Esta modalidad es conocida también como peculado por distracción de bienes específicos. Es que justamente la identidad típica de esta modalidad, tiene directa relación con el objeto material de la acción; y en ello radica justamente su diferencia con la modalidad básica de peculado. En el peculado por apropiación o uso, el agente actúa sobre los caudales o efectos públicos en general. En el caso del peculado de uso, el objeto sobre el que recae la acción es específicamente vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda (no están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razones del cargo).

El sujeto activo en esta modalidad es también cualificado. Solo lo podrá ser el funcionario o servidor público con la obligación funcional ya tratada. Inclusive, conforme lo establece la norma punitiva, el tipo puede extenderse también al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquiera dependencia pública.

"Cuando la norma habla de que los efectos antes mencionados se hallan bajo su guarda, está refiriéndose a los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo que son bienes no necesariamente públicos sino de particulares, porque no todo bien que el Estado tiene como guarda tiene connotación pública. Verbi gratia, un municipio alquila máquinas

o vehículos motorizados para destinarlos a la limpieza pública manteniendo la tenencia y custodia sobre los mismos". "Si el agente que tiene la guarda de dichos efectos la utiliza o permite que otro use los vehículos para llevar materiales de construcción para su casa, incurre en el ilícito penal de peculado de uso. De manera que incurre en el tipo el agente que hace uso para fines ajenos del servicio tanto de los efectos públicos como de particulares"[35].

La materialidad del delito reclama en el agente dos tipos de comportamientos, que tienen como factor común los verbos "usar" o "utilizar". En este caso el agente, funcionario o servidor público, trasgrediendo sus deberes funcionales, y con pleno conocimiento de lo injusto de su accionar, usa directamente o permite que otro use con su anuencia los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, con plena conciencia de que dicho uso se da con fines ajenos al servicio público.

Por lo tanto, esta modalidad de peculado es eminentemente doloso.

IX. MALVERSACIÓN

Conforme a la tipificación contenida en el artículo 389, se tipifica como peculado por malversación, la conducta del 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. En este caso, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta modalidad delictiva es conocida también como peculado por malversación o por aplicación oficial diferente de bienes del Estado. A decir de Fontán Balestra, el rubro malversación de caudales proviene del Derecho español y, etimológicamente, malversar, del latín *male* y *versare*, significa invertir mal[36]. De tal manera que malversar consiste en dar a los caudales o efectos que se administran una aplicación distinta de aquella a que estuvieron destinados.

(35) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 116.
(36) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 860.

El sujeto activo cualificado en este caso lo será necesariamente el funcionario o servidor público que, con respecto al dinero o bienes del Estado, tenga una relación de obligación funcional, ya que la norma es específica al exigir como presupuesto de la responsabilidad, que dichos bienes estén bajo la custodia del agente, quien tiene la obligación de su correcta administración. En este sentido, la desviación de los fines a los que están destinados los bienes del Estado, debe ser "definitiva". Se entiende por este concepto, que no sea posible su restitución o rectificación en los fines o la función encomendada a los bienes del Estado. "Por ello, una aplicación o desviación temporal, no resultará típica. "De esta manera, la modalidad de uso de bienes que por su naturaleza incluyera la devolución de los bienes a la función pública original sin que estos sufran merma alguna, se vería beneficiada con la impunidad"(37). El tipo se manifiesta así doloso.

Como circunstancia agravante, la norma establece que, 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. El fundamento sobrecriminalizador tiene, en este caso, directa relación con la trasgresión que hace el agente de sus deberes funcionales, y por, sobre todo, la confianza depositada en él por todos nosotros, que se ve burlada por el comportamiento del agente, determinando con ello que se perjudique la función pública, desviando el uso de los bienes públicos destinados a solventar urgencias sociales. Se trasgrede concomitantemente fundamentales deberes de solidaridad humana.

X. RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO

Esta modalidad de peculado, que corresponde en esencia a actos dolosos de desobediencia de las obligaciones funcionales del agente, se encuentra tipificada en el artículo 390, mediante el cual se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado

(37) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 383

por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La acción consiste en demorar sin justificación alguna, un pago ordinario o decretado por autoridad competente. Por ello bien dice Fontán Balestra, que ha de tratarse de una demora, lo cual no puede ir más allá de una desobediencia. Si la demora respondiera al cambio de destino público de los fondos o a sustracciones por el funcionario que los administra, custodia o percibe por razón de su cargo, serán aplicables las previsiones de la malversación o el peculado, de los cuales la demora en el pago solo será una consecuencia[38].

El hecho manifiesta un comportamiento omisivo, que se consuma con la demora injustificada del pago a que está funcionalmente obligado, máxime si los fondos para hacer efectivo el pago, se encuentran expeditos (fondos expeditos son fondos suficientes disponibles y destinados a los pagos que el autor demora). Naturalmente, si existe justificación en la demora, por ejemplo, por falta de fondos, tal comportamiento no será punible.

Se trata de un delito de omisión propia y de mera actividad, que se perfecciona automáticamente en el momento en el que el agente injustificadamente retrasa el pago (no admite la tentativa).

XI. REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES A LA AUTORIDAD

Esta modalidad de peculado, que corresponde también a actos dolosos de desobediencia de las obligaciones funcionales del agente, se encuentra tipificada en el artículo 391, en virtud del cual se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración. En este caso la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.

En este caso debe preexistir una obligación funcional en el agente, que también es cualificado (funcionario o servidor público). Así, el dinero, cosas o efectos a los que alude el tipo, deben haber sido

(38) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 873.

previamente depositados o puestos bajo su custodia o administración (relación funcional directa).

Lo ilícito se manifiesta cuando el agente, sin mediar justificación alguna, rehúsa entregar dichos bienes a quien la autoridad competente se lo ha indicado o dispuesto. Debe existir por lo tanto un requerimiento previo al cual hace caso omiso el agente. Se trata en consecuencia de un delito de mera actividad y de omisión propia, que se consuma instantáneamente (no es posible la tentativa).

El tipo no reclama la concurrencia de algún tipo de ánimo especial o intención lucrativa o de apropiación, ya que en tal caso habría peculado. Según Creus, en este delito solo es posible el dolo directo, debido a las exigencias de conocimiento y voluntad de la arbitrariedad de la acción de rehusarse[39].

(39) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1981, p. 386.

El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana

Ramiro SALINAS SICCHA(*)

SUMARIO: I. Cuestión previa. II. Tipo penal. III. Tipicidad objetiva. 1. Modalidades del delito de peculado doloso. 2. Perjuicio patrimonial. 3. Destinatarios de la apropiación o usar. 4. Relación funcional. 5. Relación funcional de hecho. 6. Caudales o efectos. 7. Percibir, administrar y custodiar. 8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado? 9. Bien jurídico protegido. 10. Sujeto activo-autoría. 11. Sujeto pasivo. IV. Tipicidad subjetiva. V. Antijuridicidad. VI. Culpabilidad. VII. Consumación. VIII. Tentativa. IX. Agravante del peculado doloso por el valor del objeto del delito. X. Agravante del peculado doloso por la finalidad del objeto del delito. XI. Peculado culposo.

I. CUESTIÓN PREVIA

Para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario precisar que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la citas bibliográficas de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387 del Código Penal es diferente a los tipos penales de los códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son **apropiarse** y **utilizar**, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es **sustraer**. Igual, el artículo 432 del

(*) Magíster en Derecho con mención en ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), profesor en la AMAG, profesor en pregrado en la Univesidad de San Martín de Porres, profesor en la Unidad de Posgrado de la USMP, juez superior titular de Lima e integrante de la Sala Penal Nacional.

Código Penal español utiliza el verbo rector **sustrajere**. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado indicando que comete este delito "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones (...)".

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como sí existe en el Código Penal peruano.

Ello sustenta aún más nuestra posición: al analizar el contenido de nuestro Código Penal y pretender aplicarlo al caso concreto debemos tomar como referencia principal la doctrina y jurisprudencia peruana, caso contrario, caemos en tremendos errores al pretender hacer interpretación de la Ley nacional con comentarios que hacen los juristas foráneos de sus propios códigos penales. En tal sentido, las citas a los autores argentinos, españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solamente a efectos de hacer Derecho Penal comparado(1).

Sin embargo, ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Esta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer cómo está legislado en otros países el tema que se trate y orientar el conocimiento del Derecho Penal a la universalización de sus conceptos centrales. Pero en tanto ello no llegue, debemos tener bastante cuidado al momento de interpretar y aplicar la norma penal a la realidad peruana(2).

En ese orden de ideas y como cultura general en Derecho Penal, resulta trascendente indicar que el término "peculado" proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa "hurto de ganado".

(1) Esto es lo que pretende enseñar el profesor Hurtado Pozo, cuando precisa que si bien las obras foráneas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional a fin de dar continuidad al esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio (HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 2ª ed., Eddili, Lima, 1987, p. 380).

(2) Véase SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 2ª edición, Iustitia-Grijley, Lima, 2011, pp. 295-359. También: El delito de peculado en la legislación y en la jurisprudencia vinculante", en *JUS-Jurisprudencia*, Nº 6, Lima, 2008, pp. 125-150. Trabajo publicado también en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 14, Lima, Nº 118, 2008, pp. 229-243.

En Roma, cuando el ganado era el bien más preciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos[3]. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

II. TIPO PENAL

En nuestra normativa penal, el antecedente más reciente del tipo penal 387 lo constituye el artículo 346 del derogado Código Penal de 1924. El texto original del citado tipo penal del Código de 1991 fue modificado por la polémica Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que ha sido derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Aquí se ha dado el siguiente contenido al delito de peculado:

> 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 años 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.

(3) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 315.

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.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal 387 regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa.

Al delito de peculado dóloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se **apropia o utiliza**, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

Estos conceptos aparentemente sencillos generan en la doctrina y en la práctica jurisprudencial vivas discusiones como veremos enseguida al analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que requiere el delito de peculado. Primero, analizaremos los elementos del peculado doloso, luego veremos los elementos que exige la norma penal para la configuración del delito de peculado culposo.

1. Modalidades del delito de peculado doloso

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el "apropiarse" y "utilizar", se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización.

a) Peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales

o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui géneris. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio[4]. Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas Vargas[5] argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento[6].

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que "conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso

(4) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra, Lima, 2005, p. 342.
(5) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 335.
(6) Ibídem, p. 336.

para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento"(7).

b) Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero(8). Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración Pública(9). Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de setiembre de 2005, cuando se argumenta que "la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero"(10).

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos

(7) Exp. N° 2337-2001-Lima (ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada* (2001-2003). Tomo II, Idemsa, Lima, 2005, p. 321).

(8) ROJAS VARGAS enseña que utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien (*Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 336).

(9) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 344.

(10) R.N. N° 3632-2004-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 619).

pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388.

Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia[11]. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal.

Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la Administración Pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público.

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como

(11) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 337; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 343.

jurisprudencia vinculante lo siguiente: "El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"(12).

En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la Administración Pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la Administración Pública(13). Esto nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos.

2. Perjuicio patrimonial

Asimismo, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. "En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal"(14).

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con

(12) Numeral 7 del Acuerdo Plenario Nº 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

(13) Rojas Vargas al referirse a este aspecto con razón argumenta que esta forma de legislar implica un exceso de penalización, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 336).

(14) Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. Nº 3858-2001-La Libertad (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Jurista, Lima 2004, p. 346).

la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta que "constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito"[15].

La importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de los mismos y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal[16]. Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo "perjuicio patrimonial", la conducta será irrelevante penalmente por atípica.

Al ser esta la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios Alvarado[17], quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta que el peculado "es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio 'patrimonial' no es exigible para la configuración de este ilícito penal".

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionada en el artículo 387 del Código Penal, si no concurre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido,

(15) R.N. N° 889-2007- Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.
(16) Rojas Vargas citando reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 347).
(17) BARRIOS ALVARADO, Elvia. "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un Funcionario Público". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* N° 15, Gaceta Jurídica. Setiembre, Lima, 2010, p. 174.

pues como lo vamos a ver más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica.

a) ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?

El tipo penal 387 no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que "el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta"[18]. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que "por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal"[19].

En ejecutoria suprema mucha más reciente, de fecha 13 de enero de 2004, se considera con propiedad "que en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos –peculado– no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos"[20].

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ[21], propuso se modifique el contenido del artículo 387 del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo). En la exposición de

(18) Exp. N° 808-90-Callao, *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993, p. 141.
(19) Exp. N° 1141-90-Loreto.
(20) Exp. N° 3682-2002-La Libertad (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 738).
(21) Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010.

motivos del citado Proyecto se argumentó que "el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el Derecho Administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de los apropiado". Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores.

Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen[22] recaído en el citado Proyecto de Ley, señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría "propiciando o induciendo a apropiaciones pequeñas (...) De ser así, donde queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial (...) el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilizaciones de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico (...). En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias".

Ante tal revés, la suprema corte retrocedió y en la exposición de motivos de un Segundo Proyecto de Ley[23], ingresado al Congreso de

(22) De fecha 13 de abril de 2011. Este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011.

(23) Signado en el Congreso con el N° 4898/2010-PJ.

la República el 4 de julio de 2011, señaló que "en atención a que, según el estado de la discusión, del Derecho Penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio (...) como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva (...) se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio (...) La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida".

En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

3. Destinatarios de la apropiación o usar

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como "para el otro", que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría "el otro" a que se refiere el tipo penal.

En consecuencia, "el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero"(24).

La utilización del término "otro" significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto

(24) Numeral 7 del Acuerdo Plenario Nº 4-2005, 30 septiembre de 2005.

en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas[25].

El "otro" de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción o por receptación o por el grave delito de lavado de activos.

4. Relación funcional

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio[26].

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal[27]. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata,

(25) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 339.

(26) Rojas Vargas con propiedad enseña que si el agente se apropiara o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita (Ibídem, p. 331).

(27) Incluso puede ser autor de peculado la más alta autoridad de la República como es el Presidente. Véase: Ejecutoria Suprema del 8 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria a Fujimori Fujimori por el delito de peculado entre otros; R. N. A.V. 33-2003-9-Lima. Allí se argumentó que "cuando fue presidente de la República, tenía como atribución constitucional administrar la Hacienda Pública, conforme al artículo 118 apartado 17 de la Constitución Política del Perú; esa atribución origina una relación funcional con los fondos públicos, que por razón de la más alta jerarquía atribuye un deber positivo de administrar los fondos del Estado; en ese sentido, advertimos que la imputación realizada por el representante del Ministerio Público, sí se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso, pues imputa al encausado haber dispuesto de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público para objetivos ilícitos y políticos". En igual sentido se pronunció la ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria del expresidente por el delito de peculado doloso por apropiación; R. N. A.V. 23-2001-09-Lima- caso quince millones de dólares.

es decir, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional[28]. Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe: "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública"[29].

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas[30].

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la Administración Pública. No le falta razón a Abanto Vásquez[31], cuando enseña que el bien jurídico solo se

(28) Loc. cit., en tanto que Abanto Vásquez, enseña que el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones. El funcionario incompetente solo podría cometer delitos contra la propiedad (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 337. Igualmente AMORETTI PACHAS, Mario. *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*; Grijley, Lima, 2007, p. 223).

(29) Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005.

(30) ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya". En: *Actualidad Jurídica*. N° , Lima, 2005, p. 97.

(31) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 338.

verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

5. Relación funcional de hecho

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos(32). La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento. En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que "al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos [de] que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso"(33).

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesinos. En efecto, por

(32) "El funcionario de facto ejerce funciones en forma lícita, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley" (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

(33) Exp. Nº 2007-2001-Santa (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 289).

Resolución Suprema N° 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la Administración Pública[34]. Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la República Alberto Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela[35], quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, "todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente"[36]. De tal modo que "el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor"[37].

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que "si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal"[38].

(34) Extracto de la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N° 7, Grijley, Lima, 2006, p. 490).

(35) Los tres citados fueron funcionarios del ahora desactivado Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), al tiempo que Montesinos Torres ejercía de facto la función de administrador de los fondos públicos destinados al SIN.

(36) Ejecutoria del 14 de noviembre de 2003.

(37) Ibídem, p. 492.

(38) Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, 23 de noviembre de 2004. En este proceso, Luis Bedoya de Vivanco interpuso hábeas corpus alegando que "se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito". El TC por mayoría declaró infundado el recurso,

En contra de esta interpretación, Amoretti Pachas[39], analizando el Acuerdo Plenario N° 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que "no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe". Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de Montesinos del nada menos Presidente de la República[40], al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados al interior de la Administración Pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

El planteamiento de Amoretti Pachas tiene sentido solo en el supuesto que un extraño o particular a la administración, asuma de facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien como llegó a acreditarse en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público.

indicando además que conforme a lo señalado en la sentencia cuestionada, en el caso sí se configura el delito de peculado.

(39) AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 233.

(40) Amoretti Pachas considera que Montesinos no debió ser condenado por el delito de peculado, debida que los funcionarios de facto o de hecho no pueden ser sujetos activos de tal delito, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 235 y ss. Este planteamiento tiene su explicación en el hecho que el autor citado participó en el proceso defendiendo a Bedoya de Vivanco y como es natural, en todo momento argumentó que su patrocinado no podía ser cómplice del delito de peculado debido a que Montesinos al ser un funcionario de facto no podía ser autor de peculado.

6. Caudales o efectos

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387 del Código Penal.

Se entiende por caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero(41).

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387 del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por **caudal** a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico(42). Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, por ejemplo, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la Administración Pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el **utilizar** o **apropiarse**, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles(43). Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda.

En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional(44) entender que **efectos** es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos

(41) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 341.

(42) Por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción no se refiere a caudales o efectos, simplemente se refiere a "bienes", los que son definidos como los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Véase, artículo 1.

(43) En el mismo sentido ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 341 y ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 348.

(44) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 341; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 349; AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 225.

por la Administración Pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 se argumenta que "los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat"(45).

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la Administración Pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos.

En suma, se ha establecido como precedente vinculante que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables(46).

7. Percibir, administrar y custodiar

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de

(45) Exp. N° 4174-96-Junín (ROJAS VARGAS. *Jurisprudencia penal comentada*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 668).
(46) Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la Administración Pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos[47].

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que "de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, (...); se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado"[48]. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002 argumenta que "existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándoselos, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos"[49].

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas[50]. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

(47) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 334.
(48) Exp. N° 524-2002-Tumbes (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 234).
(49) Exp. N° 26-2001-Cusco (Ibídem, p. 251).
(50) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el bien público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo(51).

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: **custodiar**, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público(52). Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

Abanto Vásquez(53), siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos.

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 4-2005(54), en los siguientes términos: la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público constituye peculado?

Para responder la interrogante es necesario precisar primero en qué consisten los viáticos. Estos comprenden la cobertura de los gastos

(51) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 334.
(52) Ibídem, p. 335; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.
(53) Ibídem, p. 354.
(54) De fecha 30 de setiembre de 2005. Invocado en las Ejecutorias Supremas siguientes: R.N. N° 260-2009-Loreto del 3 de marzo de 2010; R.N. N° 4481-2008-Junín del 11 de marzo de 2010 y R.R. N° 1886-2009-Lima del 15 de setiembre de 2010.

de alimentación –desayuno, almuerzo y cena– hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio[55]. La condición es que el favorecido debe rendir cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados[56]. De modo que al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica pueden presentarse hasta cinco supuestos fácticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos

(55) Véase: la Ley N° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).
(56) BARRIOS ALVARADO. Ob. cit., p. 174.

para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente trabaja. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.

2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego, sin realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.
3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge (por ser él mismo administrador de los fondos, por ejemplo) una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.
4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.
5. Cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea) simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito con la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado. En efecto, el primer supuesto, no configura el delito de peculado. Como ya hemos expresado, para que se perfeccione el peculado es necesario que el agente, previamente y de mutuo propio con ánimo de lucro, separe el efecto o caudal de la esfera pública de custodia y protección para pasarlo a su esfera privada de protección en forma definitiva (modalidad de apropiación) o pasarlo a su esfera privada de protección y darle una aplicación privada temporal (modalidad de utilización). Así se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Suprema

Corte cuando precisa que "este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero"[57].

Situación que de modo alguno ocurre cuando se trata del supuesto en que el sujeto público recibe los viáticos. Estos son entregados por la administración al funcionario o servidor. Este los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia y protección) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de los mismos a condición de rendir luego cuentas sobre lo gastado. El monto que corresponde a los viáticos, el sujeto público de mutuo propio no los separa de la administración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino que la propia administración los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso muchas veces en contra de la voluntad del sujeto público (piénsese en los supuestos en que el funcionario o servidor público, por la razón que fuere, no quiere realizar el servicio y solo lo hace para evitar problemas laborales en su centro de trabajo). En consecuencia, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública para pasarlo luego a la esfera privada del agente, no es posible que se perfeccione el delito de peculado.

La jurisprudencia se viene orientando en este sentido. En efecto, en las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010, que declararon haber nulidad en las sentencias recurridas y reformándola absolvieron a los acusados del delito de peculado, se argumenta que "los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe

(57) Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, R.N. Nº 889-2007-Lima.

agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal"[58];

Por otro lado, la institución pública de que se trate, al entregar al sujeto público los viáticos para sus gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. En cambio, en los supuestos de administrar o custodiar el dinero perteneciente a la Administración Pública que exige el tipo penal de peculado del 387 del Código Penal, el sujeto público tiene la obligación legal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en propio y directo beneficio de la Administración Pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal. En consecuencia, por este extremo tampoco es posible que se configure el delito de peculado.

Sin embargo, si pretende rendir cuentas con documentos falsos será autor solo del delito contra la fe pública.

En el **segundo supuesto**, esto es cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado, se perfecciona el delito de peculado, pues como ya hemos expresado, los viáticos son entregados al sujeto público para que los gaste en alimentación, alojamiento y movilidad al realizar la comisión de servicios. Para ello, el agente tiene que trasladarse a localidad o lugar diferente al que labora con la finalidad de efectuar la comisión. Si ello no ocurre por el motivo que sea, ni devuelve a la administración lo recibido y, por el contrario, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se lo apropia, estaremos ante la comisión del delito de peculado. Si bien es cierto el agente público ha recibido el viático para que los administre o custodie en su directo beneficio personal, también es cierto que esa administración o custodia del dinero y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada. Si no se realiza la comisión de servicio, cualquier

(58) R.N. Nº 260-2009-Loreto; R.N. Nº 4481-2008-Junín y R.N. Nº 1886-2009-Lima, todas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

gasto significa apropiación de los dineros públicos y, por tanto, el peculado se verifica[59].

Si unido a ello aparece que con la finalidad de sorprender a la administración el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública, el mismo que concurrirá con el de peculado.

En el **tercer supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o lugar donde trabaja y luego de realizado el servicio no rinde cuentas, tampoco se verifica el delito de peculado, toda vez que el agente coge determinado monto de dinero por concepto de viáticos con la finalidad de realizar una comisión de servicios, la misma que lo realiza, es decir, administra o custodia los viáticos en su directo beneficio personal al tiempo que realiza la comisión en beneficio directo, se entiende, de la Administración Pública. La simple omisión de rendir cuentas de modo alguno genera el delito de peculado por no concurrir los elementos objetivos antes apuntados. Pero claro, ante la omisión responderá administrativa y civilmente. Es más, la administración tiene abierta la posibilidad, si así lo considera pertinente, de recuperar el monto del viático no justificado descontando de sus remuneraciones al funcionario o servidor.

Respecto al **cuarto supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos de mutuo propio coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una

(59) La Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008 en el R.N. Nº 889-2007-Lima, declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Fernando Guiglino Rosas como autor del delito contra la Administración Pública –peculado y contra la fe pública– falsificación de documentos y falsedad genérica - en agravio del Estado, toda vez que se había determinado que el sentenciado en su condición de Jefe de Auditoría del Indeci físicamente no realizó comisiones a las ciudades de Pucallpa, Tacna, Huánuco, Cerro de Pasco, Arequipa, Puno y Ancash no obstante, presentó diversas rendiciones de cuentas de viáticos sustentadas con documentos falsos. Igual supuesto es objeto de la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2010 (R.N. Nº 2665-2008-Piura), donde declarando no haber nulidad de la sentencia, se argumenta que el acusado García Gallo en el cargo de Ejecutor Coactivo de la Municipalidad agraviada solicitó autorización de viaje a la ciudad de Lima con la finalidad de efectuar gestiones propias del cargo que ostentaba, así como requirió el pago de mil quinientos soles por concepto de viáticos por un plazo de diez días; que posteriormente no presentó la rendición de cuentas respectiva ni efectuó el informe sobre la gestión encomendada, motivo por el cual fue destituido del cargo y procesado por peculado. Aquí, al parecer, el acusado nunca realizó la comisión de servicio para cuyo efecto solicitó y se le entregó un monto de dinero por concepto de viáticos.

comisión de servicios fuera de la localidad o del lugar de trabajo y sin que la realice, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, el delito de peculado también se verifica en concurso real con el delito contra la fe pública. En efecto, aquí el sujeto público que tiene relación funcional con los dineros del Estado de mutuo propio coge y dispone del dinero por concepto de viáticos, alegando realizar una comisión de servicios fuera de la localidad donde trabaja, sin embargo, luego se verifica que nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas fiscales, lo dispone en su directo beneficio personal, configurándose de ese modo los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. Si luego aparece que con la finalidad de sorprender a la administración, el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública.

En lo que corresponde al **quinto supuesto**, esto es, cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales y acto seguido, con la finalidad que la entidad le reembolse, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, configura sin duda alguna el delito de peculado. Ello es así debido a que el sujeto público, sabiendo bien que no ha realizado servicio de comisión alguna, o sabiendo que no tiene cómo rendir cuentas ante la institución al no haber realizado comisión alguna, dolosamente se agencia de documentos falsos para hacer que la administración le reembolse. Desde el inicio el agente tiene la intención y *animus* de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos supuestos para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, perjudicando de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado. Verificado la presentación de documentos falsos, el peculado concurrirá con el delito contra la fe pública.

De todo lo expuesto, queda claro que no toda omisión de rendición de cuentas configura atipicidad del delito de peculado. Es necesario para ello identificar principalmente que el sujeto público haya cumplido con la comisión encomendada; verificado ello, la omisión

o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción administrativa[60].

9. Bien jurídico protegido

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado[61], la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última, que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo[62], toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores[63]. Incluso esta posición se ha traducido en jurisprudencia vinculante. En efecto, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de setiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual "el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla

(60) Barrios Alvarado, cit., p. 177. En parecido sentido Cáceres Julca, Roberto, el delito de peculado: aspectos sustantivos y procesales, Idemsa, Lima, 2012, p. 57.

(61) Ibídem, p. 333. También, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 221. Como referencia, por ejemplo, cabe indicar que en Alemania tiene plena acogida esta posición hasta el punto que el delito de peculado no aparece regulado en los delitos contra la Administración Pública, sino en el rubro de los delitos contra el patrimonio.

(62) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 327.

(63) Incluso esta posición ha sido reproducida en la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003. En efecto, allí se afirma que "en el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad". Exp. N° 3630-2001-Ucayali (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 207).

facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad"[64].

Abanto Vásquez[65] sostiene que con el contenido del artículo 387 del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) así como se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80 del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

La posición asumida por Abanto Vásquez no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387 del Código Penal. La redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. Caso contrario, también tendríamos que argumentar que en los delitos de concusión o colusión por ejemplo, también se pretende proteger el patrimonio del Estado. La regla del artículo 80 del Código Penal es de aplicación a todos los delitos incluido el peculado en los cuales se haya afectado o lesionado el patrimonio del Estado, sin importar qué bien jurídico principal se lesionó con el hecho punible.

Consideramos más bien que el delito de peculado es un delito pluriofensivo[66], toda vez que aparte de proteger el recto funcionamien-

(64) Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005 cuyo texto completo se reproduce al final del tema de peculado, pues pese a la vigencia de la Ley N° 29758, considero que el Acuerdo Plenario sigue teniendo plena vigencia, pues la estructura del tipo penal no ha variado, solo se ha introducido una agravante más. También la ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009; R. N. N° 1601-2006-Huaura.

(65) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 334.

(66) Pero no en el sentido general que asume Rojas Vargas, sino en un sentido particular que tiene en cuenta que no todos los funcionarios o servidores públicos pueden cometer el delito de peculado, sino solo aquellos que tienen el deber funcional de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del Estado.

to de la Administración Pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del Estado, el delito de peculado no se configura.

La Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2000 sustenta nuestra posición, pues allí se argumenta en forma resumida que "el delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados"(67).

10. Sujeto activo-autoría

De la lectura del tipo penal 387 del Código Penal se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo. O mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

Es lugar común en la doctrina considerar que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o

(67) Exp. N° 1132-98-Lima (Normas Legales, T. 292, Trujillo, 2000, p. A-40).

efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro[68]. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron[69].

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011 que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del expresidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que "el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal –Decreto de Urgencia– que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118 de la Constitución Política de la Nación; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos" [70].

(68) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1996, p. 188; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 327; Igual, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 216.

(69) Con propiedad señala Abanto Vásquez: no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 336).

(70) R.N. A.V. 23-2001-09- Lima. Los hechos objeto de acusación de aquel público proceso penal en resumen son los siguientes: el acusado y tres ministros de Estado idearon y ejecutaron acciones con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia N° 081-2000. El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta compensación de tiempo de servicios a la nación al ex asesor del SIN, Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión fue recibido por el beneficiario y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera. La prensa lo etiquetó como el caso de los quince millones de dólares.

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

Es obvio que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el artículo 425 inciso 3 del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos(71). Esta es la interpretación que se hace en la Ejecutoria Suprema del 4 de junio de 1999. Allí se sostiene que "el delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica". Si bien la carta política, en el segundo parágrafo del artículo 40, indica que "no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta", este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425 del Código Penal, pues esto

(71) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 329 y ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 338.

se corrobora incluso con la Ley N° 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando preceptúa, modificando el inciso 3 del artículo 425 del Código acotado, que "es funcionario público 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"(72).

Es acertado afirmar que para efectos de interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción(73). En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende "por funcionario público o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido pero aún no ha asumido el cargo y por tanto aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o causal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificado en otro tipo penal.

(72) Exp. N° 5210-98-Lima (*Revista peruana de jurisprudencia*, Normas Legales, Trujillo, 1999, Año I, N° 2, p. 384); en parecido sentido ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Jurista, Lima, 2004, p. 249.

(73) El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995, suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55 de la Constitución Política vigente. Parecida definición, pero más amplia, tiene el artículo 2 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

Pero sin duda, el concepto amplio de funcionario público sirve, por ejemplo, para interpretar y calificar los delitos de corrupción de funcionarios que luego analizaremos.

a) Participación

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones(74):

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría de dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.
- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
- Los particulares (*extraneus*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido(75). Solo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del

(74) Al respecto véase con amplitud ROJAS VARGAS, *Delito contra la Administración Pública*, cit., p. 348.
(75) "Los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho" (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción del deber.

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria. Como ejemplo cabe citar la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003. Aquí se argumenta que "la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal"(76). De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, deja establecido en forma pedagógica que "en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia (...) por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado"(77).

En el mismo sentido se pronuncia el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostiene que "el tipo penal previsto en el artículo 387 del Código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitado (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde

(76) Exp. Nº 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Publica. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).
(77) R.N. Nº 1813-2003-Lima.

adentro, es decir, por los *intraneus*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la 'accesoriedad de la participación', es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas '*extraneus*' que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales (...) (sic) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente"(78).

- Los otros, a los que hace referencia el tipo penal 387 con la frase "para otro", no son autores ni coautores del delito de peculado, pues ellos no consuman o perfeccionan el delito, pudiendo ser, en cambio, inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

Por lo demás, resulta claro que en el peculado no hay coautoría. No debe obviarse que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no admite la coautoría que viene hacer hija de la teoría del dominio del hecho. Y no puede haber coautoría debido que como se trata de

(78) R.N. Nº 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. Nº 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

un delito de infracción de un deber especial penal, es imposible materialmente que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial. Este deber es único no puede dividirse materialmente. Por tanto, no puede afirmarse con propiedad que en los funcionarios o servidores públicos ha existido un reparto de roles para infringir un deber especial penal. Ello es imposible. En consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores.

11. Sujeto pasivo

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la Administración Pública en sus diversas manifestaciones: "No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este"(79). No obstante, es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En efecto, así lo prevé en forma atinada y pedagógica la ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005, al argumentar: "En el delito de peculado objeto de juzgamiento se han considerado agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan de Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco; que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación"(80).

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo. No obstante, voluntariamente

(79) Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B-Áncash ROJASSI PELLA, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, cit., p. 238).
(80) R.N. N° 106-2005-Cusco (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 625).

actúa, es decir, voluntariamente se los apropia o utiliza en perjuicio de la Administración Pública.

Abanto Vásquez[81], en forma atinada enseña que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas[82].

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de apropiarse para sí o para otro, o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, no es descabellado alegar que en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública[83].

En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. Si este no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda.

En el mismo sentido argumentó la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash del 7 de abril de 1998. Allí se consideró que "no constituye delito de peculado la conducta del inculpado, quien en su calidad de Director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó

(81) 2003, p. 356; AMORETTI PACHAS. *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 226.

(82) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 343.

(83) Respecto de este punto, Rojas Vargas alega sin fundamentar su posición que el tipo penal no exige el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento (loc. cit.); en tanto que Abanto Vásquez acepta la existencia de un ánimo de lucro implícito (ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 358).

un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro"[84].

V. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público[85].

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal. En efecto, la ejecutoria suprema del 11 de enero de 2002 presenta un hecho real en el cual prevaleció la referida causa de justificación. Allí se argumenta que "de la revisión de autos, se tiene que el recurrente, al momento de los hechos, ostentaba el cargo de jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia pública, y desembolsó la suma de 5000 nuevos soles, proceder que fue en cumplimiento al pedido expreso del director de la Región Agraria, siendo así es evidente que el tesorero lo que hizo fue solo cumplir una orden de su superior previa aprobación del director de la oficina de administración"[86].

(84) Exp. N° 576-97 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, 2000, p. 440).
(85) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 352; igual ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 364.
(86) Exp. N° 3713-2001-Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 219).

VI. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo.

VII. CONSUMACIÓN

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto[87]. Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

(87) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 343; por su parte, Abanto Vásquez erróneamente enseña que la modalidad de sustracción no se consuma con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 359).

Aquí resulta interesante citar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al resolver el hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco, quien alegaba que no podía ser sancionado como cómplice del delito de peculado cometido por Montesinos, debido a que la recepción de fondos públicos por su parte fue posterior a la consumación del delito. El Tribunal Constitucional sentenció que "la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado"(88).

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados, es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el supremo tribunal en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002(89). En efecto, allí se estableció que "la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero (...)".

Aquí nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido la Corte Suprema en la ejecutoria del 18 de julio de 2011. Allí, ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el supremo tribunal expresó que "el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad; (...) si bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado"(90).

(88) Exp. N° 2758-204-HC/TC-Lima. El TC declaró por mayoría infundado el hábeas corpus planteado.
(89) Exp. N° 1402-2001-Tumbes.
(90) R.N. N° A.V. 23-2001-09- Sala Penal Transitoria- Caso de los quince millones de dólares.

VIII. TENTATIVA

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas(91) enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

IX. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR EL VALOR DEL OBJETO DEL DELITO

La Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011 introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias(92). Esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera, ahora, los 36,000 soles. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales comenten este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de 8 ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

(91) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 344.
(92) El Decreto Supremo N° 311-2009-EF estableció el UIT para el daño 2010 en 3,600 nuevos soles.

X. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR LA FINALIDAD DEL OBJETO DEL DELITO

El artículo 387 del CP prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos(93).

Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados al programa del vaso de leche. Un caso típico de peculado agravado da cuenta la ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001. Allí se considera que "la conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social"(94).

A efectos de la agravante, los programas con "fines asistenciales" o programas de "apoyo social" tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la ejecutoria del 19 de mayo de 2004. Aquí, se argumenta que "es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio

(93) Ibídem, p. 350.
(94) R.N. N° 2104-2001-Cajamarca (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 359).

destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada –entre otras, en el área de salud– ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional"[95].

En suma, "el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra"[96].

XI. PECULADO CULPOSO

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar

(95) R.N. Nº 2664-2003-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 599; también en, ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema.* Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 296).

(96) ARMAZA GALDÓS- ZAVALA TOYA. *La decisión judicial.* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 84. (Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 9 de junio de 1998. Exp. Nº 219-98).

los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo "no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente".

Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público"[97].

(97) Jurisprudencia vinculante establecida en los numerales 8 y 9 del Acuerdo Plenario N° 04-2005 del 30 de setiembre de 2005. Justo es reconocerlo aquí, que los vocales supremos para construir el precedente vinculante han utilizado al parecer solo el libro de Rojas Vargas titulado Delitos contra la Administración Pública, lo cual no me parece mal, no obstante lo criticable es el hecho que en el Acuerdo Plenario en ningún momento se cita la fuente. Asimismo, en la ejecutoria vinculante del 6 de septiembre de 2007, R.N. N° 4500-2005-Junín, se volvió a reiterar estas líneas de interpretación.

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado en múltiples casos de peculado culposo. Aquí con fines pedagógicos solo citaremos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

- "Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpado que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado"(98).
- "Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como respondía, y a la que estaba obligada en su conducción de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución"(99).
- "Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco"(100).
- "Ha quedado suficientemente acreditado la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo, toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar

(98) Ejecutoria suprema del 15 de julio de 1999, Exp. N° 281-99 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia N° 4, Lima, 2000, p. 465).
(99) Ejecutoria Suprema del 10 de julio de 2002, Exp. N° 3278-2001-Apurímac (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 364).
(100) Ejecutoria suprema del 16 de octubre de 2002, Exp. N° 4168-2001-La Libertad, (ibídem, p. 375).

y custodiar, permitiendo con su actitud inerte en tomar las acciones correspondientes que desaparezcan inexplicablemente"[101].

- "El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que actúa con negligencia en sus funciones, es decir, cuando no toma las precauciones debidas para evitar sustracciones de bienes que son de propiedad pública; que si bien es cierto, de la revisión de los autos la materialidad del delito se encuentra acreditada, sin embargo, se ha demostrado que los encausados no tenían la obligación de custodiar los bienes sustraídos, ya que existía un personal de vigilancia contratado o través de un *service* o locadora de servicios por el Ministerio de Agricultura"[102].
- "La responsabilidad penal del acusado Ramos Zapata por el delito de peculado culposo ha quedado acreditada, toda vez que como Jefe de la Oficina de Administración no actuó diligentemente para evitar que un tercero se beneficie con los fondos de la entidad agraviada, puesto que autorizó que el acusado De la Cruz Hernández cobre los cheques, sin prever los mecanismos de control adecuados para garantizar la seguridad de los mismos, lo que facilitó para que el antes mencionado se apropie del fondo"[103].

(101) Ejecutoria suprema del 2 de julio de 2002, R.N. N° 3056-2001-Puno (URQUIZO OLAECHA, José. et ál., *Jurisprudencia penal*, Lima, 2005, p. 660.
(102) Ejecutoria suprema del 3 de diciembre de 2004, Exp. N° 382-04-Junín (Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 230).
(103) Ejecutoria Suprema del 11 de junio de 2008, R.N. N° 4952-2007-Huancavelica- Sala Penal Permanente.

El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA(*)

SUMARIO: I. Descripción legal. II. Tipicidad objetiva. 1. Sujeto activo y sujeto pasivo. 2. Conductas criminalizadas. 3. Fines particulares o privados. 4. Bien jurídico protegido penalmente. III. Tipicidad subjetiva. IV. Consumación y tentativa. V. Causal de atipicidad de peculado de uso. Especial referencia al caso Torres Gonzales, exalcalde de Chiclayo. 1. La causal de atipicidad del peculado de uso. 2. El caso del exalcalde de Chiclayo: Roberto Torres Gonzales.

I. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de peculado de uso se reguló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal de 1991(1), en su artículo 388, siendo la redacción original de este artículo de la siguiente manera:

> "**Artículo 388.-** El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de San Martín de Porres - Filial Norte. Fundador y responsable del Área Penal del Estudio Villegas Paiva-Abogados.

(1) Sobre los antecedentes de su regulación en nuestro país véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 371 y ss.; también: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública.* 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 372 y ss.

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".

Posteriormente, fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011, quedando redactado el texto legal de la siguiente forma:

"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".

Rápidamente, el artículo 388 del CP, sufrió una modificación más, a través del artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011, de modo que el texto legal fue el siguiente:

"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".

Posteriormente el citado artículo, fue modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, la que se ha mantenido hasta estos momentos, siendo la redacción actual la siguiente:

> **"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".

II. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de peculado de uso, también denominado peculado por distracción, se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado.

Además de ello, por disposición del segundo párrafo del mencionado artículo 388 del CP peruano, el delito en comento también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares, usa o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado.

1. Sujeto activo y sujeto pasivo

Como se acaba de anotar, el tipo penal en cuestión se configura cuando un funcionario o servidor público usa o permite que otro use, con fines privados o particulares, los vehículos, máquinas o cualquier

otro instrumento de trabajo del Estado confiado a aquel sujeto por razón del cargo que desempeña.

Siendo así, la primera cuestión será determinar cuándo el sujeto se encuentra en la condición de funcionario o servidor público.

Salinas Siccha sostiene que funcionario público es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación en forma expresa determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. Mientras que servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de decisión. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la Administración Pública: el bien común[2].

Debe tenerse presente que el alcance del concepto de funcionario o servidor público en el ámbito penal excede al concepto procedente del Derecho Administrativo. Así, en el ámbito penal debe tenerse presente, por ejemplo, lo estipulado en el artículo 425 del CP peruano, el cual, luego de haber sido modificado por el artículo único de la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, textualmente prescribe lo siguiente:

"**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

(2) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 10.

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".

Al respecto, Rojas Vargas[3] indica que el Derecho Penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a afectos de no dejar espacios de impunidad, y por decisión político-criminal, se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a equiparar a la calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares colocados en una especial cercanía al bien jurídico Administración Pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro. La equiparación se da en dos direcciones:

i) En primer lugar, a través de específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad (artículo 386 del CP: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores, curadores y albaceas; artículo 392 del CP: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodien dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social).

ii) Mediante el inciso tercero del artículo 425 del CP, que en una cláusula general considera funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier

(3) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 93.

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. Se puede consensuar que también el segundo párrafo del artículo 388 del CP (peculado de uso) posibilita ampliar la calidad de funcionario o servidor público al contratista de obra pública y sus empleados cuando usan bienes pertenecientes al Estado, en ámbitos distintos a los oficiales.

Es mediante dichas ampliaciones de tipicidad normativa que se construye el concepto penal de funcionario público que, como se verá, prescinde del título válido desde la perspectiva, pues no hay ni elección ni nombramiento, tan solo equiparación normativa a través del CP o, en su defecto, relación contractual (caso del inciso tercero del artículo 425). Como podrá advertirse, las equiparaciones establecidas en los artículos 386 y 392 solo cubren los delitos a que remiten dichos dispositivos, es decir, colusión desleal y patrocinio indebido de intereses particulares y peculado con malversación de fondos, respectivamente. Dichas equiparaciones de los artículos 386, 392 y 425.3 son para estrictos fines penales y no tienen alcances administrativos[4].

Por otro lado, el delito de peculado de uso se trata de un delito de infracción del deber[5], donde el agente público quebranta imperativos funcionales asumidos en razón del cargo –es decir, infringe deberes–. En esta perspectiva, la Corte Suprema ha sostenido que existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –de infracción del deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación con el deber estatal que le corresponde:

(4) Ibídem, p. 94.
(5) Acuerdo Plenario N° 2-2011-CJ/116, f. j. 9.

conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

El funcionario o servidor público –continúa señalando la Corte Suprema–, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está– de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto como, por ejemplo, en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto[6].

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esa perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del *extraneus*[7].

Entonces, en el delito de peculado de uso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la Administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en custodia o administración los bienes muebles destinados al servicio público. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña, no basta con que el funcionario disponga de los bienes con los que coyuntural u ocasionalmente entra en posesión.

Asimismo, los particulares (*extraneus*) que ayudan o auxilian a cometer el delito al funcionario o servidor público responden como cómplices del delito de peculado de uso.

Como se ha señalado en una ejecutoria: "El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican –en el actuar (en este caso del funcionario

(6) Acuerdo Plenario N° 2-2011-CJ/116, f. j. 10.
(7) Acuerdo Plenario N° 2-2011-CJ/116, f. j. 11.

público)– no solo tratar de no dañar el bien jurídico protegido (Administración Pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado. Este deber positivo y vinculación funcional del encausado con el vehículo de la municipalidad ha sido existente y probado en el presente caso"[8].

Como último aspecto a mencionar se debe precisar que el sujeto pasivo del delito será el Estado peruano.

2. Conductas criminalizadas

Para la configuración del tipo penal de peculado de uso se requiere la concurrencia de diversos elementos objetivos para la configuración del delito de peculado de uso, que pasamos a señalar a continuación de forma separada (por fines pedagógicos):

2.1. Usar o permitir usar

Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados[9].

Con ello, sostiene Rojas Vargas, se nota claramente la finalidad preventiva de esta formulación legal y hacia dónde apunta el mensaje comunicativo de la misma. Todo uso ilegal de bienes públicos que por sus características no ingrese en este tipo penal será reconducido por la fórmula básica del peculado por utilización del artículo 387[10].

Ahora bien, la modalidad de usar o utilizar se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos. En el agente no hay ánimo o propósito de

(8) R.N. N° 1269-2009-Puno, del 19 de agosto de 2010, magistrado ponente: Rodríguez Tineo.
(9) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 273.
(10) Ibídem, p. 374.

quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la Administración Pública[11].

Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone la presencia de beneficio (que no necesariamente debe ser entendido como "provecho económico"[12]) para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Las formas del uso igualmente pueden ser numerosas, directas, indirectas, puede prestarlas, alquilarlas, empeñarlas, etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares[13].

El segundo supuesto del verbo rector es cuando el agente "permite" que otro lo utilice; aquí el agente no lo utiliza de forma personal, sino que lo delega a otra persona, que puede ser otro funcionario u otro sujeto particular[14]. En este supuesto, el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero o particular, para fines ajenos al servicio público, realice actos de uso, empleo, provecho, disfrute o se beneficie de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos[15].

El permitir que otro use el bien supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten, toleran, consienten o autorizan el uso de dichos bienes por terceros. El término "otro" alude a cualquier persona, particular o funcionario-servidor público, persona natural o jurídica.

Aquí cabe hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 encontramos el peculado de uso que –al parecer– es idéntico al peculado en su modalidad de "utilizar" del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta por sí sola de la lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos, en tanto que el artículo 388 se refiere restrictivamente a

(11) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 373.
(12) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial.* 3ª edición, Idemsa, Lima, 2016, p. 447.
(13) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 540.
(14) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* Jurista Editores, Lima, 2015, p. 484.
(15) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 373.

usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los caudales públicos no estén representados por cualquier instrumento de trabajo de la Administración Pública. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388[16].

2.2. El objeto material del delito

El tipo penal hace alusión a vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo, con lo cual se está refiriendo a aquellos bienes de carácter mueble que sirven para facilitar y/o complementar el trabajo del agente especial dentro de la Administración Pública.

Se trata de todo tipo de herramientas, máquinas, vehículos o aparatos indispensables para el desempeño de la función pública; no pueden ser el dinero, los títulos valores, los bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc.[17].

En consecuencia, no hay peculado de uso sobre bienes inmuebles ni sobre bienes muebles fungibles. Si en un caso concreto, un inmueble o un bien fungible (dinero, por ejemplo) es objeto de uso para fines particulares, el operador jurídico deberá recurrir al supuesto típico recogido en el numeral 387 del Código Penal para imputar responsabilidad penal al agente.

Por otro lado, con respecto al objeto material del delito, pueden presentarse dos situaciones que configuran el tipo: i) que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenezca a la Administración Pública o sea de propiedad del Estado, ello quedará acreditado con los papeles que deberán estar a nombre de la institución pública que representa el agente especial; ii) que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo no le pertenezcan a la Administración Pública, pero se halle bajo la guarda de la Administración Pública debido a que ha ingresado (prestado, alquilado, etc.) para cumplir determinada función pública (obra pública). Es decir, los bienes muebles no son de propiedad del Estado, sin embargo, están bajo custodia y vigilancia por parte del Estado, y puede estar encargado de

(16) Ídem.
(17) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 375.

la custodia el mismo sujeto que luego realiza el uso indebido del vehículo instrumento.

3. Fines particulares o privados

Es sabido que los objetos, instrumentos y herramientas que se asignan a un funcionario y/o servidor público se destinan exclusivamente al desempeño de la actuación funcionarial, para que el sujeto público pueda desarrollar y/o ejecutar cabalmente las tareas que la ley se asigna en cuanto a un proceder funcional encaminado a la realización de un servicio público. Por consiguiente, cuando el funcionario público, materializa una utilización privada del objeto que le fue asignado en razón del cargo, desnaturaliza la esencia de la relación funcionarial con el objeto[18].

De modo tal que constituye la tipicidad del delito de peculado de uso, el supuesto en el que el funcionario o servidor público, en lugar de destinar el bien mueble a su servicio natural y normal, lo destina o utiliza para fines ajenos al servicio en su evidente beneficio o de terceros allegados a aquel. Se usa el bien mueble para fines particulares ajenos a los fines de la Administración Pública[19].

Los fines ajenos al servicio público a los que el funcionario o servidor público destina los bienes señalados en el tipo penal pueden ser diversos: transportar a los familiares del agente público a su centro de trabajo o al centro comercial para hacer las compras domésticas; utilizar el vehículo para realizar trabajos de mensajería de una empresa privada; usar los vehículos para hacer campaña electoral ya sea propia o de un tercero allegado; alquilar los equipos de cómputo, prestar los instrumentos agrícolas, etc. El uso para fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el agente o para terceros que resultan favorecidos con el uso del bien público.

4. Bien jurídico protegido penalmente

El Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de intereses o valores considerados trascendentales para la vida social, a

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 451.
(19) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 375.

los que denominamos bienes jurídicos[20]. En tal sentido, al iniciar el análisis de cualquier delito, resulta imprescindible empezar por el estudio del bien jurídico tutelado por el tipo en cuestión[21], en tanto la existencia y determinación del objeto de protección penal dotará de legitimidad a la intervención penal[22], puesto que el bien jurídico actúa como criterio negativo de criminalización al prohibir la tipificación de conductas que no entrañen una afectación al mismo, en la medida que para el Derecho Penal son solo relevantes aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos[23], esto es, lo que llamamos principio de lesividad, el cual se halla recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal de 1991[24].

(20) Se afirma que la finalidad del Derecho Penal, o su función, vendría dada por la salvaguarda de bienes jurídicos; así véase GÓMEZ PAVÓN, Pilar. "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 53, Edersa, Madrid, 1994, pp. 449-450.

(21) El análisis de la determinación del bien jurídico protegido constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad, como lo señalan COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ATÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 319.

(22) Es este sentido DURRIEU, Roberto (h). "El bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero". En: *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Tomo 71, N° 1, Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p. 10, sostiene que: "La ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad. De este modo, se puede afirmar que cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se construye sobre la base de un bien vital para la sociedad o el individuo".

(23) Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* J.M Bosch, Barcelona, 1992, p. 286: "La teoría de los procesos de incriminación, que desembocan en la tipificación de una determinada conducta como delictiva (punible), se halla presidida por dos aspectos: en primer lugar, por la determinación de cuales hayan de ser los '*bienes jurídicos penalmente protegibles*'; en segundo lugar, por la creación práctica del *principio de fragmentariedad* [...], una conducta no puede ser incriminada si no se dirige contra un 'bien jurídico-penal'; sin embargo, aun constituyendo una agresión contra un bien que presente tal naturaleza, cabe que no sea susceptible de ser incriminada, si no supone una forma de ataque tan grave como para requerir su tipificación penal".

(24) Código Penal de 1991
"Artículo IV.- Principio de lesividad: La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".
El Proyecto de Código Penal de 2004, igualmente recoge la idea de que para la imposición de la pena se necesita de la afección de bienes jurídicos, reconociéndose incluso la posibilidad de proteger en casos excepcionales a bienes jurídicos colectivos mediante el instituto de los delitos de peligro abstracto, aunque su formulación legal no es del todo clara. Veamos:
Anteproyecto de Código Penal de 2004
"Artículo IV.- La pena precisa la lesión o puesta de peligro concreto o idóneo de bienes jurídicos tutelados por la ley. Solo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico".
Con mejor técnica legislativa el Anteproyecto de Código Penal de 2009, acoge la idea de que la finalidad del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, ya sean individuales o colectivos, mediante, y ahora si se prescribe claramente, el uso de los delitos de peligro concreto o abstracto.
Anteproyecto de Código Penal de 2009

En tal sentido los tipos penales –como sostiene correctamente Fernández Carrasquilla[25]– encuentran su razón de ser y los límites de su funcionamiento en la tutela punitiva de determinados bienes jurídicos. Es por la lesividad (real o potencial) para tales bienes –y, por tanto, para la paz y la subsistencia sociales– por la que la ley erige en delito, es decir, amenaza con pena criminal una determinada conducta.

Como señala con claridad Lascuraín Sánchez: "El bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal que surge contra él. Y esta comprensión sintética del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites, para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo, para evaluar la legitimidad de su tipificación y de su pena"[26].

Ahora bien, con respecto al objeto de tutela en el delito de peculado de uso, en la doctrina es lugar común considerar que el bien jurídico general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la función pública al interior de la Administración Pública.

El bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado de uso es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber especial encomendado en razón del cargo que desempeñan. El bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en el cuidado de los bienes muebles especificados en el tipo penal, que le han sido encomendados en razón de su cargo o que están bajo su guarda. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se hayan

"Artículo IV.- La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por la ley".

(25) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental. Vol. II-Teoría general del delito y punibilidad*, 2ª edición. Themis, Bogotá, 1998, p. 37.

(26) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Bien jurídico y objeto protegible". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LX-2007. Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p.127. Asimismo, sostiene el citado autor que la función de exposición y síntesis que desempeña el bien jurídico no sirve solo a fines interpretativos. La segunda gran utilidad del concepto es la de facilitar el juicio de coherencia de la realidad protegida con los valores del sistema: conocer si lo protegido es legítimamente protegible. Junto a la función interpretativa es quizás la principal del bien jurídico la de mostrar el fi n de protección de la norma para que se pueda cuestionar su justificación a través del principio de proporcionalidad (ibídem, p. 131).

infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la administración o custodia de los bienes muebles del Estado, el delito de peculado de uso no se configura[27].

III. TIPICIDAD SUBJETIVA

La configuración típica de este delito requiere que el agente haya actuado con dolo, el mismo que ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal materia de estudio en este trabajo; esto es la naturaleza estatal de los bienes y que estén bajo su custodia funcional.

IV. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la utilización o uso de los bienes muebles del Estado o de particulares, pero que están bajo la guarda de la Administración Pública. Desde el momento en que se inicia la utilización de los bienes públicos en propio beneficio o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

V. CAUSAL DE ATIPICIDAD DE PECULADO DE USO. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO TORRES GONZALES, EXALCALDE DE CHICLAYO

1. La causal de atipicidad del peculado de uso

El último párrafo del artículo 388 del Código Penal recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ella se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa vehículos motorizados pertenecientes a la Administración Pública, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. La atipicidad se presenta solo cuando se trate de vehículos. Aquí debe precisarse que habrá atipicidad siempre y cuando el mismo funcionario o servidor público utilice el vehículo destinado a su servicio personal, para fines ajenos al servicio.

(27) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 379.

Sobre esta causal de atipicidad profundizaremos algo más en el siguiente apartado, cuando tratemos sobre un caso concreto y de la mayor relevancia en el ámbito del Derecho Penal nacional. Veamos.

2. El caso del exalcalde de Chiclayo: Roberto Torres Gonzales

Ahora nos centraremos en un caso concreto sobre peculado de uso, y en especial lo referente a la causal de atipicidad prevista en el último párrafo del artículo 388 del CP peruano. El caso es el referido al exalcalde de la ciudad de Chiclayo: Roberto Torres Gonzales.

Dicho caso muestra una gran relevancia, por los criterios que se adoptan acerca de la causal de atipicidad del peculado de uso, donde hasta el Tribunal Constitucional expresó su propio criterio de interpretación de dicha excepción típica, en un claro exceso de sus funciones y, además, condicionando el futuro fallo que debía realizar la Sala Penal de Apelaciones, tal como veremos en el presente trabajo.

Empezaremos por anotar los hechos de relevancia penal en este caso, luego nos enfocaremos en el camino que ha recorrido dicha causa penal, tanto en la justicia ordinaria como en la constitucional, para regresar nuevamente a manos de la justicia ordinaria y cómo esta ha resuelto, para finalmente –y a partir de nuestra concepción sobre la causal de atipicidad en el peculado de uso– comentar críticamente la resolución (segunda sentencia) que emitió la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a consecuencia de lo que resolvió el Tribunal Constitucional en su oportunidad.

2.1. Hechos probados

Partimos de los siguientes hechos probados, los mismos que en ningún momento fueron cuestionados por la defensa técnica del entonces procesado.

El traslado de los hijos del procesado Roberto Torres Gonzales, en la camioneta de la Municipalidad Provincial de Chiclayo asignada para su uso personal en su condición de alcalde, los días veinticinco de enero y tres de febrero del dos mil once, desde el local de dicho municipio hasta el Jockey Club de esta ciudad, ubicado en la avenida Los Incas del distrito de La Victoria, ello debido a que en dicho centro de esparcimiento los hijos de Roberto Torres Gonzales llevaban cursos de verano. En la primera de las fechas aludidas el burgomaestre

se encontraba participando en una Sesión Extraordinaria del Concejo Municipal, mientras que en la segunda oportunidad se hallaba de viaje en la ciudad de Lima.

En la medida que en ningún momento se cuestionó la existencia de tales hechos, la controversia giró, y es lo que se analizará en el presente comentario, con relación a la valoración de tales hechos, esto es, determinar si los mismos se encuadran en la excepción de tipicidad del delito de peculado de uso (último párrafo del artículo 388 del CP) o si, por el contrario, se encuentran extramuros de esta, y por lo cual entonces debió considerarse típica la conducta del señor Alberto Torres Gonzales.

2.2. Resolución del caso según el Sétimo Juzgado Unipersonal Supraprovincial Penal de Chiclayo

Entre órgano judicial termina absolviendo al señor Alberto Torres Gonzales del delito que se le imputaba. Para llegar a tal conclusión, el juzgado sostiene –entre los aspectos más importantes– lo siguiente:

- El juzgado señala que el delito de peculado de uso "requiere como elementos típicos: a) **Sujeto Activo.** Funcionario público en relación con los bienes públicos que haya recibido como instrumentos de trabajo. Los instrumentos de trabajo constituyen bienes 'administrados' por los funcionarios que son recibidos por este con la finalidad de emplearlos en el desempeño de sus labores funcionariales; b) **Uso privado.** Implica un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. Pero el uso de los bienes debe ser además privado, es decir, debe producirse con fines ajenos a la función pública; también se sanciona el permitir usar, es decir, el comportamiento omisivo doloso que consiste en tolerar, consentir, autorizar que otra persona distinta (natural o jurídica) dé aplicación privada de uso a los bienes públicos, c) **Beneficio propio o ajeno**; d) **Instrumentos de trabajo.** Este concepto es muy amplio, no obstante lo cual el propio tipo penal establece una pauta orientadora al destacar, a manera de ejemplo, a los vehículos y maquinarias. Debe entenderse, entonces, que solamente se trata de todo tipo de herramientas, máquinas, vehículos o aparatos indispensables para

el desempeño de una función pública (...) Por expresa disposición del artículo 388, tercer párrafo, no se considerarán como 'instrumentos de trabajo' a los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo. La exención parece ser absoluta (si no, no tendría sentido su previsión específica) para todo 'uso privado' que dé el funcionario al vehículo motorizado que se le haya entregado para que cumpla con sus funciones públicas; e) **Dolo.** No se exige ánimo de lucro (Abanto Vásquez, Manuel A., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra Editores, Lima 2003, páginas 373 a 376)"[28].

- Asimismo, agrega que "el **bien jurídico** protegido es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, 1999, página 278)"[29].
- Que, en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal se precisa que "No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo". Que, este párrafo del artículo 388 del Código Penal establece un ámbito de excepción típica pues, como señala el autor nacional aludido, (obra citada, página 281 y 282) "el servicio personal por razón del cargo le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales y del servicio imponen. Incluso, por vía de interpretación extensiva cubre también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes".- Más aún, dicho autor en una obra jurídica reciente (*El delito, preparación, tentativa y consumación*,

(28) Sétimo Juzgado Unipersonal Supraprovincial Penal de Chiclayo. Exp. 1488-2011, resolución número quince (sentencia), del 26 de diciembre de 2011, considerando primero.
(29) Ídem.

Idemsa, 2009, páginas 625 y 626) al referirse a este párrafo señala que "Interesa en particular determinar que el uso de vehículos motorizados que han sido destinados al servicio personal por razón del cargo, en tanto acto de irrelevancia penal, tiene un contenido significativo especial al utilizar el legislador las frases '*destinado al servicio personal por razón del cargo*'. En efecto, no es que dichos vehículos se hallen destinados a actos inherentes, vinculados o propios del cargo, sino que es precisamente por el cargo desempeñado (por el sujeto público) que la ley le otorga la facultad de destinar al vehículo a fines personales, y por ello se comprende la amplia gama de acciones e interacciones que constituyen el ámbito privado y social del funcionario beneficiado, **constituyendo el límite** lo antiético **o lo ilícito** para los que son utilizados dichos bienes. Por lo mismo, si el funcionario autorizado a usar en tales destinos personales el automóvil o la camioneta va en él al mercado, la universidad o lleva en su interior a la esposa, los hijos, los padres, la enamorada, o los padres de esta, en tanto línea de acción no sistemática, o excepcionalmente autoriza a un tercero desarrollar sus asuntos personales con el citado vehículo automotor, todos ellos son actos abarcados por la permisión legal del destino personal del vehículo asignado, descartándose por lo mismo la injerencia penal para calificar tales actos a título de delito de peculado de uso"(30).

- El juzgado termina sosteniendo que: "Habiéndose acreditado que el vehículo de placa **PIO-062** en la época de los hechos se encontraba asignado a disposición del Alcalde acusado las veinticuatro horas del día, esto es, se trataba de un **vehículo motorizado destinado al servicio personal por razón del cargo** del acusado, hecho que incluso fue señalado por el Representante del Ministerio Público en su alegato de apertura, vale decir en su teoría del caso, al afirmar que el acusado 'Ha hecho uso indebido de camioneta PIO-062 asignada a uso personal por razones de su cargo', se establece que la conducta desplegada por el procesado –disponer se transporte a sus hijos y al testigo Juan Martín Villanueva Velezmoro al local del

(30) Ídem.

Jockey Club de esta ciudad en dicho vehículo– se encuentra dentro del ámbito de excepción típica prevista en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal y, los hechos ocurridos descritos en los puntos anteriores, son hechos que se encuentran dentro de la excepción típica, esto es, dentro de la permisión legal del destino personal del vehículo asignado, más aún es de verse que estos eventos no sobrepasan el límite de lo ilícito, esto es, no constituyen hechos que denoten ilicitud.- Debiendo señalarse además que tampoco se afirmó, ni menos se acreditó, que el vehículo PIO 062 haya tenido una condición distinta al destino personal por razón del cargo, esto es, que no se imputó en ningún momento que haya tenido la condición de 'instrumento de trabajo' que, como se ha visto de la información doctrinaria nacional invocada, se requiere para la existencia de un elemento típico"(31).

El análisis de los argumentos señalados por el Sétimo Juzgado Unipersonal Supraprovincial Penal de Chiclayo fueron analizados y rebatidos correctamente por la Segunda Sala Penal de Apelaciones –merced al recurso de apelación presentado por la fiscalía–, tal como veremos a continuación, razón por la cual no consideramos necesario –al menos en este momento– realizar comentario alguno sobre la resolución del juzgado penal aludido.

2.3. Resolución del caso según la primera sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque(32)

A consecuencia de la apelación presentada por la Fiscalía, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque se pronuncia revocando la sentencia absolutoria de primera instancia, y reformándola condenan al señor Roberto Torres Gonzales por el delito de peculado de uso y le impuso dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución sujeto a reglas de conducta

(31) Ibídem, considerando segundo.
(32) Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-O6. Resolución número veinticinco del 22 de mayo de 2012) puede ser consultada en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 36, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, pp. 163-170.

y al pago de la suma de seis mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Los principales argumentos en que se basó la citada Sala Penal para emitir sentencia condenatoria fueron los siguientes:

- En primer lugar, la Sala Penal de Apelaciones distingue entre: "Interpretación general y restringida del peculado de uso (artículo 388 del CP). Los términos *"usar"* o *"permitir que otro use"*, señalan una acción típica de *resultado,* propia de todo *autor cualificado* –funcionario o servidor público–, el mismo que viene impuesto por el propio artículo 388 CP –primer párrafo–. En su parte *in fine, se excluye a los "vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo"*. La *exclusión* "vehículos motorizados" del género "vehículos", a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un *servicio público sino por criterio de funcionalidad:* "estar destinados al *servicio personal por razón del cargo*", excepción que como tal debe interpretarse en forma *restringida,* no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón de cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae* (cfr. lo previsto por el artículo 10 del Código Penal: "las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes").

  El Colegiado da cuenta que la razón de la norma es loable. Si esta se aplicara en toda su extensión y realidad, muy pocos agentes públicos se salvarían, pues es de público conocimiento que a diario se utilizan los vehículos del Estado. No hay duda del enorme perjuicio que ello ocasiona, si sumáramos todos los gastos ajenos al servicio (combustible, salario de chofer, pago de peajes, desgaste de vehículo, lavado y mantenimiento, etc.). Por eso, muchos sostienen que, para que esta figura no resulte lírica, hay que aplicar con todo rigor la norma y su excepción prevista en el artículo 388 CP, sobre todo cuando están de por medio altos funcionarios públicos. Por tanto, no se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que *no está fuera del concepto de servicio y*

uso de un vehículo del Estado –asignado a un Funcionario las 24 horas del día–, el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos, y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su *cargo, movilidad y seguridad,* se *extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su Jefatura* (cfr. por todos, Jesús BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública.* Themis, Colombia; y Manuel ABANTO VÁSQUEZ. *Delitos contra la Administración Pública.* Palestra, Perú)"[33].

- En lo referente al juicio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sostiene la Sala Penal de Apelaciones que: "La figura del *peculado de uso* materia de imputación contra el acusado, brota de modo natural y objetivo, exhibiéndose como un estado antijurídico y culpable, de mayor reproche y desvaloración, por venir atado a una posición clara de abuso de atribuciones funcionariales, como es el cargo de Alcalde que ostenta el acusado Roberto Torres Gonzales. Para la aplicación del artículo 388 CP y su excepción, ha de partirse, necesariamente, del hecho de encontrarse probado el *supuesto de hecho* materia de acusación. En efecto, de la *valoración de la prueba de cargo* –aportada por la acusación y glosada en la Sentencia–, aparece que estas no ha sido impugnadas o cuestionadas en la forma de rito (sustancial) por el acusado y la defensa técnica. Por tanto, el Colegiado para valorarla, lo hace en forma conjunta, empezando por respetar los principios aplicables a la valoración de los medios probatorios, como son, entre otros: i) los de *inmediación judicial*: en este caso, con la presencia del acusado en la audiencia anterior absolviendo las aclaraciones formuladas por el Director de Debates; ii) la visualización de las *fotografías* tomadas *in fraganti* e *in situ* por parte de la Fiscalía que se encargó de verificar las denuncias periodísticas sobre mal uso del vehículo de la Municipalidad de Chiclayo, asignado al Alcalde Torres Gonzales; iii) las diversas *testimoniales* recibidas y actuadas en juicio; iv) las de

(33) Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-O6. Resolución número sesenta y ocho del 16 de setiembre de 2013, considerando cuarto.

comunidad probatoria, presentadas por la Fiscalía y acusado; v) de *unidad probatoria*, al tener que compulsarse las pruebas actuadas en juicio, conforme al NCPP"[34].

- Y por último al determinar **el tipo objetivo del artículo 388 del CP**, la Sala Penal de Apelaciones afirma: "a) sujeto activo: el acusado Roberto Torres Gonzales tiene la condición de *funcionario público,* del más alto nivel en la administración de la MPCH, puesto que ostenta el cargo de Alcalde Provincial; b) conducta típica: uso a favor de terceros y para fines totalmente ajenos a la administración municipal (servicio de movilidad a sus hijos en actividades recreacionales en el Jockey Club Chiclayo), de un bien público consistente en una Camioneta asignada en exclusividad al alcalde acusado Torres Gonzales; c) materialidad del ilícito: un bien mueble perteneciente a la MPCH, según se acredita con el informe de Sunarp; d) elemento subjetivo: la conducta típica es a título de dolo, pues, el propio acusado se ha encargado de corroborarlo cuando menos respecto del uso de la camioneta el 3 de febrero de 2011, aunque sesgando la circunstancia en evidente mala justificación (en su declaración de fojas 195, de la Carpeta Fiscal, alega 'que tal día se había encontrado en Lima, pero había ordenado el día anterior que en el vehículo de la incriminación se haga las coordinaciones y vaya al Jockey para realizar gestiones, siendo que la Camioneta quedó a cargo de la Coordinación de Alcaldía; dicha persona sí fue al Jockey porque yo le di esa función'); e) sujeto pasivo: Municipalidad Provincial de Chiclayo (Estado)"[35].

2.4. El conocimiento del caso por parte del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) mediante la STC Exp. N° 04298-2012-PA/TC, por mayoría[36], declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por el alcalde provincial de Chiclayo, Roberto

(34) Ibídem, considerando séptimo.
(35) Ibídem, considerando décimo.
(36) El Pleno del Tribunal Constitucional estuvo integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda. Se contó con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el voto también singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, así como el voto dirimente del magistrado Eto Cruz.

Torres Gonzales Cisneros, al considerar que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque –que, en segunda instancia, lo condenó por el delito de peculado de uso– había afectado su derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

El TC se pronuncia interpretando la excepción establecida en el tercer párrafo del artículo 388 del CP sobre el peculado de uso, la cual señala: "No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo". A juicio del TC, la interpretación de esta excepción hecha por la mencionada Sala Penal resulta rígida y restrictiva, por lo que procede a ampliarla, concluyendo que la justificación que efectuó es insuficiente, disponiendo que emita un nuevo pronunciamiento.

Para la Sala Penal, la citada excepción del tipo penal –como hemos visto– se sustenta en un criterio de funcionalidad, por "estar destinados [los vehículos motorizados] al servicio personal por razón del cargo", excepción que, como tal, debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse al concepto "servicio familiar por razón del cargo"; de forma tal que no debe distorsionarse tal excepción normativa para justificar el uso de un vehículo del Estado –asignado a un funcionario las 24 horas del día–, para trasladar a su esposa, hijos, amigos y terceros en general, aduciendo que su cargo, movilidad y seguridad, se extiende a toda su familia, parientes y amigos.

El TC, por su parte, considera que la apreciación de la Sala Penal es correcta pero insuficiente; correcta en cuanto entiende que "el uso personal del vehículo" excluye el "uso familiar", e insuficiente por no dejar en claro que no cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica; asimismo, señala que existe una motivación insuficiente en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un "uso familiar" con respeto al tipo penal en cuestión no es delictivo. En el caso específico, el TC sostiene que la Sala no precisó por qué el hecho de que los hijos del alcalde hayan sido trasladados a un centro recreacional en el vehículo oficial un día en que aquel había viajado a la ciudad de Lima, constituye un "uso familiar" del vehículo ajeno a todo margen de razonabilidad.

Con respecto a ello surgen las siguientes interrogantes: ¿corresponde al TC interpretar cuándo se configura un ilícito penal, así como

las excepciones a la tipicidad de este? ¿La motivación de la sentencia condenatoria fue realmente insuficiente? Y entrando al terreno de lo estrictamente penal: ¿se requiere un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por parte de terceros para configurar el peculado de uso, como así parece entenderlo el TC, o basta con una sola conducta del autor? Trataremos de dar respuesta a las interrogantes planteadas en las siguientes líneas.

Con respecto a la primera interrogante, el TC se extralimita en el ejercicio de sus funciones, pues la comprensión e **interpretación** de los tipos penales en los casos concretos corresponde únicamente al juez ordinario –y no al juez constitucional–, siempre que las exteriorice con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En otras oportunidades el propio TC ha dejado en claro que no es tarea del juez constitucional valorar si la conducta de alguien se encuadra dentro de un tipo penal determinado; así ha señalado que: "No es función del juez constitucional proceder a la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal; esto es, la calificación específica del tipo penal imputado; tampoco el establecimiento de la inocencia o responsabilidad penal del procesado, pues ello es tarea exclusiva del juez ordinario"(37).

El TC, al señalar cómo debe interpretarse el tipo penal de peculado de uso y su excepción legal prevista y determinar, según su criterio, la correcta aplicación del aludido tipo penal está realizando un reexamen de la sentencia condenatoria, lo cual está impedido de hacer, pues ello es una función de no le pertenece, en tanto ello le corresponde al juez ordinario (juez penal).

Y es que la revisión de una decisión jurisdiccional, sea esta absolutoria o condenatoria, implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas, competencia que es propia de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional.

Sobre el particular el magistrado Vergara Gotelli, en su voto singular afirma correctamente que: "el accionante mediante esta vía (proceso de amparo) pretende que el juez constitucional se pronuncie respecto a materias ajenas a la tutela de derechos fundamentales; y es que tanto la admisión, valoración y/o la determinación de la suficiencia

(37) STC Exp. Nº 01645-2010-PHC/TC, STC Exp. Nº 03524-2012-PHC/TC, entre otras.

de los medios probatorios, como la comprensión e interpretación de los dispositivos legales vigentes, son asuntos que corresponden ser dilucidados únicamente por el juez ordinario al momento de expedir sus pronunciamientos y, por tanto, escapan del control y competencia del juez constitucional, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte de la autoridad emplazada que ponga en evidencia la violación de derechos de naturaleza constitucional, lo que no ha ocurrido en el presente caso"(38).

En cuanto a la segunda interrogante, si bien es legítimo que el Tribunal Constitucional analice si hubo o no una debida motivación, lo cierto es que se equivoca en considerar que la motivación de la Segunda Sala Penal de Apelaciones fue deficiente, pues se puede observar que en modo alguno existe una insuficiente motivación, al punto que la Sala interpreta la excepción prevista en el artículo 388 y realiza un ejemplo comparativo para determinar que la conducta del alcalde constituye peculado de uso. La interpretación realizada por la Sala, conlleva a diferenciar el "servicio personal", del "servicio familiar" o del "servicio amical", de un vehículo motorizado, para aplicar la excepción solamente al servicio personal del funcionario y excluirlo de las demás posibilidades de servicio.

La Sala Penal emplazada expresó que: "La exclusión de vehículos motorizados del género vehículos a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: 'estar destinados al servicio personal por razón del cargo', excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto 'servicio familiar por razón del cargo', pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae*. (...) [N]o se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso de un vehículo del Estado –asignado a un funcionario las 24 horas del día– el llevar y traer, por ejemplo, a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su cargo, movilidad y seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura"(39).

(38) STC Exp. N° 04298-2012-PA/TC, voto singular magistrado Vergara Gotelli, f. j. 8.
(39) STC Exp. N° 04298-2012-PA/TC, f.j. 16.

Como se observa, la Sala no solo interpreta el alcance de la excepción de tipo al peculado de uso, sino que además señala –conforme a dicha interpretación– que no cabe dentro de la excepción mencionada, por ejemplo, llevar y traer de una playa a la esposa, hijos, conviviente y amigos de un funcionario; supuesto que es similar al de trasladar a sus hijos a un centro recreacional en el vehículo oficial, estando el funcionario ausente de la ciudad. ¿Acaso se puede entender que trasladar a cualquier familiar del funcionario a un centro recreacional en un vehículo oficial forma parte de la excepción "estar destinados al servicio personal por razón del cargo", más aún cuando dicho funcionario se encontraba fuera de la ciudad?

Y es que no debe ser olvidado que la excepción prevista en el artículo 388 del CP se compone de dos extremos: "servicio personal" y "por razón del cargo", no se trata de un "servicio personal" a secas. Este segundo extremo le da sentido y legitimidad al primero, de modo que delimita el alcance del uso que puede ser dado al vehículo que se le asigna. Una es la causa y la otra es la consecuencia: por causa de que es funcionario público se le asigna un medio para su servicio personal, por lo que resulta siendo razonable que el medio se destine al uso del funcionario para realizar actividades incluso familiares y amicales, pero necesariamente vinculadas con las personales del alcalde que tengan algún grado de relación con el ejercicio del cargo. Si el medio se emplea para realizar actividades personales o familiares en ningún grado vinculadas con el ejercicio del cargo, tal uso sería ilegítimo[40].

Teniendo en cuenta que el uso cuestionado fue el utilizar la camioneta propiedad de la Municipalidad de Chiclayo para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo para realizar actividades recreacionales, entre otros días, uno en que el alcalde no se encontraba en Chiclayo, dado que había viajado a Lima. De este hecho es posible concluir que era manifiesto que el uso de la camioneta no tenía relación alguna con ninguna actividad personal del alcalde relacionada con el ejercicio del cargo público. La razón es precisamente la actividad recreativa que los hijos desarrollarían en el club, sumado a la ausencia del alcalde. En efecto, toda duda acerca de si el vehículo fue empleado

(40) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Sobre cómo el Tribunal Constitucional trasgrede el margen de acción del juez y otras tristezas". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 65, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2013, p. 22.

para la realización de alguna actividad familiar del alcalde vinculada con alguna actividad personal que el alcalde debía realizar en ejercicio del cargo público queda descartada con la presencia conjugada de dos datos: primero, que el transporte fue para que los hijos realicen una actividad una actividad recreativa en el club; y segundo, que el transporte se realizó sin la presencia del alcalde porque este se encontraba en la ciudad de Lima[41].

En tal sentido, consideramos que la Sala Penal expuso justificadamente las razones que dieron sentido a su fallo. Así, "en el devenir del presente proceso no se aprecia alguna irregularidad que denote afectación de los derechos invocados, pues **los fundamentos que respaldan los pronunciamientos se encuentra razonablemente expuestos en la sentencia cuestionada, y al margen de que éstos resulten o no compartidos en su integridad, constituyen justificación suficiente que respaldan las decisiones jurisdiccionales adoptadas, según la norma pertinente, por lo que no procede su revisión a través del proceso de amparo.** Por consiguiente, al no advertirse que los hechos cuestionados incidan sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados, corresponde desestimar la demanda de amparo conforme al artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional"[42].

Por último, y en lo referente a la tercera interrogante, el TC arrogándose funciones que le competen a la justicia ordinaria, realiza una incorrecta interpretación del tipo penal en alusión, al dar a entender que el peculado de uso se configuraría solo cuando se trata de un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por personas distintas del funcionario. Sin embargo, en ninguna parte del artículo 388 del CP se plantea la exigencia de un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por terceros para la configuración del delito, por lo tanto, dicha interpretación no resulta respetuosa del principio de legalidad penal, y es más, va en contra del texto de la ley.

Como hemos visto al comienzo de este trabajo, conforme al texto legal, el peculado de uso es un delito de mera actividad, implica aprovecharse del uso del bien sin tener el propósito final de apoderarse

(41) Ibídem, p. 23.
(42) STC Exp. N° 04298-2012-PA/TC, voto singular del magistrado Vergara Gotelli, f. j. 9 (resaltado añadido).

para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien.

Asimismo, el delito se configura cuando el funcionario usa o permite que el bien sea utilizado por terceros con finalidad ajena a la función. El núcleo rector es usar o permitir usar. Este verbo consiste en servirse de la utilidad o ventaja, sin derecho o sin debida autorización, que brinda el vehículo, la máquina u otro instrumento de trabajo destinado al servicio oficial. Usar es un comportamiento activo en provecho o goce del sujeto activo. Permitir que otro use, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente consienten el uso de dichos bienes por terceros.

Conforme de la redacción legal del delito de peculado de uso (artículo 388 del CP) no existe la exigencia (como al parecer lo entiende el TC) de que ese uso sea sistemático y exclusivo con fines ajenos a la función oficial. Aparte de que la interpretación efectuada por el TC no se condice con el texto legal del tipo penal en cuestión tomar partido por tal parecer implicaría reducir en demasía la aplicación del delito de peculado de uso, pues bastaría con que el funcionario use de vez en cuando el vehículo oficial para el ejercicio de su función para sostener que los usos extraoficiales que también se le han dado al vehículo oficial no han sido sistemáticos y menos exclusivos, de modo que no se configura el delito en comentario, con lo cual se burlaría de la manera más sencilla el texto de la ley, tornando aún mucho más endeble la lucha contra la corrupción.

2.5. Resolución del caso según la segunda sentencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque[43]

La resolución del Tribunal Constitucional obligó a que la Segunda Sala Penal de Apelaciones emita una nueva sentencia sobre el caso en comento, pero no solo ello, sino que al excederse de sus funciones e interpretar el tipo penal era previsible que condicionaría el sentido del fallo que debía emitir la justicia ordinaria, lo que efectivamente ha

(43) Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-O6. Resolución número sesenta y ocho del 16 de setiembre de 2013, puede ser consultada en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014, p. 183 y ss.

ocurrido. Así, pues, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, integrada por diferentes magistrados con respecto a aquellos que emitieron la primera sentencia de este caso, terminó absolviendo al procesado con muy parecidos criterios a los que expusiera el Tribunal Constitucional, por lo que en principio son predicables los mismos comentarios críticos que hemos realizado a lo que sostuvo el Tribunal Constitucional con relación a la causal de atipicidad del peculado de uso. Conviene, sin embargo, realizar algunas anotaciones precisas a lo que ha sostenido la Segunda Sala Penal de Apelaciones, con la finalidad de aclarar aún más nuestra posición del por qué no se puede estar de acuerdo con el fallo que emitieron. Veamos:

La causal de atipicidad del delito de peculado de uso prevista en el último párrafo del artículo 388 del CP se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa vehículos motorizados pertenecientes a la Administración Pública, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. Si bien habrá atipicidad cuando el vehículo sea utilizado con fines ajenos al servicio, ello solo se dará cuando se trate de un uso personal o beneficio personal del funcionario o servidor público. Incluso, se presenta la atipicidad cuando el funcionario o servidor público a cuyo servicio está el vehículo, vaya en el interior de este acompañado de familiares o terceras personas.

De igual modo, aparece la atipicidad si el sujeto público dispone que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo a determinado lugar con la finalidad de realizarle una gestión personal del funcionario (v. gr. traslado a una agencia bancaria para hacer pagos mensuales por el uso de tarjetas de créditos, a la municipalidad a realizar pagos de tributos, a la universidad a recoger un documento académico del sujeto público, a los juzgados o a la Fiscalía a verificar el estado del proceso donde el sujeto público está procesado, etc.).

De la misma manera, será atípica la conducta cuando el funcionario público disponga que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo que se le ha asignado a determinado lugar con la finalidad de realizar un acto propio de la función pública (v. gr. se traslade a su domicilio a recoger documento que olvidó, propio de

su labor diaria, a una comisaría a recoger información antes solicitada, al juzgado o fiscalía a verificar el estado del proceso donde la institución pública respectiva aparece como agraviada, a otra institución pública a dejar o recoger documentos, etc.)[44].

Por el contrario la conducta será típica cuando el funcionario o servidor público dispone u ordena al chofer de la movilidad asignada que traslade de un lugar a otro a sus familiares o terceros a fin de que estos realicen actos personales o actos en su directo y propio beneficio (de los familiares o de los terceros). Por lo tanto, se incurre en peculado de uso cuando el agente público dispone que la movilidad traslade a algún familiar o a un tercero al gimnasio, a la playa, al mercado para hacer sus compras, a efectuar una visita familiar o amical, a una reunión social, o traslade al colegio a sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. El caso en comento, calza dentro de este último supuesto, siendo por lo tanto típico.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de nuestro país en un caso por demás similar al que se analiza en este trabajo; así, en el R.N. N° 1297-2012-Ica[45] donde condena por el delito de peculado de uso al Sr. Mariano Nacimiento Quispe, alcalde provincial de Ica, por cuanto utilizó la camioneta que se le asignó para fines ajenos al servicio público, fines que consistían en recoger a sus hijos del colegio y trasladarlos a su domicilio. Dicho traslado era realizado no por el alcalde, sino por el chofer que también se había sido asignado.

Por otro lado, como lo decíamos, la Segunda Sala Penal de Apelaciones sigue casi al pie de la letra lo que sostuvo el Tribunal Constitucional sobre el criterio de que para se configure el peculado de uso debe tratarse de un uso sistemático para que se configure el tipo penal. Así señala que:

> "9.2. Atendiendo que solo fueron dos las oportunidades en se usó dicho vehículo para trasladar a los hijos menores del alcalde, claramente nos encontramos ante un uso circunstancial del vehículo asignado por razón del cargo, no pudiéndose sostener en

(44) SALINAS SICCHA, Ramiro. "El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 57, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2014, p. 151.

(45) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. R.N. N° 1297-2012-Ica, del 17 de enero de 2013, cuyo texto íntegro puede ser consultado en *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 58, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2014, pp. 182-188.

consecuencia, que dicho vehículo había sido destinado en forma exclusiva o permanente al uso familiar, supuesto ante el cual no opera la exención de tipicidad.

9.3. Siendo únicamente dos las oportunidades, de las cuales solo una se habría producido cuando no se encontraba el procesado en esta ciudad, tales hechos no pueden ser calificados como un uso abusivo y desmesurado del mencionado vehículo en actos privados distintos a la función del alcalde.

9.4. Al no poderse calificar como un acto abusivo y desmesurado, los criterios para determinar si dicha conducta están fuera de la exención de tipicidad, tienen que ser obtenidos en virtud de los principios de iluminan el Derecho Penal como son de legalidad, lesividad y mínima intervención"(46).

Aquí, además de poder formular las mismas críticas que contra los argumentos del Tribunal Constitucional se formularon con respecto a este punto, conviene –atendiendo a los propios principios aludidos por la Sala Penal– sostener lo siguiente: en tanto la ley (art. 388 del CP) no exige que para que se configure el peculado de uso se le debe dar un "uso exclusivo" y "sistemático" del bien con fines ajenos al servicio, y menos aún que los "usos familiares" de los vehículos asignados al funcionario para su "uso personal por razón del cargo", sean igualmente permanente o sistemáticos para que tal conducta quede extramuros de tal dispensa; entonces, ¿es conforme, o por el contrario va contra el propio principio de legalidad, que los jueces exijan tales requisitos de "permanencia" y "sistematicidad" que no prevé la ley, para que recién se determine el peculado de uso? La respuesta no puede ser otra, más que sostener que exigir lo que la ley no exige es ir contra el principio de legalidad.

Si bien es legítimo darle un sentido interpretativo a la ley, lo cierto es que cualquier interpretación debe partir de lo que efectivamente dice la ley, y si esta es clara e inequívoca, entonces no puede dársele un significado diferente, y menos contrario a lo que expresa. Otra cosa es que no se esté de acuerdo con lo que ella regula, pero ello no

(46) Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque- Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-O6. Resolución número sesenta y ocho del 16 de setiembre de 2013, puede ser consultada en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.

puede dar lugar a que se le pretenda decir lo que ella no dice y así aplicarla. Si no se está de acuerdo con la regulación de una norma y solo en caso de que se considere que va en contra de otra ley o de principios, su inaplicación debe seguir las vías que regula la Constitución.

En cuanto a lo referente al principio de lesividad, para determinar si se ha superado este principio se debe precisar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal. La Segunda Sala Penal de Apelaciones, al respecto, refiere que el bien jurídico sería el correcto uso de los bienes del Estado por parte de los funcionarios o servidores públicos dentro del marco de la disponibilidad permitida por la Administración Pública, también hace alusión a que existen opiniones que estiman que el bien jurídico sería el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan; y, por último, citando a Rojas Vargas, sostienen que para este autor el bien jurídico se encontraría en el "normal desenvolvimiento de la Administración Pública" y la "buena imagen institucional". Entonces, veamos, el uso por familiares o terceros del vehículo asignado al funcionario público por razón del cargo ¿es un uso correcto de los bienes del Estado? Consideramos que no, ya hemos señalado a lo largo del trabajo cómo es que se debe entender la exención de tipicidad del peculado de uso y, por ende, cuándo se trata de un uso correcto y cuándo no; por lo tanto, existe lesividad. Si los funcionarios permiten ese uso, que nada tiene que ver con el asignación para uso personal por razón del cargo, queda claro que se vulnera el deber de lealtad de los funcionarios públicos para con respecto a la Administración Pública y al cargo que desempeñan; y además, con todo ello ¿acaso no se daña la imagen institucional? Por supuesto que se daña la imagen institucional.

Ahora bien, en relación con el principio de mínima intervención, se tiene que en virtud de este principio el Derecho Penal tiene el carácter de subsidiario, esto es, que intervendrá como último recurso, o, en otras palabras, en casos estrictamente necesarios ante situaciones que no hayan podido ser resueltas por otros medios de control social. Entonces, el criterio que rige para la aplicación del Derecho Penal es analizar la necesidad de su intervención en cada caso en concreto. Siendo así, si los legisladores han considerado que conductas como las que se analizan en este comentario son conductas que merecen y a la vez necesitan ser controladas por la vía penal, y además en el caso en

concreto se ha verificado que se ha producido una afectación al bien jurídico protegido (principio de lesividad) y a la vez se cumple con lo que estipula el artículo 388 del CP (principio de legalidad) y no existe ninguna circunstancia que justifique, atenúe, o excluya la responsabilidad penal del agente, entonces es necesario que el intervenga el Derecho Penal, pues se ha cumplido con respetar el contenido del principio de mínima intervención.

Por otro lado, cabe anotar que la Segunda Sala Penal de Apelaciones cita las obras de diversos autores como "criterios doctrinarios que apoyan la decisión" tomada por la propia Sala. Entre dicho autores citan a Salinas Siccha. La Sala señala: "En efecto, Salinas Siccha, por ejemplo, refiriéndose a la exención de tipicidad prevista en la norma sostiene: 'El último párrafo recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ella se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos motorizados pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública', es decir, este autor, al no establecer límites –contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público– lejos de favorecer la tesis impugnatoria, respalda a la que llega la Sala".

Al parecer existe una incomprensión de la postura de Salinas Siccha, o no se la analiza en todo el contexto como debe ser[47]. Lo cierto es que el autor citado se ha manifestado expresamente con relación a este caso, manifestación que en nada puede ser utilizada para respaldar la posición de la Segunda Sala Penal. Salinas Siccha, sostiene lo siguiente:

> "Por el contrario, hay tipicidad del delito de peculado de uso, por ejemplo, cuando el funcionario o servidor público dispone u ordena al chofer de la movilidad asignada, que traslade de un lugar a otro a sus familiares o terceros a fin de que estos realicen actos personales o actos en su directo y propio beneficio. Aparece sin duda el peculado de uso cuando el agente público dispone que la

(47) Para comprender la postura correcta del autor citado con respecto a la causal de atipicidad del peculado de uso, puede revisarse su obra: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 384 y ss.

movilidad traslade a algún familiar o a un tercero al gimnasio, a la playa, al mercado para hacer sus compras, a efectuar una visita familiar o amical, a una reunión social, o traslade al colegio a sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc.

Es más reprochable la conducta cuando el funcionario se traslada a otra ciudad dejando la movilidad al servicio de la familia. Un caso real y típico de peculado de uso fue conocido por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4298-2012-PA/TC de fecha 17 de abril de 2013, caso Torres Gonzales. (...) Tal como aparecen redactados por el Tribunal Constitucional, a estos hechos de modo alguno les alcanza la causal de atipicidad, toda vez que el sujeto público permitió o dispuso el uso del vehículo oficial para trasladar a sus familiares a un lugar donde realzaron actos en directo y propio beneficio personal de los familiares. No realizaron un acto en beneficio del sujeto público obligado ni menos realizaron un acto en beneficio de la Administración.

(...)

En este supuesto y los demás enumerados como ejemplos, se presenta la tipicidad del peculado de uso debido a que el vehículo está destinado solo para el uso personal del funcionario o servidor público en razón del cargo público que desempeña. El vehículo de modo alguno está destinado para el uso familiar y menos para el uso de terceros. Los familiares o terceros allegados al sujeto público no pueden beneficiarse y hacer uso del vehículo para realizar actos personales. Son actos sin ningún beneficio para la Administración. En estos casos, si el funcionario quiere ayudar o colaborar con ellos debe pagar el costo de la movilidad. No puede permitirse que el funcionario público asigne la movilidad de la institución pública a sus familiares o allegados con la finalidad de que estos realicen actos en su directo y propio beneficio. Si esto sucede es simplemente corrupción"[48].

Es clara la posición asumida por Salinas Siccha, posición que compartimos, y que dista mucho que pueda ser utilizada como apoyo

(48) SALINAS SICCHA, Ramiro. "El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad". Ob. cit., pp. 151-153.

doctrinario para la decisión que tomó la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lambayeque.

Y compartimos el parecer del autor citado por cuanto asumir otra posición sería dejar la puerta abierta al sujeto público para que realice lo que mejor le parece con el vehículo asignado por la función pública que cumple o desempeña al interior de la Administración Pública. Es decir, podría alquilarlo a terceros, podría prestarlos a sus familiares o terceros allegados para trasladarlos a lugares de recreación, podría utilizarlo él mismo para hacer servicio de taxi en la ciudad, podría asignarlo *motu proprio* a su cónyuge para que la traslade a su trabajo en una empresa particular en tanto el sujeto público se traslada a la institución pública en trasporte particular, podría dejar la movilidad al servicio de su familia en tanto el sujeto público goza de sus vacaciones fuera del país[49].

(49) Ibídem, p. 153.

Peculado por extensión o peculado impropio

Jorge A. PÉREZ LÓPEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Bien jurídico protegido. III. Fundamento de punición. IV. Equiparación de sujetos particulares y bienes privados a públicos. V. Comportamientos típicos. VI. Sujetos pasibles de imputación jurídico-penal. 1. Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares. 2. Depositarios o administradores de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 3. Los ejecutores coactivos. 4. Persona o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. VII. Sujeto pasivo. VIII. Consumación. IX. Distinción entre la apropiación ilícita en su forma agravada con el delito de peculado por extensión. Análisis del precedente vinculante contenido en el Recurso de Nulidad N° 3396-2010-Arequipa. X. Crítica a la tipificación del peculado por extensión.

I. INTRODUCCIÓN

El ilícito penal de "peculado por extensión", también denominado "peculado y malversación impropios", se encuentra tipificado en el artículo 392 del Código Penal. Dicha norma amplía la tipicidad de los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación a un mayor círculo de sujetos que se equiparan a título de autoría a los sujetos públicos. Este tipo penal considera a un número determinado de particulares que no son administrativamente funcionarios o servidores públicos (vale decir, no poseen nombramiento ni elección como tales) como sujetos activos, comprendiendo también al patrimonio particular, como objeto del delito.

El dispositivo jurídico en comentario es considerado "un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos a quienes no tienen la condición de funcionario o

servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso"[1]. La descripción típica contenida en el artículo 392 del código sustantivo es la siguiente:

> "Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

La mencionada norma penal se limita a ampliar el círculo de autores de los delitos indicados expresamente en el tipo y que resultan equiparados normativamente a la calidad de funcionarios y servidores públicos para los fines preventivos-retributivos del Derecho Penal.

El tipo penal precisa la relación de estos sujetos particulares con los objetos materiales del delito sobre los cuales se orientará la acción ilícita penal[2]. En todos los supuestos señalados por el tipo, debe concurrir la relación funcional ineludible entre el sujeto activo y el objeto del delito. Si no es posible verificar o encontrar alguna forma de acreditar la relación funcional, el delito de peculado o malversación extensivo no se configurará.

Las determinaciones normativas del artículo en referencia no hacen ninguna excepción a la regla de remisión, de lo que se colige que esta alcanza al íntegro de los componentes y circunstancias de los tipos penales. Así, a dichos sujetos activos les es aplicable la penalidad atenuada del delito de peculado culposo (artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal[3]); la eximente del uso de vehículo motorizado en

(1) *Vide,* Ejecutoria Suprema de 17 de febrero de 2010, Recurso de Nulidad N° 493-2009-Ica, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

(2) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición, Grijley. Lima, 2002, p. 411; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición, Palestra, Lima, 2003, p. 398.

(3) **Artículo 387 del Código Penal**
"(...) 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

razón del cargo (artículo 388, tercer párrafo del Código Penal[4]); así como las agravantes del daño o entorpecimiento del servicio y por el destino de los fondos, contemplados en el artículo 389, segundo párrafo del Código Penal[5]; o las agravantes del peculado doloso y culposo (artículo 387, segundo y tercer párrafos del Código Penal[6])[7].

Por disposición expresa del tipo penal, también pueden ser sujetos activos del delito de malversación de fondos públicos aquellos que administren o custodien dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Respecto a lo mencionado, el profesor Rojas Vargas señala que tratar de buscar equiparamiento de tipicidad con la figura del artículo 389 del Código Penal[8] (malversación), pese a que la norma misma lo señala, resultaría discutible[9]. Sin embargo, la

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."

(4) Artículo 388 del Código Penal
"(...) No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo".

(5) Artículo 389 del Código Penal
"(...) 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".

(6) Artículo 387 del Código Penal
"(...) Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

(7) ROJAS VARGAS, Fidel Ob. cit., p. 415.

(8) Artículo 389 del Código Penal
"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".

(9) Vide, ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 411.

jurisprudencia nacional lo contradice. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 10 de febrero de 2005, expedida en el Recurso de Nulidad N° 3102-2004 Santa, se reconoce la procedencia de la malversación extensiva o malversación impropia:

> "(...) el artículo 392 del Código Penal (...) incorporó una figura extensiva en relación con dicho tipo penal, de malversación por extensión, en cuya virtud también cometen este delito 'todas aquellas personas o representantes de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social'; que, siendo así, la conducta ejecutada por el imputado, de haber dado un uso diferente al dinero de la ganancia de la segunda campaña del convenio con el PRONAA, aprovechando de su cargo como tesorero del núcleo ejecutor, está incurso en el artículo 392 del Código Penal, en concordancia con el artículo 389 lo que en modo alguno importa una infracción constitucional, en tanto que dicho tipo penal tutela el patrimonio estatal identificando concretamente a un individuo en función a un hecho concreto y a una circunstancia claramente definida en relación a claros deberes de custodia o administración circunscritos a puntuales modalidades de apoyo asistencial o social"(10).

Muñoz Conde señala que no hay ninguna duda en asimilar a la malversación a los que se hallaren encargados de fondos o rentas pertenecientes a las Administraciones públicas o de caudales o efectos públicos, por cuanto, aun siendo particulares tales encargados, la importancia de dichos bienes es notoria y su carácter público es indiscutible. De este modo se pretende dar una mayor protección a las decisiones de la autoridad, al constituir dichos estados posesorios(11).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de protección en el delito de peculado por extensión sería el normal y correcto ejercicio de la actividad patrimonial de la administración privada de las instituciones de beneficencia o similares,

(10) En: PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005)*. Tomo II. San Marcos, Lima, 2006, p. 2006.

(11) Vide, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 11° edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1021.

la diligencia en el desempeño y cuidado del dinero o bienes y el uso correcto de las mismas[12].

El criterio del profesor Rojas Vargas es que:

"el objeto de la tutela penal (al hallarse comprometidos en la mayoría de las hipótesis delictivas patrimonios particulares con régimen jurídico privado) es el cautelar bienes de utilidad o uso común coincidentes, equiparables o supletorios a los fines de la Administración Pública, evitando posibles impunidades de aquellos sujetos vinculados a la Administración Pública por especiales roles no estatales. Se cierra de esta manera el ámbito de intervención en la esfera penal en relación al patrimonio público y privado social"[13].

El mencionado autor considera errónea la tesis de Abanto Vásquez[14], quien ve en la lealtad de la administración de bienes particulares, el bien jurídico objeto de tutela en el delito de peculado extensivo, pues tales bienes, en consideración a su naturaleza, no tienen el interés que adquiere su destino o aplicación social, razón esta que es la que fundamenta la intervención penal en este ámbito de extensiones de la norma. Asimismo, señala que igual de desatinada es la opinión que hace ver que para un supuesto específico de peculado extensivo el bien jurídico se halla en la obediencia a los mandatos de la autoridad; en este segundo punto, como indica López Barja de Quiroga estaríamos ante un delito de desobediencia a la autoridad[15], lo cual desnaturalizaría conceptualmente el tipo penal de peculado[16].

III. FUNDAMENTO DE PUNICIÓN

Desde el punto de vista de Peña Cabrera Freyre:

"La inclusión de esta **fórmula extensiva de punición**, parte por reforzar las tareas preventivas del *ius puniendi* estatal, apelando a los fines preventivos generales (disuasivos), que se coligen de los preceptos penales; dejando de lado factores estrictos de imputación

(12) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El delito de peculado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 384.
(13) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 416.
(14) Véase, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 348.
(15) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Código Penal. *Doctrina y jurisprudencia*. T. III. Trivium, Madrid, 1997, p. 4112.
(16) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 416.

de estos injustos **funcionariales**, en cuanto a la calidad que debe ostentar el sujeto activo. Son los cometidos político-criminales que trasvasan los fundamentos dogmáticos, en una deliberada intención del legislador de evitar graves perturbaciones en el normal funcionamiento de la Administración Pública, en específico de ejercer una tutela jurídica más intensa del patrimonio que ingresa a la esfera de actuación pública"[17].

Hugo Álvarez indica que el legislador asimiló normativamente al particular a la condición de funcionario o servidor público a efectos penales con el propósito de cautelar mejor los bienes patrimoniales del Estado, cuando estos tienen una destinación finalista específica, pero no resultaría adecuado extender artificialmente la tipicidad de otras conductas punibles[18].

La intención con la inclusión del artículo 392 del Código Penal es configurar una fórmula omnicomprensiva de punición, mediando la inclusión de otras personas, que de una u otra forma se encuentran vinculados con la actuación ordinaria de la Administración Pública. Es a partir de dicha vinculación con los diversos estamentos públicos, que estos sujetos (ejecutores coactivos, administradores o depositarios), ejercen una labor que involucra intereses propios de la Administración (patrimoniales, de gestión pública, etc.)[19]. El legislador se aparta de la vinculación **funcionarial** que subyace entre el funcionario público y el objeto material del delito, consustancial al contenido material de los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación, para construir de forma artificial, una responsabilidad asimilada de personas que no se encuentran insertos laboralmente en el aparato público del Estado[20].

La razón de la acriminación del peculado por extensión, entonces, podría residir en el hecho de que las facultades de administración, de depositario, etc., emergen de una decisión emanada por una autoridad pública en el ejercicio regular de sus funciones; empero, ello no sería motivo suficiente para la extensión punitiva. Así, también en el

(17) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo V. 2ª edición, Idemsa, Lima, 2013, p. 475.
(18) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Ob. cit., p. 372.
(19) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 473.
(20) Ibídem, p. 474.

decurso de los procesos judiciales, se nombran peritos de las diversas ramas del saber y, ello no los convierte *per se* en funcionarios públicos[21].

Molina Arrubla, comentando el Código Penal colombiano, anota que no parece ser esta fórmula ni la más adecuada ni la más acertada, no sólo porque desdibuja lo que es o lo que en doctrina se entiende (o se ha entendido) por peculado por extensión, sino que, porque con una tal reglamentación, se está desbordando el marco de protección propio del peculado, invadiendo terrenos propios de la protección conferida por otros tipos penales, como son, por ejemplo, los que aluden a la tutela del patrimonio económico[22].

IV. EQUIPARACIÓN DE SUJETOS PARTICULARES Y BIENES PRIVADOS A PÚBLICOS

El Derecho Penal se ha servido aquí de una doble ficción legal: la equiparación de sujetos particulares a la calidad de funcionarios o servidores públicos y la de los bienes de instituciones de procedencia privada o de particulares colocados en el mismo nivel de protección que los bienes públicos. Por ello se habla de la existencia de **peculado impropio o por extensión.** Que la equiparación ya esté contenida, para el caso de los depositarios o administradores, en el inciso cuarto del artículo 425 del Código Penal, no le quita dicha condición, es más, enfatiza la base particular de dichos sujetos[23].

Respecto a lo anteriormente señalado, Abanto Vásquez indica que no se trata de una ampliación del concepto de "funcionario público", pues este concepto penal ya está previsto en el artículo 425 del Código Penal[24], sino se trata de la atribución a determinadas personas (algunos

(21) Ibídem, p. 477.
(22) MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. 3° edición, Julio César Faira, Montevideo – Buenos Aires, 2008, pp. 182-183.
(23) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 416.
(24) Artículo 425 del Código Penal
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.

que incluso ya eran verdaderos "funcionarios" según el mencionado articulado) de la posibilidad de cometer las conductas de los artículos 387 a 389 del Código Penal, lo cual es distinto, pues estos tipos penales exigen no solamente la condición de "funcionario público", sino también de su "función específica" con los bienes materia del delito[25].

Como se ha indicado líneas arriba, la equiparación de sujetos particulares a la calidad de funcionarios o servidores públicos y la de los bienes privados a bienes públicos se trataría de una ficción legal, pues ni jurídica ni realmente tienen la calidad de públicos tales sujetos y bienes. La necesidad de darle a la intervención penal una justificación que exceda los límites dogmáticos y de construcción doctrinaria, ha permitido que político-criminalmente el Derecho Penal haga uso de valoraciones normativas de base ficticia[26].

Anota Creus que en la formulación de la figura se da una doble equiparación: la situación de las personas enunciadas a la del funcionario público que administra o custodia los bienes públicos y, además, se equiparan bienes privados a los bienes públicos, procurando una mayor protección de ellos, a la que son merecedores por su destino, pertenencia o situación en que se encuentran[27]. Para Soler[28], no es del todo exacto afirmar que los sujetos enumerados adquieren el carácter de funcionarios públicos. La protección extraordinaria que la ley quiere acordar a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario que manejara fondos públicos, aunque ni lo uno ni lo otro sea real. Mientras que a decir de Fontán Balestra, aun cuando la redacción legal se refiere a sujetos, lo que aquí se equipara son los bienes, en razón del interés que sean objeto de mayor protección por su pertenencia y destino o por la situación en que se encuentran y en relación a ello, la función asignada a su autor[29].

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.

(25) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., pp. 398-399.
(26) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 416-417.
(27) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 304.
(28) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 476.
(29) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 846.

El tipo penal precisa la relación de estos sujetos particulares con los objetos materiales del delito sobre los cuales se orienta la acción ilícita penal.

Es importante señalar que esta cláusula no reviste a las personas enunciadas de la calidad de funcionario público, únicamente recoge su particular relación con la Administración Pública de las tareas que ejecuta según mandato de la autoridad, así como la naturaleza de los bienes.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Como habíamos mencionado, el artículo 392 del Código Penal se limita a ampliar el círculo de autores de los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación, para que resulten equiparados normativamente a la calidad de funcionarios y servidores públicos para los fines preventivos-retributivos del Derecho Penal. El peculado por extensión precisa la relación de estos sujetos con los objetos materiales del delito sobre los cuales se orientará la acción ilícita penal. Las conductas típicas propiamente equiparables son las siguientes: apropiación, utilización, uso y permitir la sustracción por tercero[30].

En el precedente vinculante establecido en el considerando quinto de la Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2005, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2212-04-Lambayeque, con relación a los comportamientos típicos del delito de peculado por extensión, se señala lo siguiente:

> "En el denominado delito de peculado por extensión o 'peculado impropio', los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilización cuando se sirve del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita 'propiedad' sobre el mismo y que excluye de ella al Estado".

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema del 7 de octubre de 2004, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2736-2003, argumenta que el

(30) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 411.

"denominado 'peculado impropio' requiere por parte del agente –en este caso del depositario- un acto de disposición de los bienes –caudales y efectos– sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que ordenó el embargo, y que el acta de disposición pueda adoptar todas aquellas formas que importa la apropiación de los bienes del destino que, por razón de la medida de embargo, están reservados en el procedimiento donde aquella se trabó"(31).

El profesor Portocarrero Hidalgo señala que el tipo se extiende respecto al peculado, peculado de uso y malversación a las siguientes conductas(32):

A la apropiación o utilización, en beneficio propio o de tercero, de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares, que han sido entregados al agente para su administración o custodia.

A la apropiación o utilización, en beneficio propio o de tercero de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, para su administración o en calidad de depósito, bienes que en este caso no es necesario que sean solo del Estado, sino que también pueden pertenecer a particulares.

A la apropiación o utilización en beneficio propio o de tercero de dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, entregados para su administración o custodia a cualquier persona natural o representante leal de persona jurídica.

A usar o permitir que otro use, para fines ajenos al servicio, dinero que corresponde a entidades de beneficencia o similares o que se encuentren bajo su guarda.

A usar o permitir que otro use dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente para su administración o en calidad de depósito, en este caso los bienes pueden pertenecer a particulares.

A usar o permitir que otro use dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social entregados a cualquier

(31) En: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema.* Palestra, Lima, 2006, p. 634.

(32) Vide, PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública.* Portocarrero, Lima, 1995, pp. 191-193.

persona natural o representante de persona jurídica para su administración ó custodia.

Al hecho de dar al dinero o bien perteneciente a la beneficencia o similares, entregados para su administración o custodia una aplicación diferente a la que corresponde.

Dar al dinero o bien embargado o depositado por autoridad competente en calidad de depósito o administración una aplicación diferente a la que estaba destinado.

Dar al dinero o bien destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, entregado a una persona natural o representante de persona jurídica, una aplicación distinta a la destinada.

VI. SUJETOS PASIBLES DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

El legislador se aparta del fundamento material del injusto en los delitos de peculado, en cuanto a la vinculación funcional entre el autor y el objeto jurídico del delito, para extender la punición a sujetos que no son ni funcionarios ni servidores públicos.

La redacción del artículo 392 del Código Penal posibilita el ingreso en el contexto de la autoría de los denominados funcionarios de hecho, ya que la norma (con las expresiones "los que administran o custodian" y "así como todas las personas (...) que administren o custodien") está abriendo extensivamente el tipo en tal orientación[33]. Estos "funcionarios de hecho" sería los particulares vinculados circunstancial y temporalmente con la Administración Pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuestos por la autoridad competente, los mismos que podrían cumplir los roles descritos en el tipo a título propio o en representación de personas jurídicas.

En la Ejecutoria Suprema de fecha 4 de febrero de 2005, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2162-2004-Lima, respecto a los sujetos pasibles de imputación jurídico penal del delito de peculado de extensión se señala lo siguiente:

(33) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 410.

"El sujeto activo en el peculado por extensión es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales, pues el inciso 4 del artículo 425 del Código Penal atribuye a determinadas personas la posibilidad de cometer las conductas de los artículos 387 a 389 del código acotado, por lo que de acuerdo con el artículo 392, segunda parte, de dicha norma material, son sujetos activos del peculado por extensión los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público".

La hipótesis de que sean también autores los funcionarios o servidores públicos, aplicable a algunos supuestos, está condicionada a que entre ellos y el objeto material del delito no exista la vinculación por razón del cargo en el sentido establecido por el artículo 387 del Código Penal, es más, ello es una condición que deberá existir en todos los supuestos[34].

1. Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares

Administrar consiste en poseer facultades de disposición de bienes para aplicarlos a una finalidad legalmente determinada. Mientras que **custodiar** es proteger, conservar y vigilar los bienes. Tal actividad de custodia significa una efectiva tenencia sobre dichos bienes. La custodia puede ser transitoria o permanente[35].

Los sujetos a quienes la norma penal extiende la penalidad son particulares que gozan de los atributos de autonomía y responsabilidades civiles y administrativas del sector privado. Son sujetos que las personas jurídicas de beneficencia o similares le han confiado la administración o custodia de su dinero. El interés político penal de la extensión punitiva a estos sujetos no públicos radica en la necesidad de

(34) Ver ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 350.
(35) *Vide*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista, Lima, 2015, pp. 468-469.

cubrir un amplio espectro de actividades que involucran asignaciones y la administración de fondos que redundan en servicio de la sociedad[36].

Las "beneficencias" son instituciones civiles (sin fines de lucro), destinadas a proporcionar gratuitamente a los sectores sociales –más empobrecidos–, de los elementos indispensables para su subsistencia; importa la constitución de asociaciones, que de cierta forma coadyuvan la labor social del Estado. Estas instituciones, si bien son dirigidas, gestionadas y administradas por particulares, captan donaciones y un caudal de dinero importante por parte del Estado y otras organizaciones no gubernamentales, bajo la premisa de que dicho dinero servirá exclusivamente para satisfacer las demandas de los sectores de la población más necesitados[37].

Se entiende como "entidades similares" a las instituciones que tienen finalidades afines a las de beneficencia (fundaciones de caridad, sociedades de auxilio mutuo, Cruz Roja, Banco Mundial, etc.). Son personas jurídicas inscritas o no inscritas, privadas o públicas[38].

En efecto, las fundaciones reciben una serie de efectos, caudales y fondos, cuya administración y custodia ha de ejecutarse con el mayor de los recelos, considerando que su manipulación por parte de los órganos directivos, puede provocar una gran frustración en núcleos poblacionales desfavorecidos.

Otras instituciones incluidas en este rubro serán aquellas asociaciones civiles sin fines de lucro (Comité), cuyo objetivo sea la de desarrollar y ejecutar programas de apoyo y de ayuda social a los más pobres. No lo serían, por ejemplo, las agrupaciones que eventualmente realizan una actividad de beneficencia; por ejemplo, un canal de televisión que realiza una campaña para ayudar a los minusválidos, señala Abanto Vásquez[39].

En la Ejecutoria Suprema del 27 de setiembre de 2010, recaída en el recurso de Nulidad N° 3348-2009-La Libertad, se da cuenta de un caso tipificado como peculado por extensión, en el cual el sentenciado

(36) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 412.
(37) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Ob. cit.*, p. 479.
(38) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 401; ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 412; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 432.
(39) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 401.

se apropió de donaciones provenientes del Banco Mundial, el mismo que es un organismo especializado de Naciones Unidas que se define como fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo, cuya misión es combatir la pobreza. Entre otras actividades ofrece donaciones para diversos fines, tales como inversiones para el desarrollo del sector privado, la agricultura y gestión ambiental y de recursos naturales. En dicha resolución se argumenta lo siguiente:

> "el objetivo de esa donación (constitución y puesta en funcionamiento de un Bosque Eólico de tres MW en la comunidad de Paiján), compatible con la misión del Banco Mundial, y su destinatario: una comunidad campesina, cumplen con la exigencia típica prevista en el primer punto del citado artículo 392 del Código Penal: administradores o custodios de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares. El Banco Mundial y el programa que puso en ejecución se adscribe o adecúa claramente a esa característica esencial de ser, para estos concretos fines, una entidad de asistencia social, de promoción del desarrollo. Los recursos que proporcionaron, bajo la forma de una 'donación', tenían un objetivo preciso y estaban sujetos a un control por el Banco. Al imputado a su vez, como Presidente de la Comunidad de Paiján, le correspondía la administración del recurso donado –facultad de disposición de los bienes para aplicar a determinadas finalidades-, parte del cual lo destinó a fines de los convenidos y otra parte llanamente se lo apropió. La conducta atribuida y probada es típica y se subsume en el tipo legal del artículo 392 del Código Penal"[40].

Asimismo, en la resolución recaída en el Recurso de Nulidad N° 199-04-Cusco, se expone lo siguiente:

> "Es necesario dejar establecido, en cuanto al argumento de uno de los procesados sobre que no son funcionarios públicos, que también son pasibles de incurrir en la comisión de delitos de peculado y malversación de fondos los particulares que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas

(40) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., pp. 432-433.

de apoyo social, tal como así lo dispone el artículo 392 del Código Penal (...)"[41].

2. Depositarios o administradores de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Son aquellas personas que han sido previamente nombradas administradores o depositarios (persona encargada de custodiar el bien y devolverlo cuando lo solicite el depositante) por orden de autoridad competente, es decir, autoridad en ejercicio normal de funciones, para administrar o custodiar dinero o bienes embargados o depositados. Aquellos pueden ser trabajadores del Estado o particulares sin ninguna relación laboral con el Estado. Lo característico es que la relación funcional entre el agente y el objeto del delito lo crea o establece una orden emitida por autoridad en pleno ejercicio de sus funciones, la misma que para tener eficacia debe reunir las formalidades que la ley establece[42].

Estos sujetos activos del delito pueden ser personas naturales o jurídicas a través de sus representantes, no se requiere necesariamente que sean personas o instituciones calificadas. Como el "depositario" o "administrador" puede serlo una persona jurídica, resulta lógico que la imputación jurídico-penal no pueda atribuirse a dicho entre ficticio, sino que debe identificarse a quienes ostentan el dominio social típico de la empresa, mediando la disposición normativa del "actuar en lugar de otro", prevista en el artículo 27 de la parte general del Código Penal[43].

En cuanto a los administradores, los tratadistas argentinos consideran que por tratarse de sujetos que actúan según las reglas del derecho privado su designación no reviste de formalidad alguna[44], lo cual sin embargo no debe tomarse en sentido estricto, pues su designación

(41) Ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Ob. cit.*, p. 479.
(42) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 433.
(43) **Artículo 27 del Código Penal**
El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.
(44) Véase, por ejemplo, CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 305.

como tales, al ser un acto de imperio de las autoridades competentes, presupone ya la existencia de formalidades que legitimarán tal designación[45]. Más aún depositarios y custodios deben ser instruidos por la autoridad competente de sus deberes y obligaciones para con los bienes que pasan a su guarda y custodia y su no disposición, de lo que puede colegirse la necesidad de rodear a las designaciones de ciertos formalismos, que, de no existir, en tanto desconocimiento de obligaciones, pueden abonar la presencia del error de prohibición[46].

Los depositarios tienen que ser particulares designados o nombrados con las formalidades del caso, ya que se trata de mandato u órdenes de autoridad, no de actos contractuales, los que confían en dichos sujetos particulares la administración o el depósito de los bienes o dinero. La legalidad del embargo, en tanto acto jurídico precedente, es un aspecto que deberá tomarse en cuenta a efectos de análisis del tipo penal en estudio[47].

En el decurso de un proceso judicial o administrativo, no en pocas oportunidades, resulta necesario adoptar ciertas medidas precautorias, encaminadas a garantizar las pretensiones de las partes; esto quiere decir, que los derechos subjetivos (bienes) de los sujetos procesales pueden verse afectados provisoriamente, amén de cautelar los fines esenciales del proceso cognoscitivo[48].

Los bienes o dinero objeto de la apropiación o utilización deben ser bienes o dinero sobre los cuales la autoridad competente ha ordenado trabar embargo o ha ordenado su depósito. Si el objeto del delito no tiene esa calidad, el delito de peculado por extensión se descarta. La naturaleza del dinero o bienes puede ser pública o de particulares, esto es, los bienes y dinero pueden pertenecer al Estado o ser propiedad de particulares, pero deben hallarse en poder de este último.

En la Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2003, expedida en el Expediente N° 3253-2002-Huancavelica, se señala que:

> "La conducta desplegada por los sujetos activos, configura el tipo penal de peculado por extensión, al haberse apropiado, en su

(45) Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 401; ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 350.
(46) Al respecto, véase LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA. Ob. cit., p. 4113.
(47) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 412.
(48) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 481.

condición de depositarios, del material de construcción destinado al Programa de Apoyo de Repoblamiento –PAR– de Huancavelica, (...) que si bien es cierto, los recurrentes no tienen la calidad de funcionarios públicos, sin embargo, en su condición de proveedores de materiales de construcción del Programa de apoyo social al repoblamiento, entidad perteneciente al PROMUDEH sostenido con fondos del Estado, su conducta se encuentra dentro del delito de peculado por extensión, delito especial impropio"[49].

Las instancias del Poder Judicial, en el marco de su actuación jurisdiccional, pueden tener a bien, la designación de "custodios" o "administradores", mediando un nombramiento con todas las observancias de la ley de la materia, cuya concreción no está sujeto a negociación por parte del nombrado, supone un acto unilateral, cuya fuerza imperativa le viene revestida por la legalidad permanente. Cualquier otro administrador o depositario queda sometido a las disposiciones del título de los delitos contra la propiedad[50].

Es importante señalar que la "autoridad competente" no solo se reduce a la autoridad judicial, sino a toda autoridad que tiene la facultad o atribución de nombrar administradores o depositarios de bienes embargados o depositarios como pueden ser los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), de la Municipalidad distrital, etc.[51].

3. Los ejecutores coactivos

El ejecutor coactivo es el funcionario responsable del procedimiento de ejecución coactiva. Es el titular del procedimiento, ejerciendo a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de una obligación, de acuerdo a lo establecido en la ley. Su cargo es indelegable.

Es un funcionario público y no un particular, con el distintivo de que no es formalmente un custodio, perceptor o administrador de caudales o efectos (públicos o privados), sino el encargado funcionalmente

(49) En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública [Jurisprudencia penal]*. Jurista, Lima, 2004, pp. 59 y 489.
(50) Fontán Balestra citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 482.
(51) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 434.

de ejecutar las acciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las deudas tributarias.

El ejecutor coactivo carece de una relación funcional con el objeto material del delito, por lo que se le incluye normativamente en la presente cláusula extensiva de punición.

4. Persona o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social

El tipo penal agrega aquí una norma complementaria de cierto contenido subsidiario que incluye a un amplio elenco de sujetos particulares calificados o no y a los representantes de las personas jurídicas de derecho privado que administran o custodian fondos y/o bienes que poseen un destino especial de servicio público. Por ejemplo, las instituciones privadas de caridad que recepcionan donaciones para desastres, los organismos no gubernamentales (ONG), etc.[52].

La expresión "todas las personas" alude a aquellas que administran o custodian sin diferenciación de jerarquía, calidades especiales o título de origen. "Representantes legales" es una locución de uso jurídico utilizada para designar a aquellas personas naturales que formalmente han sido designadas estatutariamente o por actos formalizados de voluntad jerárquica para actuar a nombre de las personas jurídicas. Rige en este caso para ellos lo estipulado en el artículo 27 del Código Penal[53].

No bastará verificar la condición de representante legal de la persona jurídica, para atribuir responsabilidad penal, sino que debe añadirse el factor subjetivo (dolo), de que el gerente de forma consciente, permitió que los bienes donados fuesen utilizados por otros, para fines particulares; así también, que vulnera sus deberes de cuidado, permitiendo que un tercero sustraiga los bienes de la esfera de custodia de la persona jurídica[54].

Estos individuos no forman parte de la beneficencia (fundación), sino de personas jurídicas, que, si bien no tienen como objeto social

(52) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 414-415.
(53) Ibídem, p. 415.
(54) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 487.

la realización de actividades benéficas, de forma eventual u ocasional, participan en la ejecución de programas asistenciales o de apoyo social.

Un gran grueso de las empresas más importantes del país, en el marco de un apoyo a los sectores más necesitados de la población, se involucran temporalmente en actividades encaminadas a colaborar con los pobladores más necesitados; emprendiendo campañas dirigidas a prestar servicios elementales a dichos núcleos sensibles de la población, v. gr., campañas de salud, de alfabetización, de alimentación nutricional a los niños, programas educativos, etc.(55)

Los fondos económicos que emplean estas empresas para poder ejecutar a cabalidad dichos programas asistenciales no son financiados exclusivamente con recursos propios, sino que se agencian de donaciones, que provienen de diversos sectores de la sociedad peruana (públicos y privados), contando con la ayuda y patrocinio de organismos internacionales, lo que les permite actuar en un ámbito poblacional importante(56).

En la Ejecutoria Suprema del 26 de enero de 2001, expedida en el Recurso de Nulidad N° 3017-2000-Lima, que resolvió declarar infundada la excepción de naturaleza de acción planteada por los procesados, se argumentó que:

> "El artículo 392 del Código Penal, considera también como sujeto activo del delito de peculado al particular que administra dinero perteneciente al Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En el caso de autos, el dinero entregado por el Fondo Nacional de Compensación Desarrollo Social – FONCODES– con motivo del convenio suscrito con el núcleo ejecutor del proyecto de capacitación en panificación y alta panadería estaba destinado a un programa de apoyo social, donde los representantes del núcleo ejecutor eran los que tenían la administración de tales fondos, conforme se describe en el convenio y en el proyecto; que, siendo así, dichos representantes del núcleo ejecutor tendrían la calidad de sujetos activos del delito de peculado por extensión, conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código Penal y por ende del delito de corrupción de funcionarios,

(55) Ibídem, p. 486.
(56) Ídem.

consecuentemente no resulta amparable la excepción de naturaleza de acción"[57].

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema del 26 de setiembre de 1997, expedida en el Recurso de Nulidad N° 1404-96-Ayacucho se señala que:

> "Con las modificatorias introducidas al Código Penal, la figura del peculado se ha hecho extensiva a todas las personas que administran o custodian bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, sin que sea necesario que dichas personas sean funcionarios o servidores públicos".

VII. SUJETO PASIVO

En la Ejecutoria Suprema del 01 de diciembre de 2003, expedido en el Recurso de Nulidad N° 3524-2002 Ayacucho, se señala que "en el delito de peculado por extensión el único agraviado resulta ser el Estado".

En efecto, al constituir el peculado por extensión un delito contra la Administración Pública, el sujeto pasivo de este tipo penal será el Estado.

VIII. CONSUMACIÓN

Respecto a la modalidad típica de apropiación, en la Ejecutoria Suprema del 28 de enero de 2000, expedido en el Expediente N° 1364-99-Arequipa, se señala que:

> "El delito de peculado previsto por el artículo 392 del Código Penal, como una extensión de los tipos contenidos en los artículos 387 y 389 del acotado cuerpo de leyes, se consuma desde el momento en que el sujeto activo se muestra renuente al requerimiento de la autoridad jurisdiccional".

El depositario o administrador debe ser intimado a entregar el bien, sujeto a su custodia, es a partir de dicha circunstancia, que resulta admisible inferir que el autor tiene el ánimo de apropiarse del bien. En ese sentido también se pronuncia la Ejecutoria Suprema de fecha 9 de junio de 2003, expedida en el Recurso de Nulidad N° 1476-2002-Junín:

(57) En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., p. 1438.

"Si depositario judicial no cumple con poner a disposición del juzgado el bien en custodia, cuando este lo requiera; se configura el delito de peculado por extensión".

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de fecha 4 de mayo de 2004, expedida en el Recurso de Nulidad N° 352-2003-Lambayeque que señala:

"Al encausado, en el proceso civil sobre obligación de dar suma de dinero que da origen a este proceso penal, le fue entregado para su custodia en su calidad de depositario judicial, el automóvil marca Toyota de placa de rodaje número IQ - cuatro mil trescientos noventa y cuatro, negándose a su devolución cuando fue requerido por el Juez de Paz Letrado de Jaén para dicha finalidad".

Cuando se trata de peculado por utilización, la situación cambia, pues bajo esta hipótesis del injusto, el agente no tiene la intención de ejercer una posesión definitiva del bien, sino de ejercer un uso indebido; para tal efecto, debe acreditarse, de forma objetiva, que el depositario está empleando el bien de forma personal, por ejemplo, que esté empleando el vehículo embargado para trasladarse a su centro de trabajo o que su esposa está utilizando las joyas afectadas[58].

Situación distinta, ha de verse cuando el bien –sujeto a medida cautelar–, se deteriora o se pierde; en el primer caso, se diría que no se comete delito de peculado, al no evidenciarse su apropiación ni uso, empero el desgaste del bien puede tomar lugar como consecuencia de su utilización indebida por parte del depositario, siempre y cuando se haya efectuado dolosamente. Lo segundo, es su extravío o dígase su pérdida, sin estar de por medio una conducta de apropiación, es decir, el depositario actúa de forma imprudente y guarda el bien en un lugar visible por terceros y, así se produce la sustracción; según dicha descripción fáctica, el depositario al haber lesionado el deber de cuidado habría generado un riesgo jurídicamente desaprobado constitutivo de peculado culposo. No se presenta esta fórmula de imputación jurídico-penal, si es que no se advierte dicha relación de riesgo, cuando la sustracción del bien obedece a factores no imputables a la esfera de organización del agente; sin embargo, podría advertirse responsabilidad

(58) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 484.

civil, tanto del custodio como del juez quien lo designó, según lo previsto en el artículo 626 del Código procesal civil[59].

Si quien utiliza el bien –objeto de embargo–, es una persona ajena al depositario o administrador, aprovechándose la relación de confianza con aquél, responde por el delito de hurto de uso.

En la Ejecutoria Suprema de fecha 7 de octubre de 2004, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2736-2003-Junín se señaló lo siguiente:

"El denominado 'peculado impropio' requiere por parte del agente –en este caso del depositario– un acto de disposición de los bienes –caudales o efectos– sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que ordenó el embargo, y que el acto de disposición puede adoptar todas aquellas formas que importa la apropiación de los bienes del destino que, por razón de la medida de embargo, están reservados en el procedimiento donde aquella se trabó".

Puesto que deben tratarse de actos de la autoridad, quedan marginados del tipo todos los casos en que la custodia de los bienes tiene origen contractual[60]. Por Ejecutoria Suprema del 17 de febrero de 2010, expedida en el Recurso de Nulidad N° 493-209-Ica, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró haber nulidad en la recurrida y reformándola absolvió a la acusada expresando que:

> "Es de precisar que la descripción típica prevista en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal prevé los siguientes condicionamientos: a) que se trata de administradores o depositarios; y b) que la designación de administrador o depositario se produzca sobre bienes embargados o en depósito, provenientes de una orden judicial o de autoridad competente (...) que los administradores a que se alude en el referido tipo penal son aquellos que provienen de una designación oficial por parte de autoridad competente en el marco de una orden de embargo o de depósito, y no de nombramientos derivados de actos convencionales, contractuales o de designaciones de administradores de personas jurídicas o patrimonios autónomos (...) que, en este orden de ideas, si bien la encausada fue designada como administradora judicial

(59) Ibídem, pp. 484-485.
(60) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 304.

de los bienes de la sucesión Jorge Rojo Donayre mediante resolución fojas once, del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa, no lo fue como producto de un embargo o un depósito dispuesto por alguna autoridad, sino que resultó titular de dicho cargo como consecuencia de una resolución judicial recaída en un trámite de 'seguridad de bienes' correspondientes al causante Jorge Rojo; que en tal virtud, los hechos incriminados no se subsumen a cabalidad en la descripción típica del delito materia del proceso".

IX. DISTINCIÓN ENTRE LA APROPIACIÓN ILÍCITA EN SU FORMA AGRAVADA CON EL DELITO DE PECULADO POR EXTENSIÓN. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE VINCULANTE CONTENIDO EN EL RECURSO DE NULIDAD N° 3396-2010-AREQUIPA

Genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal el hecho de que la mención al depositario se halle registrada en el artículo 190 del Código Penal[61], referido al delito de apropiación ilícita, al mismo tiempo que en el artículo 425 del Código Penal, donde se describe quiénes son para efectos penales funcionarios o servidores públicos.

Para el caso del artículo 190 del Código Penal, se advierte un ámbito de libre organización personal, donde cualquier persona puede verse incurso en esta figura delictiva, siempre que haya obtenido la posesión del bien mueble (y posteriormente se niegue a devolverlo), conforme una de las vías que el legislador ha definido en el primer párrafo de dicho articulado. Y, en el caso de la "circunstancia de agravación", que el bien le haya sido confiado, en razón de su calidad de "depositario judicial", es decir, es el órgano judicial que le otorga dicha función, a quienes se encuentran en la lista respectiva del Poder Judicial,

(61) **Artículo 190 del Código Penal**
"El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".

quienes contienen la calidad de funcionarios y/o servidores públicos –a efectos penales–, por tanto ellos no están en posición de poder quebrantar los deberes jurídico-institucionales que sustentan la naturaleza material del delito de peculado. No es, por ende, la particularidad del estamento público, lo que define la tipicidad penal de la conducta, sino el basamento material del delito, que, en este caso, ha de reconducirse al delito de apropiación ilícita. Está claro que se trata de un sujeto activo particular el que comete el delito de apropiación ilícita, siendo el origen de la relación, con el bien del cual se apropia, producto de una decisión del juez que le designa custodio, sujeto a las determinaciones normativas del Código Procesal Civil. Esta reducción de la vinculación a la establecida entre el sujeto activo y el juez no se aprecia en la figura del peculado extensivo, en la cual si bien igualmente el depositario es un sujeto particular este debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes, no solo a la designación judicial, pues el artículo 392 del Código Penal ha utilizado la frase "por orden de autoridad competente", lo que ya está ofreciendo pautas al intérprete. De plantearse al debate la posibilidad de un aparente concurso de normas, bajo el supuesto de que el sujeto activo sea un depositario judicial, no cabe concluir que existe realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso de dicho depositario su intervención como autor del delito patrimonial común se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado extensivo, en el cual tiene que existir obligatoriamente una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la Administración Pública(62).

El artículo 190 del Código Penal considera, en forma específica, a los depositarios judiciales como agentes del delito, en tanto que el artículo 392 en análisis, se refiere a depositarios designados por autoridad competente, esto es, la norma es más general. De modo que el artículo 392 está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad competente facultada para designar depositarios o custodios(63).

(62) Vide, ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 414.
(63) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 435.

En cuanto a lo regulado descriptivamente por el artículo 425 del Código Penal, ello no hace más que reproducir la misma estipulación consignada en el artículo 392 del mismo cuerpo de leyes, claro que, en un contexto de mayor generalidad, esto es, susceptible de ser invocado por otros tipos penales. La previsión legal *–in comento-*, si bien parecía estar ya recogida en la ley penal, sin embargo, no era suficiente para fundamentar válidamente la acriminación de particulares, por los delitos de peculado y sus derivados, merced a la relación funcional que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material del delito.

Por otro lado, resulta indiscutible que si el depositario judicial tiene a la vez la calidad de funcionario o servidor público y se apropia de los bienes públicos o de un particular que le fueron entregados en depósito o custodia, cometerá el delito de peculado impropio. Igual, cometerá delito de peculado por extensión el depositario judicial particular, si el objeto de la apropiación o utilización constituyen, dinero o bienes del Estado(64).

A pesar de la similitud normativa entre lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 190 y el artículo 392 del Código Penal, ambas figuras penales no han merecido la misma valoración por parte del legislador, tal como se ha señalado, cuando la realización de la conducta típica, por parte de un depositario designado por autoridad competente (dentro del que cabe incluir al depositario judicial), importe una agresión a un interés patrimonial de la Administración, estaremos ante el peculado por extensión, al tratarse de un delito contra la Administración Pública. Por el contrario, se configurará una apropiación ilícita agravada cuando al depositario judicial solo se le impute la afectación al patrimonio de un particular, mas no a un interés de la Administración Pública.

El problema de interpretación planteado líneas arriba podría haber llegado a su fin con la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de febrero de 2012, en la que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República dispuso como precedente vinculante normativo que, en estos casos, la norma aplicable es la prevista en el artículo 190 del Código Penal por ser más favorable para el procesado que la norma penal contenida en el artículo 392 del mismo cuerpo de leyes.

(64) Ibídem, p. 435.

En efecto, en el **Recurso de Nulidad N° 3396-2010-Arequipa**, el pronunciamiento de la Sala tuvo lugar en mérito al recurso impugnatorio interpuesto por Héctor Piedra Muñoz contra la sentencia de primera instancia que lo condenó a tres años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de peculado por extensión (artículo 392 del Código Penal), en tanto se estableció que el mencionado sentenciado, habiendo sido nombrado como depositario por una disposición judicial, se apropió indebidamente de un ómnibus de la empresa "Expreso Sud Americano" entregado en custodia.

En efecto, del segundo considerando de la propia resolución se desprende que el representante de la empresa "Alemán", dedicada al rubro de grifos, interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra la empresa "Expreso Sud Americano" por la suma de cinco mil quinientos nuevos soles, proceso que se tramitó ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Dicho juzgado dispuso, a pedido de parte, el embargo sobre un ómnibus de propiedad de la empresa demandada, el mismo que fue internado en el depósito oficial de vehículos. En estas circunstancias, según la sentencia, se hizo presente el encausado, quien afirmó ser apoderado de la empresa "Expreso Sud Americano" y logró convencer al representante de la empresa "Alemán" para que celebraran una transacción judicial mediante la cual reconoció la deuda y el compromiso de cancelarla. Asimismo, se varió la medida cautelar, haciéndose nombrar el encausado como depositario judicial del vehículo embargado por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado, mediante acta de entrega donde, además, fue debidamente instruido sobre sus obligaciones en su condición de órgano de auxilio judicial. Posteriormente, éste se mostró renuente a entregar el vehículo, pues aun cuando fue notificado y requerido con las formalidades de ley, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, sostuvo haberlo entregado a la empresa "Expreso Sud Americano"; agregó que la transacción en la que había intervenido carecía de validez, pues jamás fue apoderado de la referida empresa. La misma resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estima que el encausado habría actuado en connivencia con los gerentes de Expreso Sud Americano.

La Ejecutoria Suprema mencionada es de suma importancia, pues para los órganos jurisdiccionales no quedaba claro si ante este tipo de supuesto, en donde un depositario judicial se apropia o utiliza

indebidamente bienes dados en custodia, se configuraba una apropiación ilícita agravada o un peculado por extensión.

En el punto primero de la parte decisoria de la resolución mencionada se dispuso que lo anotado en el cuarto considerando de la Ejecutoria constituye precedente vinculante normativo conforme lo establece el artículo 22 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

> "Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico–penal de las normas en cuestión, ya que, la mención "depositario" –condición imputada al encausado– se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo 190 del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo 392 del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse–, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso 11 de artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo 6 del Código Penal, que establece: 'la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso–'; por tanto, este Supremo Tribunal que si bien la imputación fáctica efectuada por el Señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo 190 del Código Penal–; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas".

La Ejecutoria Suprema aprecia un conflicto de leyes entre los artículos 190 y 392 del Código Penal, pues ambos hacen referencia a la apropiación en condición de depositario. La resolución establece que debe de aplicarse la norma más favorable; en este caso, el delito

de apropiación ilícita, apelando al artículo 139.11 de la Constitución Política.

El principio de favorabilidad aplicado por la Corte Suprema se da "en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales". Sin embargo, en el caso *sub examine*, no se estaría ante esta figura jurídica, en tanto el tipo penal de apropiación ilícita agravada, como el tipo de peculado por extensión, entraron en vigencia simultáneamente cuando se publicó el Código Penal de 1991. Además, el hecho se produjo durante la vigencia simultánea de ambos tipos penales, por lo que estaríamos, como señala un sector de la doctrina, ante un supuesto de concurso de leyes.

Suele suceder que una conducta criminal pareciera admitir la calificación de más de un tipo o disposición penal; no obstante, una adecuada labor de interpretación podría llegar a determinar la existencia de una única disposición aplicable. De ahí que a este instituto también se le denomine concurso aparente de leyes.

La doctrina penal nacional se ha inclinado a sostener que ante la apropiación de bienes en custodia por parte de un depositario judicial se debe aplicar el tipo penal de apropiación ilícita agravada del artículo 190 del Código Penal. Según Salinas Siccha[65], el delito de apropiación ilícita agravada es más especial que el delito de peculado por extensión, ya que aquel hace referencia específica al depositario designado solamente por autoridad "judicial", mientras que este refiere de manera genérica al depositario designado por "autoridad competente". Este autor aplica las reglas del concurso de leyes. Según él, teniendo en cuenta el principio de especialidad, ante un aparente conflicto de normas penales aplicables a un caso concreto, se aplicará la norma que prevé en forma más específica y precisa el supuesto de hecho, dejándose de lado las demás (*lex especialis derogat lex generalis*); considera, así, que los depositarios judiciales, al ser referidos específicamente por el artículo 190 del Código Penal, solo son pasibles de cometer el delito de apropiación ilícita. En el mismo sentido, Rojas Vargas[66] señala que una de las fórmulas para resolver este problema interpretativo es apelar a la exclusión del tipo penal de peculado

(65) Ibídem, p. 435.
(66) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 587.

en virtud del "criterio de especialidad". El tipo penal de apropiación ilícita agravada exige que la designación como depositario judicial sea dada por una autoridad judicial, es decir, exige un elemento adicional a comparación de lo exigido por el tipo de peculado por extensión, que hace sólo referencia genérica a una "autoridad competente" (autoridad administrativa, por ejemplo).

De acuerdo a lo señalado por Peña Cabrera Freyre, "la aplicación del principio de favorabilidad normativa –en materia penal–, ha de tomar lugar cuando existe un conflicto de leyes penales en el tiempo, lo cual hace inclinar la balanza favor de los intereses del imputado; cuando luego de cometido el hecho punible, se produce una atenuación punitiva del marco penal imponible, que era más grave al momento de su perpetración. Empero, en el caso que nos ocupa, son dos figuras delictivas, penalmente vigentes al momento la comisión del hecho luctuoso, por lo que solución correcta acá, es la elucubración de criterios interpretativos, buscando el alcance y contenido de la norma en cuestión (su ámbito de protección), en cuando a su *ratio legis*, desde un plano teleológico, que no necesariamente ha de corresponderse con aquella norma que sea más favorable al imputado, sin que ello suponga claro está, una aplicación analógica *in malam partem*. Siendo que, en este conflicto de tipos legales, la inclinación por el delito de apropiación ilícita, se deduce del propio fundamento material que sostiene el injusto funcionarial de peculado, en cuanto al ámbito especial que se ubica el *intraneus*, desde el marco interno de la administración"(67).

Aplicando también el principio de especialidad, pero arribando a un resultado opuesto, Gálvez Villegas y Delgado Tovar(68) consideran aplicable el peculado por extensión, toda vez que de los artículos 425 y 392 del Código Penal se desprende que a los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, "se los considera como funcionarios o servidores públicos para efectos penales", convirtiéndolos así en "sujetos portadores de deberes especiales"; con lo cual, dichos artículos

(67) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., pp. 490-491.

(68) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II. Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 882-884, agregan que "la apropiación de los caudales depositados, por los propios depositarios, además de defraudar la expectativa particular de los propietarios de los bienes (cuando se trata de particulares), defrauda la confianza de la ciudadanía en la Administración Pública, especialmente en la Administración de Justicia, si se trata de depositarios judiciales".

"constituyen respuestas para sujetos especiales infractores de un deber vinculado a la Administración Pública, en cambio, en el artículo 190 del Código Penal se comprende a todo sujeto en general".

El peculado extensivo (donde se produce una equiparación, por un lado, entre particulares, y funcionarios o servidores públicos, y, por otro, entre dinero o bienes públicos, y los pertenecientes a particulares, como ya se ha señalado anteriormente) se reprime bajo los marcos punitivos de los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación, que son mayores al previsto para el delito de apropiación ilícita en su forma agravada. Sin embargo, no se puede colegir que correspondería la aplicación de la norma más favorable, como apunta el precedente vinculante, pues se debe interpretar que esa diferencia del marco penal se corresponde con una distinta valoración en cuanto al contenido de injusto de cada delito. Así, la afectación, directa o indirecta, de un interés económico de la Administración –a los ojos del legislador– podría verse como más disvaliosa que la afectación de un interés patrimonial privado, con lo cual, una agresión a un interés patrimonial de la Administración podría determinar la sanción penal por un delito contra la Administración Pública, en tanto el predominio de un interés privado se correspondería con el marco penal previsto para el delito de apropiación ilícita en su forma agravada.

De similar opinión es Rojas Vargas, quien sostiene que "no cabe concluir que existe realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso de dicho depositario la intervención como autor del delito patrimonial común (artículo 190 del Código Penal) se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado extensivo, en el cual tiene que existir obligadamente una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la Administración Pública"(69).

(69) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 587.

X. CRÍTICA A LA TIPIFICACIÓN DEL PECULADO POR EXTENSIÓN

La extensión de punición genera una serie de cuestionamientos, el principal es especial y particular vinculación entre el autor y el objeto material del delito, erigiéndose en la posición de "garante" que tiene por basamento los deberes inherentes al cargo público; dichos deberes nunca podrán ser quebrantados por el particular, de manera que la apropiación de caudales depositados a un *extraneus* debe constituir delito de apropiación ilícita y no de peculado(70).

Resulta de cierto modo cuestionable, que los particulares que se apropien o utilicen indebidamente los fondos de dichas entidades privadas, merezcan un reproche igual a la de un funcionario o servidor público, lo cual no se ajusta a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. En efecto, tal protección puede resultar excesiva, al imponer penas demasiado severas a personas que solo metafóricamente pueden considerarse funcionarios públicos(71).

Los particulares no tienen para con el Estado deberes especiales de lealtad y función(72), como sí lo tienen los funcionarios o servidores públicos.

(70) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 477
(71) MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 1021.
(72) Solo metafóricamente pueden considerarse tales personas funcionarios o servidores públicos (MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 876).

El delito de cohecho pasivo propio y sus plazos de prescripción en el Derecho Penal peruano

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de cohecho pasivo propio. 1. Definición de cohecho. 2. Clasificación de los delitos de cohecho. 3. El delito de cohecho pasivo propio. III. La prescripción en el delito de cohecho pasivo propio. 1. La prescripción penal: definición. 2. Clases de prescripción. 3. Los plazos de la prescripción. 4. La duplicación de los plazos prescriptorios.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos dedicaremos a estudiar una de las figuras de la corrupción que mayor incidencia tiene en la praxis judicial: el delito de cohecho pasivo propio. Pero específicamente nos abocaremos al análisis de uno de los problemas que se suscitan en la persecución de penal de este tipo delictivo y que no ha recibido un mayor tratamiento en las distintas obras y manuales que existen sobre la materia, esto es, los plazos de prescripción de esta figura delictiva.

Siendo así, en un primer momento desarrollaremos brevemente los aspectos básicos del delito de cohecho pasivo propio con la finalidad de poder comprender la segunda parte de este trabajo, la cual consiste en –precisamente– desarrollar la prescripción en el campo del Derecho Penal y, en particular, cómo opera en el delito de cohecho pasivo propio.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de San Martín de Porres - Filial Norte. Fundador y responsable del Área Penal del Estudio Villegas Paiva Abogados.

II. EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

1. Definición de cohecho

La corrupción cuando se presenta en las esferas de competencia –en sentido amplio– de los funcionarios y servidores públicos se denomina cohecho. Es así el cohecho una especie concreta de corrupción focalizada en atención a los comportamientos de los sujetos públicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado del correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la imparcialidad como condición funcional de sus actos[1].

Esta figura delictiva puede ser definida como el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones[2].

Debe señalarse, desde ya, que en los delitos de cohecho se produce una particularidad en la tipificación penal, que los distingue de los delitos de concusión y de peculado, pues no solo se articula una respuesta sancionadora con respecto al *intraneus*, sino que el particular (*extraneus*) es también objeto de valoración de forma específica, sin apelar a las instituciones de la participación delictiva[3].

2. Clasificación de los delitos de cohecho

Como explica Rojas Vargas[4], los artículos 393 al 401 del Código Penal vigente (reformados por la Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004; por la Ley N° 29316 del 14 de enero del 2009 y por la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011) presentan la siguiente gama de tipos penales de cohecho:

a) Cohecho pasivo propio (artículo 393). Tipo penal que admite tres modalidades:

   a.1) Cohecho mediante aceptación o recepción.

(1) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 288.
(2) Ibídem, p. 289.
(3) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tercera edición, Idemsa, Lima, 2016, p. 512.
(4) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 294 y 295.

a.2) Cohecho mediante solicitud.

a.3) Cohecho mediante condicionamiento.

b) Soborno internacional pasivo (artículo 393-A).

c) Cohecho pasivo impropio (artículo 394). Tipo penal que se subdivide en cohecho por aceptación-recepción y cohecho por solicitud.

d) Cohecho pasivo específico (artículos 395 y 396).

e) Cohecho activo genérico (artículo 397). Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.

f) Cohecho activo transnacional (artículo 397-A). Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.

Ahora bien, conforme al enunciado del título del presente trabajo abordaremos en forma concreta el delito de cohecho pasivo propio, y especialmente analizar cómo opera el instituto de la prescripción en este tipo penal.

3. El delito de cohecho pasivo propio

3.1. Descripción legal

El antecedente más inmediato y directo del artículo 393 que regula los supuestos delictivos denominados cohecho pasivo propio es, sin duda, el artículo 349 del Código Penal derogado de 1924, el mismo que fue modificado por el Decreto Legislativo N° 121 de junio de 1981. En forma parecida fue la fórmula que adoptó el legislador en el Código Penal de 1991. Luego, tal numeral se modificó por el artículo 1 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, la fórmula legislativa tiene el siguiente contenido:

> "Artículo 393.- 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".

3.2. Tipicidad objetiva

3.2.1. Bien jurídico

El objeto de tutela penal implícito en las normas penales que regulan los tipos de cohecho pasivo y activo es, en sentido general, garantizar el correcto funcionamiento y el prestigio de la Administración Pública, y más específicamente –para varias modalidades de corrupción– asegurar el principio de imparcialidad que debe guiar la conducta funcional de los sujetos públicos.

La imparcialidad en el ejercicio funcional significa que la toma de decisiones y, en general, los actos funcionales de los funcionarios y servidores públicos deben hallarse al margen de condicionamientos externos o internos o presiones ilegales, fundamentalmente patrimoniales, que los desnaturalicen[5].

Sobre el particular la Corte Suprema ha señalado que:

"La ubicación sistemática de la infracción punible en el rubro de los delitos cometidos por funcionarios públicos es trascendente, pues definen su ámbito de aplicación. Así, el bien jurídico protegido

(5) Ibídem, pp. 291 y 292.

–para los delitos de cohecho– lo constituye el correcto funcionamiento del desempeño funcionarial del agente público"[6].

En otra oportunidad sostuvo que:

"(...) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (...)"[7].

3.2.2. Sujeto activo

Según se deprende de la redacción normativa, la calidad de autor solo puede ostentarla aquel que se encuentra revestido de la función pública (funcionario o servidor público), quien debe actuar con ocasión de los servicios públicos que presta a la nación; por tales motivos, se erige como un delito especial propio[8].

Debe precisarse que el particular que otorgue, ofrezca, acepte otorgar o prometa donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a favor del funcionario o servidor público no responderá como cómplice, sino como decíamos líneas atrás, este *extraneus* será titular de su propio injusto, esto es, del delito de cohecho activo.

Ello no implica que cohecho pasivo propio y cohecho activo dependan uno de otro para su existencia, sino que pueden presentarse de forma separada, dependiendo de la determinación del verbo rector del tipo penal *in comento*. Así, por ejemplo, si el agente funcionario o servidor público acepta o recibe algún beneficio de parte del particular, estaremos ante las figuras de cohecho pasivo propio (cuyo sujeto activo es el funcionario o servidor público) y ante un cohecho activo (cuyo sujeto activo es el particular). Por el contrario, si el funcionario o servidor público solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, pero el particular no acepta, solamente se habrá configurado el delito de cohecho pasivo propio. En otras circunstancias, si el particular es quien ofrece promesa, donativo o cualquier otro beneficio, pero el funcionario o servidor público no acepta, solo estaremos ante el delito de cohecho activo genérico.

(6) R. N. Nº 943-2009, emitida el 11 de junio de 2010.
(7) R. N. Nº 1406-2007, emitida el 7 de marzo de 2008.
(8) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit, p. 549.

Por otro lado, en cuanto a la complicidad, la Corte Suprema tiene dicho que:

> "La viabilidad de esta apreciación jurídica a título de complicidad primaria se sostiene en la doble estructura del delito de cohecho pasivo propio, esto es, tanto como uno de mera actividad, amparado en los supuestos 'de aceptar promesa o cualquier otra ventaja o beneficio' –supuesto que no admite participación alguna–, como uno de resultado, al castigarse el 'recibir donativo, o cualquier otra ventaja o beneficio' –que consiente perfectamente la complicidad– (...)"[9].

3.2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este delito es el Estado, como titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la Administración Pública, cuando el funcionario o servidor público privatiza el cargo, recibiendo ventajas indebidas a cambio de contravenir sus obligaciones funcionales.

3.2.3. Conducta típica

Sobre las conductas típicas, la Corte Suprema ha manifestado correctamente que:

> "Que el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de cohecho pasivo propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del Código Penal, referida a 'aceptar' o 'recibir' donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (*extraneus*); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto *intraneus* (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o

(9) R. N. N° 35-2010, emitida el 29 de marzo de 2012.

beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; **b)** la prevista en el **segundo párrafo:** cuya acción típica se concentra en el verbo rector 'solicitar', el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y **c)** la modalidad recogida **en el tercer párrafo**, la que se encuentra constituida por el verbo legal 'condicionar', supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución (...)"[10].

3.2.4. Consumación y tentativa

Sobre este aspecto, Rojas Vargas manifiesta que la consumación dependerá de la modalidad de cohecho pasivo propio que se halle en juego[11].

Así, en el cohecho mediante solicitud la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad, no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la entrega del bien o la concreción de la ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa. En cambio, en el cohecho por recepción, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la recepción del bien o la materialización de la ventaja; en el caso de

(10) R. N. N° 12667-2010, emitida el 11 de marzo de 2011.
(11) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 288 y ss.

aceptación de promesa, se consumará el delito con la complacencia verbal y hasta gestual del funcionario o servidor.

En lo referente a la tentativa, resulta admisible para el caso en que el delito admita graduación o espaciamiento de actos ejecutivos, por ejemplo, en el cohecho por recepción material de donativos o ventajas.

III. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

1. La prescripción penal: definición

La prescripción constituye un mecanismo que condiciona el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sometiéndolo a determinados límites materiales. El poder sancionador no puede ser ejercido de manera absoluta, incondicional e ilimitada, pues toda forma de poder, incluido el penal, en un Estado de derecho, está sujeta a límites, presupuestos y condicionamientos. Uno de estos límites derivados de la esencia misma del Estado constitucional de derecho lo representa el instituto de la prescripción, por el cual el Estado prescinde de la aplicación de la pena, o de la persecución penal, cuando una vez transcurrido un lapso de tiempo no se llega a una condena mediante sentencia firme(12).

Entonces, podemos definir a la prescripción en el campo del Derecho Penal como una autolimitación al *ius puniendi* del Estado(13) con base en razones político-criminales(14), y consiste en la extinción de la posibilidad de evaluar la responsabilidad penal o de ejecutar una sanción penal debido al transcurso de un cierto lapso de tiempo(15) prefi-

(12) En este sentido, CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. CASTAÑEDA OTSU, Susana. (Directora), Grijley, Lima, 2010, p. 643.

(13) Como dice Manzini: "Mediante la prescripción el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando su soberano poder de castigar". MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal*. Vol. V, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 601.

(14) Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; CASTRO TRIGOSO, Hamilton y RABANAL PALACIOS, William. *El Código Procesal Penal*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 115; PARIONA ARANA, Raúl. "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?" En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011, p. 222.

(15) Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Tercera edición, Grijley, Lima, 1999, p. 668; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I, Idemsa, Lima, 1996, p. 155; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I, Segunda edición, Primera Reimpresión, Grijley, Lima, 2006, p. 392; BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc. Segunda edición, Primera Reimpresión, Buenos Aires, 2000, p.

jado por la ley, de ese modo implica la pérdida de la pretensión punitiva (acción penal) o ejecutoria (de la pena) del Estado por el transcurso del tiempo con o sin ejercicio. La prescripción hace desaparecer el derecho del Estado a ejercer el *ius persequendi in juditio* o el *ius punitionis*, subsistiendo el delito en todos sus requisitos[16].

De acuerdo a esta definición, se entiende que la prescripción no extingue la posible responsabilidad penal de una conducta determinada, sino la posibilidad de evaluar (investigar) si efectivamente esa conducta es penalmente relevante; igualmente no extingue la pena sino la posibilidad de ejecutarla, lo que en conclusión significa que no extingue el delito, sino su persecución. Como indica Meini: "la prescripción de la acción penal, no desaparece ni el delito, ni la responsabilidad penal; únicamente la obligación estatal de perseguir y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante"[17]. Y cuando la responsabilidad penal ya ha sido demostrada en un proceso penal con todas las garantías, y por ende el autor o partícipe del mismo ha sido sancionado con una pena concreta pero esta no ha sido ejecutada por algún motivo ajeno al proceso, entonces lo único que extinguirá la prescripción será la ejecución de la pena, a pesar de que en ese momento exista la posibilidad fáctica de ser impuesta.

Cuando se dice que la prescripción produce indefectiblemente la extinción de la posibilidad de evaluar la responsabilidad criminal, pero subsistiendo el delito en todos sus requisitos debe entenderse, sobre esto último, que la prescripción se produce sin pronunciarse sobre el

224; VELA TREVIÑO, Sergio. *La prescripción en materia penal*. Doceava edición, Trillas, México D.F, 2002, p. 57; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 582; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "La guerra de la prescripción. Crónica y crítica del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a propósito del artículo 132.2 del Código Penal". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-abril de 2011, p. 381.

(16) Cfr. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Primera edición, segunda reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 119; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Ob. cit., p. 441; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, 2003, p. 28, quien afirma que el delito no resulta ni negado ni extinguido.

(17) MEINI MENDEZ, Iván. "Sobre la prescripción de la acción penal". En: MEINI MENDEZ, Iván. *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, 2009, p. 282. Continuará señalando el citado autor que un hecho penalmente relevante no es solo un delito, sino todo comportamiento que tenga apariencia delictiva (solo así se puede sostener que una sentencia absolutoria no significa que el Estado haya restringido de manera ilícita la libertad del procesado). En pocas palabras, la prescripción de la acción penal es una condición que impide la persecución penal.

fondo[18], es decir, sin entrar al análisis sobre el ilícito penal y la responsabilidad penal del imputado. Y es que la prescripción del delito o de la falta consiste únicamente en la extinción de valorar jurídico-penalmente los hechos[19], lo que genera la imposibilidad de investigar[20] y, por ende, atribuir responsabilidad criminal. Lo que se impide es toda actuación de los poderes públicos encargados de la investigación, persecución, sanción y ejecución del delito[21].

En tal sentido, no es posible predicar que este instituto genere la desaparición de los efectos antijurídicos del hecho o que opere como una causa de justificación sobreviniente. Un acto ilícito no puede convertirse en lícito por el simple transcurso del tiempo.

Se trata solo de cuestiones político-criminales que aconsejan no proseguir con la acción penal o en todo caso con no ejecutar la sanción penal impuesta. Si se entiende que el ejercicio del *ius puniendi* se ejerce en todos los Estados de manera selectiva, entonces atendiendo a razones de justicia o de conveniencia político-criminal, en donde no todos los delitos se persiguen o los que se persiguen no siempre terminan exitosamente con condena; una de las maneras como se expresa dicha selectividad es la prescripción en la que se desechan o desestiman casos por el transcurso del tiempo.

De esta forma el Estado renuncia[22] a la persecución del delito cuando el paso del tiempo ha cubierto el crimen con el manto del olvido y es prioritario maximizar esfuerzos en la persecución de otros

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Segunda edición, primera reimpresión, Rodhas, Lima, 2009, p. 1090. En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional: "El ejercicio del *ius puniendi* expresado en la potestad del Estado para la persecución de las conductas reprochables como infracciones penales no puede desenvolverse *ad infinitum*, teniendo un límite temporal que se encuentra establecido por ley para cada conducta humana específica, constituyéndose la prescripción en una causa legal que imposibilita un pronunciamiento de mérito sobre el fondo del asunto materia de controversia" (R.N. N° 646-2003-Puno, del 18 de julio de 2003. En: CASTILLO ALVA, José Luis. *Jurisprudencia penal 2. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Grijley, Lima, 2006, p. 665).

(19) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. En: GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 402.

(20) El Tribunal Constitucional sostiene que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. (STC Exp. N° 1805-2005-PHC/TC, F. J. 7. Igualmente, STC Exp. N° 6063-2006-HC/TC, F.J. 3.5).

(21) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 373.

(22) FARALDO CABANA, Patricia. *Las causales de levantamiento de pena*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 94.

delitos, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos ocurridos muy lejos en el pasado, pues la sanción de los hechos ocurridos hace tiempo no logrará más los efectos preventivos deseados[23]. La prescripción es en suma una autolimitación del Estado[24] que, por medio y a través de su propio sistema legislativo, se impone limitaciones a lo que es su derecho: deber de perseguir y sancionar a quienes hayan transgredido las normas penales, bajo consideraciones de política criminal.

Ahora bien, esta autolimitación o renuncia a proseguir con la persecución criminal no es completamente libre o de un acto puramente discrecional, sino que se trata de un instituto regulado por el ordenamiento jurídico que prevé la imposibilidad de dictar una sentencia si es que se va más allá de los plazos previstos por las normas jurídicas. Se alude en este ámbito a la obligación de respetar el principio de proporcionalidad en la vertiente del subprincipio de necesidad en la medida que sería ilegítimo no prescindir de la persecución penal cuando por el lapso del tiempo decae la necesidad social de castigo[25].

2. Clases de prescripción

Como una forma de autolimitación del *ius puniendi*, el propio ordenamiento jurídico ha regulado algunos supuestos o **causas de extinción de la acción penal** (artículo 78 del Código Penal), tales como la muerte del imputado, la amnistía, la cosa juzgada y la **prescripción**.

De otro lado, también se han regulado algunos supuestos que se verifican después del dictado de una sentencia firme y afectan la potestad estatal de ejecutar la pena impuesta, son las denominadas causas de **extinción de la ejecución de la pena** (artículo 85 del Código Penal). Entre ellas tenemos a la muerte del condenado, la amnistía, el indulto, cumplimiento de la pena, la exención de pena, y también se incluye dentro de este catálogo a la prescripción.

(23) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general.* Quinta edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 781.

(24) Véase, por todos, HAIRABEDIAN, Maximiliano y ZULOETA, Federico. *La prescripción de la acción penal.* Mediterránea, Córdova, 2006, p. 25; para quienes "La prescripción constituye una autolimitación que se impone el Estado en sus facultades de persecución del delito, ya sea dando por terminado un proceso en trámite o dejando de aplicar una pena oportunamente impuesta".

(25) CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC". Ob. cit., p. 644.

La extinción del poder estatal de sancionar puede presentarse antes de dictarse sentencia de condena o después de que ella se haya ejecutoriado o consentido. En el primer caso se habla de la extinción de la punibilidad en abstracto o extinción de la acción penal; y, en el segundo, de extinción de la punibilidad en concreto o extinción de la pena.

Las causas de extinción de la acción penal impiden el inicio o la prosecución de un proceso penal, mientras que las causas de extinción de la pena se presentan en los casos que ya existe una sanción impuesta que debe cumplirse. En tal sentido, se advierte que en nuestro país la prescripción ha sido regulada como causa de extinción de la acción penal y como causa de extinción de la ejecución de la pena. Así, la prescripción tiene por objeto prohibir el inicio o continuación de la persecución (prescripción de la acción penal) y también excluir la ejecución de la sanción penal (prescripción de la ejecución de la pena).

2.1. Prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal, también conocida como prescripción de la persecución penal, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal. En tal sentido, pone término a la facultad represiva del Estado antes de que medie sentencia condenatoria.

La prescripción no solo constituye un impedimento para que se emita una sentencia condenatoria, sino también constituye un obstáculo a la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público y que paraliza inmediatamente el proceso penal cuando ya se ha iniciado dicho proceso en sede judicial. De modo que si la prescripción concurre antes o durante la investigación preliminar fiscal, debe declararse inmediatamente el cese de las investigaciones por el advenimiento de tal suceso. El fiscal no puede dar inicio o continuar con las investigaciones si ha ocurrido la prescripción pues, tal como establece el artículo 336 del Código Procesal Penal de 2004, para formalizar o continuar con la investigación preparatoria, el fiscal debe verificar que la acción penal no ha prescrito. Si la prescripción tiene lugar una vez que ya se ha formalizado la investigación preparatoria, entonces el fiscal deberá requerir el sobreseimiento del proceso.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que resultaría inconstitucional que el representante del Ministerio Público, titular de

la acción penal, sostenga una imputación o formule una denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, o que el órgano jurisdiccional abra instrucción (en términos del Código de Procedimientos Penales) en tales supuestos y que además imponga la medida de detención provisoria[26].

Por la prescripción, el Estado está obligado a archivar toda investigación que se lleve a cabo por la comisión de un hecho delictivo, como a sobreseer todo proceso penal que se dirija en contra de los ciudadanos por un delito cuyo margen temporal de persecución ha prescrito.

Ahora bien, el acontecimiento de la prescripción solo da lugar al archivo del proceso por el transcurso del plazo de tiempo determinado para la persecución del presunto interviniente en hechos que podrían subsumirse en alguna figura delictiva determinada, pero ello no implica una absolución del imputado. En otras palabras, la prescripción únicamente supone la declaración de que no se puede perseguir o juzgar a un ciudadano, debido a que los plazos legales para hacerlo se han vencido, lo cual impide que haya un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal o no del sujeto. Por ello, no resulta correcto –cuando se discute la prescripción– tocar cuestiones de fondo que se relacionan con la culpabilidad o la inocencia del ciudadano[27]. Solo se debe reconocer y declarar el vencimiento de los plazos o la extemporaneidad para perseguir el delito. Y es que el trascurso del tiempo no debe llevar a considerar culpable o inocente a una persona.

Lo que sí cabe reconocer es que los efectos procesales de la resolución que declara la prescripción son semejantes a la clase de decisiones que liberan al imputado de responsabilidad penal. Así, por ejemplo, si la persona se encuentra detenida se ordenará su inmediata libertad, si

(26) Véase STC Exp. N° 01912-2012-PHC/TC, f. j. 4.

(27) Así, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 187, cuando sostiene que: "La resolución de prescripción de la acción penal no es una declaración de la inocencia del procesado, tampoco de condena claro está. Sin embargo, muchas veces algunos 'interesados' pretenden dotarle alguna calidad próxima (o igual) a una resolución de inocencia. Así, por ejemplo, puede que el ilícito cometido a la luz de los hechos y pruebas sea evidente (que con seguridad conllevará a la condena), pero que por transcurso de un plazo determinado surte efecto la prescripción, archivándose el caso. Es decir, en el procedimiento de algunos casos puede suceder que solo haya faltado tiempo procesal para declarar la condena penal del procesado (o incluso se le haya absuelto)".

el archivo fuera definitivo y si beneficia a todos los imputados se archivara el proceso respecto a todos ellos[28].

2.2. Prescripción de la pena

El paso del tiempo destruye a veces la pretensión persecutoria y sancionadora (*ius puniendi*) del Estado, no en su contenido material, sino en la necesidad material del castigo. Así, por la prescripción de la pena el condenado es sustraído del ámbito ejecutivo de la sanción punitiva, a pesar de haber sido ya reconocido judicialmente como un infractor culpable de la ley penal[29]. La prescripción de la pena presupone que se haya terminado el proceso, esto es, que haya una sentencia condenatoria firme y consentida, y que la pena impuesta por la misma no se haya cumplido totalmente[30].

Por lo tanto, la prescripción de la pena puede ser definida –siguiendo a Angulo Arana[31]– como un instituto que extingue o cancela la posibilidad jurídica de que el Estado pueda hacer ejecutar la sanción penal ya decidida y formalmente impuesta a una persona concreta mediante una sentencia firme, en virtud del transcurso de un plazo de tiempo, luego de emitida la decisión, sin que se empiece a ejecutar o desde que se interrumpió el cumplimiento que se había iniciado.

En ese sentido, se entiende que la prescripción de la pena difiere de la prescripción de la acción en que la renuncia estatal no opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, sino sobre el derecho que tiene de ejecutar las penas ya impuestas por los órganos judiciales mediante sentencia firme y consentida[32].

Ahora bien, lo que se cancela no es la sentencia o la pena en sí, sino la ejecución física de esta por el Estado durante el tiempo fijado en la

(28) CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC". Ob. cit., p. 745.

(29) Manzini sostenía que "la prescripción de la pena significa la extinción, por el transcurso del tiempo, de la potestad estatal de hacer ejecutar la pena impuesta al reo por su delito" (MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal*. Vol. V, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 781).

(30) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 31.

(31) ANGULO ARANA, Pedro Miguel. "Efectos y requisitos de la prescripción de la pena". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, p. 78.

(32) VALDIVIEZO VALERA, Ana Ivonne. "La suspensión de la prescripción de la acción penal en virtud del artículo 339.1 del Nuevo Código Procesal Penal. Una visión que no se quiere ver". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. tomo 30, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2011, p. 240.

sentencia, sin que tal impunidad tenga efecto en cuanto a otras consecuencias[33], es decir, lo que ya no puede ejecutarse es la pena principal, pero al no haber prescrito la condena en sí, subsisten las penas accesorias y los efectos penales de la condena[34].

De lo dicho se puede observar que la prescripción de la pena toma como fundamentos criterios materiales[35], esto es, la falta de necesidad de pena por el decurso del tiempo, excluyendo a este nivel criterios de naturaleza procesal, pues las dificultades probatorias que se generan por el paso del tiempo, no podrán presentarse en un proceso penal que ya culminó, por lo tanto difícilmente se puede alegar en este punto una posible afectación al derecho de defensa o a un proceso con todas las garantías, o que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

3. Los plazos de la prescripción

El cómputo de los plazos de prescripción se encuentra establecido según la naturaleza del ilícito penal. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito de que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado.

Dichos plazos, por lo general, y tal como ocurre en el caso peruano, están fijados expresamente en la ley penal, conforme a la naturaleza del delito y de la pena máxima incriminada abstractamente para este[36], así como a las figuras concursales delictivas que se puedan presentar,

(33) ZAFFARONI, Eugenio. Ob. cit., p. 39.

(34) BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 287.

(35) Para Peña Cabrera Freyre, estos criterios procesales, en el caso de la prescripción de la pena, serán más rebatibles y objetables que los de la prescripción de la acción penal, puesto, que en tal hipótesis, la situación jurídica sobre quien pesa la potestad ejecutiva de pena, ha sido ya declarado "culpable", habiendo sido sometido a la jurisdicción penal, el estatus de inocente ha sido ya plenamente enervado o destruido, supuestamente mediante suficiente actividad probatoria. Entonces, en la prescripción de la pena, nos encontramos ante un actor, del que ha sido definida ya su situación jurídica: un "condenado", a quien se le ha aplicado el proceso de concreción y de determinación judicial de la pena, es decir, ha recibido una sanción ya concreta en virtud de los artículos 45 y 46 del Código Penal (PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Ob. cit., p. 1133).

(36) En cuanto al punto de referencia que toma en cuenta el artículo 80 del Código Penal para el cómputo de la prescripción de la acción penal, esto es, a cuál pena se refiere cuando señala que la acción penal prescribe en un tiempo igual al "máximo de la pena fijada por la ley para el delito" se acepta pacíficamente que la expresión "pena fijada por ley" significa "pena legal", es decir, marco penal abstracto previsto en cada tipo penal –sea que se establezca solo en la norma de la parte especial o exija su conjugación

dependiendo de la gravedad de la pena y en función del estatus funcional del autor en especial consideración al bien jurídico objeto de tutela. De igual manera se fijan topes a los plazos prescriptorios, simultáneamente limitados por determinadas excepciones.

3.1. Prescripción ordinaria

Los delitos prescriben en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta), en esto consiste en lo esencial la prescripción ordinaria en el campo penal.

3.2. Prescripción extraordinaria

Respecto al plazo extraordinario de prescripción, la acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (artículo 83 *in fine* del Código Penal).

Con relación a este último punto, las salas penales de la Corte Suprema han establecido como doctrina legal que:

> "Cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a 20 años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de 20 años, y el plazo extraordinario de prescripción será de 30 años. Y cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de 30 años mientras que el plazo extraordinario de prescripción será de cuarenta y cinco años"(37).

Ahora bien, por mucho que se utilicen los vocablos "ordinario" y (como situación excepcional) "extraordinario", lo cierto es que el plazo de prescripción para la mayoría de delitos se corresponde con la sumatoria de la pena más grave y su mitad. Dicho de otro modo, si tomamos en cuenta que la actuación del Ministerio Público y de las autoridades judiciales es lo obvio es una investigación, todos los hechos delictivos judicializados se rigen por la llamada prescripción extraordinaria, aunque en este caso y atendiendo a la realidad, se ha convertido en la regla general. Esta lectura sistemática toma más sentido cuando estamos

con algún otro precepto de la parte general del Código Penal– por obra del legislador (pena abstracta) y no pena concreta (cuya determinación compete al juez).

(37) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116, f. j. 10.

ante procesos penales cuyo objeto es la "alta corrupción", aquel supuesto criminológico donde las conductas de abuso y aprovechamiento de poder no solo involucran a muchas personas, sino también a altos mandos de la gestión pública y donde los intereses económicos se cuentan por unidades de millón. La alta corrupción por complejidad estratégica al momento de su comisión (que supone dificultades probatorias y maniobras de impunidad a lo largo del proceso), resulta ser un escenario donde el Estado deba contar con más tiempo para investigar y juzgar (que no es lo mismo que condenar)[38].

Por otro lado, con respecto a la prescripción de la pena, el legislador ha establecido en el artículo 86 del Código Penal que dicho plazo es el mismo que fija la ley para la prescripción de la acción penal. Siendo así, resulta necesario remitirse al artículo 80 del citado Código, en tanto es ahí –como hemos visto– donde se hace referencia a la prescripción de la acción penal. Entonces, tomando como base el artículo 80 del Código Penal se debe afirmar que la prescripción de la pena ocurrirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley (pena abstracta) para el delito, si se trata de pena privativa de la libertad.

4. La duplicación de los plazos prescriptorios

La dúplica de los plazos prescriptorios se halla prevista en el párrafo final del artículo 80 del Código Penal. Su redacción, modificada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto 2013, es la siguiente:

> "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".

Ahora bien, hasta ahora, tanto la doctrina como la jurisprudencia, de acuerdo al texto legal, habían considerado de manera unánime que la duplicación de los plazos de la prescripción solo era procedente en el caso de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado, cuyo fundamento se puede

(38) GUIMARAY MORI, Erick. Breves notas sobre la prescripción penal en delitos de corrupción de funcionarios. Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/breves-notas-sobre-la-prescripcion-penal-en-delitos-de-corrupcion-de-funcionarios/> (consulta: 03 de mayo de 2016).

encontrar en el mayor reproche que merece aquel funcionario del Estado, en tanto no solo tiene el deber de no dañar los bienes del Estado, sino inclusive el deber de protegerlos.

Tal perspectiva cambia con la modificación efectuada, pues ahora la dúplica de la prescripción será procedente en dos casos: i) en el caso de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este; y, ii) cuando el delito sea cometido como integrante de una organización criminal.

A continuación veamos la forma en que ha sido entendido el primer caso, y cómo puede ser comprendido el segundo, así como las repercusiones que tendría aquel.

4.1. La duplicación de los plazos de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del estado

Por medio del artículo 2 de la Ley N° 26360 del 29 de septiembre de 1994, se adicionó el último párrafo del artículo 80 del CP, en el cual quedó establecido que: "En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica".

Esta adición se hizo con la finalidad de guardar concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú, en el cual se establece que: "el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos".

El fundamento de esta regla especial de duplicación del plazo de prescripción[39] se encuentra en razones de política criminal: se

(39) La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciase en varias ocasiones sobre la aplicación de la regla especial de prescripción. Así, por ejemplo, en el R.N. N° 3443-2001 sostuvo lo siguiente: "De la revisión de autos se aprecia que la conducta imputada como delito de peculado culposo, se halla prevista en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del código sustantivo, ilícito sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, es decir, en este caso no solo debe considerarse el plazo prescriptorio referido a la pena privativa de libertad, sino también el de la otra pena señalada en la citada norma, la de prestación de servicios comunitarios, regulada en el artículo treinta y cuatro del Código Penal; que, en tal virtud, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del numeral ochenta del mismo cuerpo legal, en los delitos que merezcan otras penas distintas a la privativa de libertad, la acción penal prescribe a los tres años, y considerando el plazo extraordinario previsto en el último párrafo del artículo ochenta y tres, la prescripción operaría para esta pena a los cuatro años y seis meses; que además de lo

busca combatir de modo idóneo y adecuado una forma especial de criminalidad que tanto daño produce al Estado, crea un profundo lastre de nuestro sistema democrático, defrauda las expectativas sociales, es una causa paradigmática de la ineficiencia estatal y de debilidad de nuestras instituciones públicas: la criminalidad administrativa o funcionarial, llamada también delincuencia de posición estatal, entre la que destaca nítidamente la corrupción de funcionarios en sus diversas formas comisivas, pero que abarca otras figuras delictivas en las que aparece como autor un funcionario público[40].

Se reconoce un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas[41].

anterior, debe agregarse lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo ochenta, modificado por la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta, referido a que en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, como es el caso de autos, la prescripción se duplica; por lo que en el presente proceso la prescripción de la acción penal operaría a los nueve años de sucedidos los hechos instruidos, término que a la fecha aún no ha transcurrido, ya que tales hechos acontecieron en el año mil novecientos noventa y cinco".

(40) CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 128, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2004, p. 18.

(41) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, F. J. 12. En el mismo sentido, Castillo Alva señala que: "Los funcionarios públicos cuando cometen delitos aprovechando su particular posición de poder no solo generan un daño directo al Estado y a la organización política, sino que infringen y hacen claudicar los deberes y obligaciones que deben cumplir celosamente, así como desestabilizan el cuadro de expectativas sociales que sobre ellos se ciernen. El peor perjuicio que reciben las democracias no es aquél que surge de agentes externos, de grupos marginales, de las potencias extranjeras o de la llamada anomia social, sino del incorrecto desempeño de quienes ostentan el poder que con su conducta contradicen la justificación de su especial posición: la búsqueda del bien común" (CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos". Ob. cit., p. 21.)

Ahora bien, uno de los aspectos más importantes sobre el tema en cuestión es delimitar cuáles son los delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan el patrimonio del Estado y que, por tanto, provocarán una duplicación del plazo de su persecución penal. Y en específico, del tema en particular sobre el que versa el presente trabajo: determinar si es procedente la dúplica de la prescripción en los delitos de cohecho.

Al tratar de resolver esta problemática y poner fin a las controversias suscitadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, afirma que debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos", pero debe tomarse en cuenta que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos[42].

La referida Corte señala, además, que si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

(42) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, f. j. 14.

a) Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público– y el patrimonio del Estado.

b) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

c) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía[43].

Una interpretación distinta –sostiene la Corte Suprema– sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal[44].

Ante ello debemos señalar que no parece correcto que se exija una vinculación directa (de administración, percepción o custodia) entre el sujeto activo y el patrimonio del Estado[45], pues con dicho criterio su ámbito de aplicación se reduciría a los delitos de peculado (artículos 387 y 388 del Código Penal) y malversación de fondos (artículo 389 del Código Penal)[46]. Entendemos que una de las finalidades político-

(43) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, f. j. 15.

(44) Ibídem, f. j. 16.

(45) Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos según el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011, pp. 31-32; MENDOZA ALCA, Javier. "La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 17, N° 155, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 47.

(46) Si bien el delito de malversación de fondos ha sido habitualmente propuesto como ejemplo de delitos que afectan el patrimonio del Estado y que, por tanto, en tal ilícito penal procedería la dúplica de la prescripción, lo cierto es que tal criterio no es absoluto, ni la Corte Suprema ya lo comparte, si observamos la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 1791-2012-Áncash, donde se sostiene que No resulta aplicable al delito de malversación la duplicación del plazo de prescripción, pues el bien jurídico que tutela no es el patrimonio del Estado ni la posibilidad de disponer de él, sino la eficacia, la buena

criminales del artículo 41 de la Constitución y el artículo 80 del Código Penal consiste en brindar un mayor nivel de protección al patrimonio estatal independientemente si los bienes estuvieron o no bajo la administración o custodia específica del funcionario o servidor público, tal como es el caso, por ejemplo, del delito de colusión (artículo 384) donde el sujeto activo participa en una concertación que finalmente defrauda patrimonialmente al Estado, o en algunas modalidades del delito de cohecho (artículo 383 y siguientes del Código Penal) donde el acto de corrupción tenga por finalidad que el Estado deje de percibir ingresos económicos o se desprenda indebidamente de su patrimonio, causando un perjuicio.

Por tanto, consideramos que la dúplica del plazo de prescripción procede en los siguientes delitos: colusión (artículo 384 del Código Penal), peculado doloso y culposo (artículo 387 del Código Penal), peculado de uso (artículo 388 del Código Penal), malversación de fondos (artículo 389 del Código Penal), cohecho pasivo (artículo 393 del Código Penal) siempre que se acredite que el acto de corrupción cause un perjuicio al patrimonio estatal, y enriquecimiento ilícito (artículo 401 del Código Penal).

Tampoco es relevante para la aplicación de la regla especial de duplicación del plazo de prescripción que el tipo penal describa como bien jurídico protegido al patrimonio del Estado; ello puede darse, pero no es el sentido de la norma, ni el criterio esencial para su aplicación, sino que lo realmente relevante para la dúplica del plazo prescriptorio será determinar si el tipo penal, al margen de que no considere como bien jurídico protegido primariamente el patrimonio del Estado, se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación directa del patrimonio del Estado. Visto así, en este ámbito se podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado afectando su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó

marcha, la disciplina y la organización en la ejecución del gasto y en la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos; máxime si los fondos públicos no se pierden, sino que permanecen dentro del ámbito del dominio de la Administración Pública. Debido a los límites de espacio concedidos, dejaremos para otra oportunidad, el análisis sobre lo acertado o no del planteamiento expuesto en la ejecutoria suprema citada.

de cobrar lo que le correspondía; piénsese solamente en el caso donde un funcionario de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria se deja sobornar por un empresario a efectos de que realice una devolución dineraria ilegal ascendente a varios millones de dólares con la promesa de un reparto posterior del "botín"; hecho que efectivamente se consuma.

En conclusión, a efectos de la aplicación de la regla especial de duplicidad de la prescripción, el mandato normativo constitucional y legal requiere únicamente que la acción ilícita se dirija "contra el patrimonio estatal", mas no que el tipo penal del delito perpetrado tenga como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. En estos casos se observa, pues, que pese a tratarse de delitos que no tienen, en primer orden, como bien jurídico, el patrimonio, del contenido y configuración fáctica se puede extraer que efectivamente afectan *directamente* el patrimonio del Estado(47).

Lo que exige la Constitución, la ley penal y el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 es que el delito afecte el patrimonio del Estado. Como ha señalado la Corte Suprema en el referido Acuerdo Plenario "el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos". Como vemos el fundamento de la duplicidad hace referencia a la "lesión efectiva del patrimonio del Estado", y no al bien jurídico protegido en el tipo penal. Decir lo opuesto significaría vaciar de contenido el artículo 41 de la Constitución, toda vez que los delitos de corrupción no tienen como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, sino la esfera prestacional que todo Estado social debe cumplir(48).

Por otro lado, debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

a) En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

(47) Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "La prescripción en los delitos contra la Administración Pública". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, pp. 156-157.

(48) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Sobre la prescripción del caso petroaudios para Alberto Quimper*. Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/sobre-la-prescripcion-del-caso-petroaudios-para-alberto-quimper/> (consulta 24 de abril de 2016).

b) La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta, donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del Sector Público como del Sector Privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40 y 60 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

c) La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentran en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal(49).

Debe quedar claro que el patrimonio del Estado se afecta o se disminuye no solo cuando se le quita (apropiación o sustracción) bienes o dinero en efectivo, sino cuando se le ocasiona pérdidas, costos o simplemente cuando se impide que perciba bienes o activos. La lesión del patrimonio no solo tiene que ver con el daño a lo que ya existe, sino que también corresponde analizar lo que se deja de percibir gracias a la realización de una conducta de corrupción(50).

Se debe tener en cuenta que a efectos de la duplicidad de los plazos de prescripción y la aplicación del artículo 80, no interesa si el funcionario público interviene en calidad de autor directo, autor mediato o como partícipe en el hecho delictivo: instigador o cómplice, en cualquiera de sus formas. La ley no realiza ninguna diferenciación ulterior ni precisa que la duplicidad de los plazos solo debe recaer en quienes son autores del delito, por lo que la norma debe aplicarse de manera amplia a todos los intervinientes en el hecho, al margen de su

(49) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, F. J. 17.

(50) GUIMARAY MORI, Erick. *Breves notas sobre la prescripción penal en delitos de corrupción de funcionarios*. Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/breves-notas-sobre-la-prescripcion-penal-en-delitos-de-corrupcion-de-funcionarios/> (consulta: 3 de mayo de 2016).

cualidad (autor o partícipe) o el peso de su contribución. Solo así el precepto alcanza una legitimidad político-criminal y de justicia material, plausible y acorde con la necesidad de evitar la impunidad de los agentes públicos[51].

4.2. La duplicidad de los plazos de prescripción y el partícipe *extraneus*

Otro aspecto problemático es determinar si se debe aplicar la duplicación del plazo de prescripción a aquellas personas (particulares) que han intervenido en un delito cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, por ejemplo, en el delito de cohecho.

Como se sabe, los autores de los delitos contra la Administración Pública pueden no actuar solos, sino valiéndose de sujetos comunes, es decir, de quienes no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, y por lo cual en estos casos se les denomina *extraneus*, y es, pues, sobre ellos donde surge la problemática de la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción.

La respuesta al problema planteado debe partir –señala la Corte Suprema– por tomar en cuenta que estos tipos de delitos se encuadran dentro de la categoría de delitos de infracción de deber y, por lo tanto, para su configuración no importa el dominio del hecho, sino que se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta.

La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración

(51) CASTILLO ALVA, José Luis. "La prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos". Ob. cit., p. 24.

Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra[52].

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está– de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto como, por ejemplo, en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó–, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente:

a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

b) El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible[53].

Desde esta posición serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única–. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 del Código Penal que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente:

(52) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, F. J. 10.
(53) Ibídem, ff. jj. 10-11.

"Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber(54).

Ahora bien, el Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en su artículo 80, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este.

Siendo que la calidad de funcionario o servidor público del autor se constituye en la condición especial que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Entonces, si bien los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor –dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro Segundo del Código Penal– pero a efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor(55).

En conclusión –como señala Hurtado Huailla(56)– el reproche de la duplicidad del plazo de prescripción se basa en la calidad del agente infractor, en el mayor desvalor de la acción y del resultado, por lo tanto, no teniendo el *extraneus* dicha calidad, corresponde que el cómputo del plazo de prescripción opere como el sujeto común que es.

Y es que el funcionario público no solo tiene el deber de no perjudicar patrimonialmente al Estado (deber general correspondiente a todos los ciudadanos), sino que, como funcionario público, tiene también

(54) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, F. J. 12.

(55) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, F. J. 12.

(56) HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia. "La duplicidad de los plazos de prescripción que regula el artículo 80 *in fine* del Código Penal y el extraneus". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 29, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2011, p. 70.

el deber de evitar que otros afecten el patrimonio estatal, esto es, el funcionario debe cuidar y proteger los intereses del Estado. Esta mayor gravedad de la actuación de los funcionarios públicos justificaría la aplicación de la regla especial de prescripción solo a ellos. E incluso, cuando el funcionario no tenga el deber específico de administrar los bienes del Estado (repárese en que la norma hace referencia únicamente a la calidad de funcionario público), él, como funcionario público, tiene un deber de fidelidad y lealtad, expresado en un deber de proteger los intereses del Estado y, por lo mismo, también los intereses patrimoniales de este. En cambio, los *extranei* no están vinculados a ese deber especial, sino solo al deber general de no afectar el patrimonio ajeno. Por lo tanto, si los *extranei* afectan directamente el patrimonio estatal, su responsabilidad estará definida por la infracción del deber general de no cometer delitos[57].

4.3. La duplicación de los plazos de prescripción cuando el autor comete el delito como integrante de una organización criminal

La segunda parte del último párrafo del reformado artículo 80 del Código Penal cambia todo el panorama de la figura de la dúplica de los plazos de prescripción tal como ha venido siendo entendida hasta ahora, desde su fundamento y razón de ser (los mismos que hemos visto en los parágrafos precedentes) hasta los presupuestos de su aplicación. Con lo cual prácticamente vacía de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimila el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal contenida en la primera parte del último párrafo del artículo 80 del Código Penal patrio.

Las razones por las que señalamos lo anterior, las exponemos a continuación.

Mediante esta nueva regulación normativa ya no importa la calidad del agente infractor de la ley penal, lo único realmente resaltante será probar que dicho agente (particular o funcionario público)

(57) Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "Sobre la aplicación de la regla especial de prescripción del artículo 80 in fine del Código Penal a los partícipes extranei". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2012, p. 61.

cometió un ilícito penal como integrante de una organización criminal[58] para que se aplique la duplicación de los plazos prescriptorios. El ilícito penal cometido debe ser uno de los previstos en el artículo 3 de la Ley N° 30077[59].

(58) El inciso 1 del artículo 2 de la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado) establece que "(...) 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".

(59) "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 previstos en la ley.
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 TítuloXII 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 N° 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".

Por lo tanto, los plazos de prescripción se duplicarán para cualquiera (particular o funcionario público) que cometa un comportamiento delictivo previsto en el artículo 3 de la Ley N° 30077.

Siendo así, en los delitos contra la Administración Pública, tampoco será necesario determinar si se vulneró el patrimonio estatal o de una entidad sostenida por este, tampoco el vínculo funcional existente entre el funcionario y el bien patrimonial. Pues si se acredita que lo hizo como miembro de una organización criminal, esto es, que lo realizó con la intervención de dos personas o más, procederá la dúplica de la prescripción.

Si es así como debe entenderse la modificatoria efectuada al artículo 80 del Código Penal, entonces parece incompatible con lo prescrito en el artículo 41 de la Constitución Política, en tanto esta solo habilita la duplicación de los plazos de prescripción en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos.

Nuestra Carta Magna no ha previsto la posibilidad de duplicar los plazos de prescripción para cualquier delito, diferente a los que cometan los funcionarios públicos afectando el patrimonio del Estado.

Bajo los cánones de esta previsión constitucional, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se sostiene –como se ha visto– que no es posible duplicar los plazos de prescripción en aquellos delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en los que no se afecte (lesione o ponga en peligro) el patrimonio del Estado. Pero con la nueva redacción del artículo 80 del Código Penal al parecer se echa al olvido la ley fundamental y la interpretación que de ella han realizado los tribunales de justicia.

Por otro lado, con la modificación *in comento* ¿procede duplicar los plazos de prescripción a los partícipes *extraneus* de delitos contra la Administración Pública? La respuesta es afirmativa, pues si no interesa tener en cuenta la calidad del agente infractor, entonces es procedente que a todos los integrantes de una organización delictiva se admita la dúplica de la prescripción. Así, por ejemplo, si el funcionario público comete el delito de colusión, con la colaboración de dos sujetos particulares (partícipes *extraneus*), a los tres es posible aplicar la dúplica de los plazos prescriptorios, sin tomar en cuenta quién es funcionario

o quién es particular (aspectos últimos que solo servirán para el título de imputación y pena a imponer). Lo que acabamos de señalar es igualmente aplicable en otros delitos contra la Administración Pública, en los que no se afecte el patrimonio del Estado.

En el caso específico de los delitos de cohecho, se podrá aplicar la dúplica de la prescripción, tanto contra el funcionario (*intraneus*) como contra el particular (*extraneus*) al margen de que en este caso cada uno responda por su propio injusto (pasivo y activo), sin importar si en el caso en concreto haya existido una afectación al patrimonio del Estado, solo bastará acreditar que el *intraneus* y *extraneus* formaban parte de una organización criminal si solo se acredita que uno de ellos formaba parte de una organización criminal, entonces solo a él, deberá efectuarse la dúplica de la prescripción.

Como se observa, con la modificación al artículo 80 del *Código* Penal se cambia todo ello, aumentándose los márgenes ampliatorios de los plazos de prescripción penal, dejando de ser una medida excepcional para convertirse en la regla general.

Ahora bien, bajo esa perspectiva solo podrá ser aplicable la primera parte del último párrafo del artículo 80 del Código Penal, cuando el funcionario o servidor público realizó la conducta delictiva solo o con la ayuda de una persona más, pues al no tratarse de una organización criminal (debido al número de agentes que intervinieron en la comisión del ilícito penal) debe en ese supuesto observarse que se afectó el patrimonio estatal; de no haber sido afectado no podrá aplicarse la duplica de la prescripción.

La redacción de la segunda parte del último párrafo del artículo 80 del Código Penal también podría ser objeto de una segunda interpretación, con el fin de reducir las contradicciones anotadas en las líneas anteriores, aunque creemos que esta última no ha sido la finalidad de los legisladores al momento de su creación, e igualmente presenta algunas deficiencias. Veamos cuál es esta segunda interpretación.

Al margen de la dúplica de los plazos prescriptorios en los delitos cometido por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado, se podría sostener que la segunda parte del último párrafo del artículo 80 del Código Penal es ampliar los supuestos de dúplica de la prescripción para los delitos cometidos por funcionarios o

servidores públicos, y solo para tales agentes que revisten dicha condición especial. Así, es procedente que los plazos de prescripción se dupliquen en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos como integrante de organizaciones criminales, sin tomar en cuenta si la conducta delictiva fue contra el patrimonio del Estado, pero para ello sería necesario que se den dos condiciones: la primera, que el sujeto activo debe tratarse de un funcionario o servidor público, pero la segunda condición no es que se tenga que afectar el patrimonio del Estado, sino simplemente que el funcionario haya actuado como integrante de una organización criminal, sin importar el tipo penal que cometió, pudiendo tratarse de un delito contra la Administración Pública o no, por ejemplo, de un robo agravado, trata de personas, pornografía infantil, entre otros. Es decir, aquí no interesa si se afectó o no el patrimonio del Estado, ni tampoco que se trate de un delito contra la Administración Pública, pues no se toma en cuenta la naturaleza del ilícito penal cometido, o que bien jurídico pretende proteger el tipo penal en cuestión.

Aquí lo que cobra relevancia es que el funcionario haya ejecutado el delito como miembro de una organización criminal, para lo cual será necesario tomar en cuenta el número de intervinientes en el delito; así, por ejemplo, si al momento de cometer un delito contra la Administración Pública, aun cuando no se haya comprometido el patrimonio del Estado, pero si se valió de la colaboración de dos o más participes *extraneus*, por ejemplo, se podrá hablar de una organización criminal y, por ende, aplicar la duplicación de la prescripción de los plazos prescriptorios, pero solo en relación al funcionario o servidor público.

Bajo esta interpretación lo importante es que lo haya realizado un funcionario o servidor público, pero siempre y cuando –se puede sostener– que se haya valido de esa condición para la perpetración del ilícito penal como integrante de una organización criminal. Si no se valió de su condición de funcionario o servidor público no puede aplicarse la agravante de duplicación de la prescripción; así, por ejemplo, si un servidor público luego de cumplir con sus labores, en las noches, junto a los demás miembros de la organización criminal que integra, entra a la casa de particulares a robar, no será posible que se aplique la duplicación de la prescripción de la acción penal.

Bajo esta nueva interpretación en el caso del delito de cohecho pasivo propio se podría aplicar la duplicidad de los plazos prescriptorios, si se determina que el funcionario o servidor público forma parte de una organización criminal, sin importar si en el caso en concreto existió una ofensividad contra el patrimonio del Estado. Por el contrario, al particular (*extraneus*) autor del delito de cohecho activo genérico no se le podrá aplicar esa duplicidad, aun cuando se determine que forma parte de una organización criminal o de la misma organización que integra aquel funcionario o servidor público.

Si bien este criterio interpretativo corrige algunas deficiencias del criterio anterior anotado, lo cierto es que igualmente no resulta compatible con el artículo 41 de la Constitución, en tanto este artículo de nuestra Carta Magna solo habilita la duplicación en casos de que el funcionario público con su proceder ilícito afecte el patrimonio del Estado. Mientras que aquí se sostiene que es posible duplicar los plazos de prescripción para cualquier delito que hayan cometido tales funcionarios o servidores públicos, sin considerar si los ilícitos penales cometidos por ellos tenían algo que ver con el patrimonio del Estado, sino solo si los realizó como integrante de una organización criminal y aprovechándose de su cargo.

Entonces, a su vez se percibe que la idea, basándose en la norma constitucional citada, de que con respecto a la procedencia de duplicar los plazos de prescripción solo era posible en los delitos contra la Administración Pública, y únicamente cuando de entre ellos se afecte el patrimonio del Estado, sigue quedando de lado.

La configuración del delito de negociación incompatible en el marco de procesos de contrataciones públicas informales

Leonardo CALDERÓN VALVERDE

SUMARIO: I. Apunte previo. II. Aspectos generales del delito de negociación incompatible. 1. Bien jurídico protegido. 2. ¿Delito de daño o de peligro? III. Elementos del tipo objetivo. 1. Regulación actual. 2. Sujetos. 3. El ámbito de aplicación (contrato u operación). 4. Comportamiento típico. IV. Respecto de la vinculación funcional. V. Elementos del tipo subjetivo. VI. Participación. VII. Concursos. VIII. Tentativa y consumación. IX. Cuestiones a la configuración del delito de negociación incompatible en contrataciones públicas informales. 1. Posición jurisprudencial. 2. Contrataciones públicas informales: ¿irregularidad o violación de la Ley de Contrataciones Públicas? 3. ¿Contrato u operación? 4. La configuración del comportamiento típico. 5. ¿Dolo directo, indirecto u eventual? X. Conclusiones.

I. APUNTE PREVIO

El delito de negociación incompatible comprendido en nuestro ordenamiento jurídico penal como un delito de contra la Administración Pública criminaliza aquellas conductas de los funcionarios o servidores quienes por imperativo de la ley portan los intereses del Estado y en perjuicio de estos, favorecen sus intereses personales o de terceros particulares.

En la doctrina se han desarrollado los aspectos de la conducta típica que requiere para su configuración, como las cualidades del agente activo, su vinculación funcional con los ámbitos de la contratación pública en las cuales se desarrolla el delito, u otras particularidades propias del tipo penal. Sin embargo, dentro las distintas maneras de manifestar el interés indebido del sujeto activo, se encuentra el acto simulado.

En el presente artículo desarrollaremos puntualmente una de las manifestaciones del acto simulado en el delito de negociación incompatible, consistente en la posibilidad en la realización de contrataciones públicas informales como un medio para conseguir el interés indebido que persigue el sujeto activo. Asimismo, estableceremos si nos encontramos frente a irregularidades o ante violaciones de la Ley de Contrataciones con el Estado y las demás que regulan la materia en específico.

II. ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. Bien jurídico protegido

Teniendo en cuenta la redacción normativa del tipo penal del delito de negociación incompatible, nos hacemos la idea de que el bien jurídico protegido por este delito de manera general es preservar la relación limpia y justa entre el funcionario público –garante de intereses estatales– y los particulares, evitando de esta manera, cualquier posibilidad de pactos o acuerdos en desmedro de los intereses públicos.

Para la doctrina argentina, no solo se busca preservar la imparcialidad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, sino que, como señala Soler, además, "el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración Pública en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre cubierto de toda sospecha de parcialidad"[(1)]. De esta manera, según la regulación argentina, se protegería la transparencia de los actos administrativos[(2)].

En nuestra regulación actual, el delito de negociación incompatible se encuentra ubicado dentro de los delitos contra la Administración Pública. Acorde con su ubicación normativa, la doctrina nacional considera que el bien jurídico específico de este delito no es otro, que la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que los anteponen a ella, o, en otros

(1) SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*. Tomo V, Buenos Aires, 1951, p. 213.
(2) SANCINETTI, Marcelo. *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas*. En página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46294>, consultado el 19 de febrero de 2016. p. 2.

términos: la imparcialidad de la Administración Pública. En igual sentido, en reciente jurisprudencia la Sala Penal de Apelaciones de Lima ha establecido que:

> "El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionarios o servidor público) que anteponen sus interés a la de ella, en rigor lo que se trata es de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad etc.) en su actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales[3]".

Asimismo, como refiere Rojas Vargas, se busca también mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales[4]. Es decir, este tipo penal busca evitar la existencia de negociaciones propiciadas por el propio funcionario o servidor público con los particulares donde el resultado obtenido son intereses "incompatibles" con los de la Administración Pública[5].

Sin embargo, existe también otra posición en la doctrina que considera un criterio amplio del bien jurídico, incluyendo además la protección del patrimonio estatal. Así, refiere García Cavero que "el deber específico cuya infracción configura el delito de negociación incompatible no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del Estado.

(3) Expediente N° 036-2012, Sala Penal de Apelaciones de Lima.

(4) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 818. En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado que: "Que si bien el tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la trasgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo". R. N. N° 661 – 2009 – Lima, de fecha 10 de marzo de 2010, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

(5) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública.* Jurista Editores, Lima, 2014, pp. 495-496.

Por lo tanto, si el funcionario público ofrece un trato especial a un administrado pero sin poner en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible"[6].

Al respecto, somos de la postura de que la configuración del delito de negociación incompatible, tal y como está regulado normativamente, no depende del perjuicio al Estado, de ahí que el objeto de protección de la norma penal no sea los bienes públicos, ya que entendemos, desde la perspectiva sistemática, que existen otros delitos para tal efecto, como es el caso del peculado o la colusión agravada.

2. ¿Delito de daño o de peligro?

La doctrina nacional es unánime el considerar al delito de negociación incompatible como un delito de peligro[7]. En ese sentido nuestra Corte Suprema ha señalado:

> "El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no existe la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal –importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública–"[8].

De igual manera, en otra jurisprudencia la Corte Suprema ha reafirmado su posición, al señalar que:

> "Es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni en un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto

(6) GARCÍA CAVERO citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 497.

(7) En ese sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 512; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima, 2003, p. 506; CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 30; ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit.

(8) R. N. N° 2068-2012-Lima, de fecha 19 de abril de 2013. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la Administración Pública"[9]

Ahora bien, según la redacción del Código Penal de 1991, el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, esto significa que el peligro debe ser real y de inminente realización, por lo que para su configuración solo es suficiente que se pruebe la existencia de intereses incompatible en el actuar funcionarial[10].

Sin embargo, como refiere Castillo Alva, dicha posición no siempre es seguida de manera uniforme en el Derecho comparado. Una prueba de ello lo representa el caso de la legislación italiana donde se regula el delito de abuso *d'ufficio* (artículo 323), que se configura como delito de daño o de evento que se caracteriza por la producción de una injusta ventaja patrimonial o de un daño injusto[11].

Entendemos que, según nuestra regulación actual, no es posible considerar el delito de negociación incompatible como un delito de resultado, ya que incluso es posible que el delito se haya configurado cuando exista algún beneficio para la Administración Pública[12].

III. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

1. Regulación actual

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.

(9) R. N. N° 3281-2011-Lima, de fecha 24 de enero de 2013, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.
(10) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit. p. 825.
(11) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 32.
(12) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 3 edición, Grijley, Lima, 2014, p. 591.

2. Sujetos

El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber[13], es decir, es un delito especial[14] que solo pueden cometerlo los funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones, quienes vendrían a ser los sujetos activos del delito en cuestión[15].

Asimismo, debe exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, que cuente también con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito[16]. Todo esto con la finalidad de identificar el rol que juega este en la estructura de la negociación o contratación pública, lo que servirá para identificar los grados de participación del sujeto o los sujetos activos[17].

Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado, el hecho punible materia de análisis no se perfecciona[18]. De ahí que consideramos que la cualidad del sujeto activo dependerá en general de las

(13) Es considerado un delito de infracción de deber, pues, junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común –al menos parcialmente– con un beneficiario, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenamente. "Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un status especial, es decir están, referidos a los titulares de un status especial". JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal.* Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, p. 363.

(14) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 501.

(15) Al respecto, nuestra Corte Suprema ha señalado que: "Tercero: (...) así como el delito de negociación incompatible (...), delitos considerados como de infracción de deber, pues, junto al ámbito de los deberes negativos, neminen laedere, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común – al menos parcialmente – con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de la organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un STATUS ESPECIAL". R. N. N° 3156-2011-Lima, de fecha 11 de julio de 2012, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

(16) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 543. En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal.* Tomo II. Editorial Aranzadi, Navarra, 1996, p. 1267.

(17) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit. p. 820.

(18) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 576.

facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones; es decir, que posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación[19]. De tal manera que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo[20].

Cabe señalar, además, que no es necesario que los funcionarios ocupen altos cargos en la Administración Pública, sino, que necesariamente deben tener la vinculación funcional directa o indirecta sobre el proceso de contratación pública. De manera tal, que pueden incluirse todos los funcionarios o servidores públicos que tengan la vinculación funcional necesaria, independientemente, inclusive, de la modalidad en la cual se le ha contratado, p. ej.: puestos contratados, nombrados o de confianza[21]

Es sujeto pasivo genérico del delito el Estado. Las diversas reparticiones públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil[22].

3. El ámbito de aplicación (contrato u operación)

La conducta típica del delito de negociación incompatible, conforme a su regulación normativa, debe recaer específicamente en contratos u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones de la contratación pública no se configuraría el delito[23].

El contrato en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios que vinculan

(19) Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Actuación en interés propio en los fraudes funcionales del artículo 401 CP". En: *Estudios Penales,* PPU, Barcelona, 1991, p. 604; SOLER, Sebastián, Ob. cit., p. 190.

(20) Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* Ob. cit., p. 576. En el mismo sentido, CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., 586 y ss., quien, al respecto, señala que se trata de un abuso funcional, ya que no es suficiente para cometer la infracción el contar con la calidad de funcionario público.

(21) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal,* Tomo VII, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 296.

(22) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit. p. 820.

(23) En ese sentido, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 571.

un intercambio de prestaciones y establecen un marco jurídico de responsabilidades.

Entonces, se puede concluir que, si el interés del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica, los contratos u operaciones en los que interviene a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas (económicas, culturales, de servicios, etc.)[24]. Asimismo, también se entiende que el particular puede ser tanto una persona natural como jurídica. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia ha señalado que:

> "En este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de Administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la Administración actúa unilateralmente a título singular en las subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, contratación de administración de servicios - CAS, entre otros; y como persona pública"[25].

Entre los ejemplos de los contratos donde se puede configurar el delito de negociación incompatible, se encuentran los siguientes[26]:

CONTRATOS
Contratación de consultores[27]
Contrato de permuta de terreno[28]
Contrato para la adquisición de medicinas en general[29]
Contrato de locación de servicios profesionales[30]
Contrato de suministro[31]
Contratación de servicios de fotocopiado[32]
Contrato de adjudicación para la fabricación y colocación de un escudo y logo hecho en cobre dentro del proyecto de "mejoramiento y mantenimiento de fachada municipal"[33]

(24) Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit. p. 820
(25) Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE -01, de fecha 10 de junio de 2013.
(26) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 59.
(27) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 1328-2011, de fecha 9 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente.
(28) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 2196-2011, de fecha 18 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria.
(29) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 1909-2011, de fecha 5 de octubre de 2012 de la Sala Penal Transitoria.
(30) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 3911-2009, de fecha 3 de junio de 2010 de la Sala Penal Transitoria.
(31) Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, de fecha 10 de junio de 2013
(32) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 722-2003, de fecha 1 de agosto de 2013 de la Sala Penal Transitoria
(33) Ejecutoria Suprema del R. N. N° 3156-2011, de fecha 11 de Julio de 2012 de la Sala Penal Transitoria

Se entiende por **operaciones** a los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos. Mediante esta regulación se pretendió abarcar todas las actividades en las que pueda intervenir el funcionario.

La diferencia entre el contrato y la operación es que en esta última hay por lo general una voluntad unilateral del Estado y no un acuerdo de voluntades como en el contrato. La Corte Suprema ha entendido por operación como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración Pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico[34].

4. Comportamiento típico

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados, por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos es por razón del cargo que ostenta al interior de la Administración Pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para tercero[35].

Según la regulación del artículo 399 Código Penal nos señala que el verbo rector es "interesarse" y entre sus modalidades de comisión: a) directamente; b) indirectamente; c) por acto simulado. Y entre los comportamientos materiales:

Se debe partir, señalando qué se entiende por interesarse. Para Creus "es pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros[36]".

- **Interesarse de forma directa.** Es la primera modalidad prevista en la ley penal peruana. Ello implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, sea en

(34) Ver Ejecutoria Suprema del R. N. N° 578-2011, de fecha 29 de febrero de 2012, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.
(35) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 533.
(36) CREUS, citado por ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 820.

el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación –revocatoria, ejecución, etc.– del contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación. Negociación que en fórmula abierta el legislador señala con la frase "cualquier contrato u operación".

- **Interesarse en forma indirecta.** Es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico del uso de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tiene de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos.
- **Interesarse mediante acto simulado.** Es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la Administración Pública, cuando en realidad son particulares o personales. Es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes.
- **En provecho propio o de terceros.** El provecho personal o de terceras personas debe suponer o ser la consecuencia de la conducta de interesarse indebidamente[37].

IV. RESPECTO DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL

En concreto, como señala Rojas Vargas[38], no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo.

Al respecto, cabe describir la Ejecutoria Suprema del 25 de octubre de 2002, que en forma pedagógica argumenta lo siguiente:

(37) Ibídem, p. 823.

(38) Ibídem, p. 820. En igual sentido, RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública;* 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 265. Quien establece que el mero ejercicio de la potestad pública no resulta suficiente para completar los requerimientos del artículo 265 de la legislación argentina. En otras palabras, no todo funcionario público puede cometer el delito de negociaciones incompatibles, sino solo el que interviene en razón de su cargo en el contrato u operación de que se trate.

"Si bien el encausado, médico especialista del Hospital era propietario del Centro Quirúrgico Oftalmológico y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también los es que en la celebración de ambos convenios **el procesado no intervino por razón de su cargo**, tal como exige el tipo penal, debido a que **la decisión de aceptar la propuesta prestada no dependía de** él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido"(39).

En conclusión, será atípica la conducta del funcionario público si este no interviene en la celebración de contratos u operaciones en razón de su cargo, por cuanto no se configura la vinculación funcional.

V. ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración de Justicia(40). No obstante, por la regulación normativa del delito de negociación incompatible es posible que se configure mediante el dolo eventual.

VI. PARTICIPACIÓN

En los actos de contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho (propio de los autores) como actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones, y cuyo contexto de participación puede adquirir diversas manifestaciones (intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negociadores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, entre otros)

En los actos de interesarse ilícitamente, por tratarse de un delito de peligro de imputación personal cabe pensar en la hipótesis de instigación

(39) R.N. Nº 4832-2001-Arequipa en: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública; Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 513.
(40) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 825.

al interés ilícito atribuible a particulares o a sujetos públicos desvinculados funcionalmente. Cabe incluso la posibilidad de que el sujeto activo de negociación incompatible instigue colusiones defraudatorias[41].

VII. CONCURSOS

Pueden generarse situaciones de concurso con los tipos penales de: colusión defraudatoria (artículo 384), tráfico de influencias (artículo 400), fe pública (artículos 427 y 428), patrocinio ilegal (artículo 385) El preordenamiento indebido del curso de la actividad contractual que practica el sujeto activo puede concluir en una colusión defraudatoria.

Asimismo, tenemos que la jurisprudencia acepta la posibilidad de concurso entre el delito de peculado y el delito de negociación incompatible. Sin embargo, para que ello ocurra debe distinguirse de manera adecuada los elementos fácticos y jurídicos de cada una de las infracciones, acreditando la realización de los verbos rectores como de todos los elementos del injusto penal.

No basta ni es suficiente que se haga referencia a un genérico concurso de delitos y no se individualice tanto fáctica, probatoria y jurídicamente cada una de las infracciones penales materia de acusación. Es incorrecto fundamentar la sentencia condenatoria por el delito de peculado doloso por negociación incompatible. Por ejemplo, resulta criticable la condena por negociación incompatible que no desarrolla ni fáctica ni jurídicamente cómo y de qué manera se entiende que se ha realizado la conducta propia del "interesarse" en un concreto acto de contratación estatal[42].

VIII. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de negociación incompatible, como delito de peligro, se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos y operaciones, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial, propio o para terceros, comanda su comportamiento funcional[43]. Para lo cual, como hemos señalado anteriormente, no se requiere que exista el perjuicio patrimonial. Por

(41) Ibídem, p. 827.
(42) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 131.
(43) Ibídem. p. 825

lo tanto, al aceptarse que se trata de un delito de mera actividad o de peligro, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa[44]

IX. CUESTIONES A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN CONTRATACIONES PÚBLICAS INFORMALES

La problemática derivada del delito de negociación incompatible en contrataciones públicas informales viene de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, en donde se aprecian casos de contrataciones que no siguen las formalidades previstas en las leyes del sector, reglamentos y directivas dispuestos por las entidades correspondientes.

Al analizar un reciente fallo (R. N. N° 3281-2011, de fecha 24 de enero de 2013), podemos apreciar la fundamentación que realiza la Corte Suprema para confirmar la sentencia condenatoria contra un funcionario público. Allí, con base en la actuación probatoria, se demuestra su actuación interesada en el ejercicio de su actividad funcional en las contrataciones públicas, al simular formalidades previstas por la ley y reglamento respectivos, pero que en realidad no se cumplían.

1. Posición jurisprudencial

La posición de la sentencia de segunda instancia comentada tiene ciertas particularidades que la hacen interesante para analizarla en función de la problemática expuesta[45]. Así, el caso se refiere a los siguientes hechos.

a) El proveedor "Electro Tarma" fue favorecido en la compra de materiales de instalaciones eléctricas, mediante compra directa y cotización simulada. La pericia revela que se encontró una proforma simple de un supuesto proveedor con razón social Celsi sac, que no registra RUC ni figura en los registros de la Sunat.

b) En la contratación del servicio enchapado con grass del parque de Miraflores, se determinó documentalmente que dicho trabajo se realizó el mismo día de la cotización de los participantes, el trece de julio de dos mil seis y la conformidad data del día siguiente.

(44) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 579.
(45) Véase un análisis de la misma sentencia en CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 76 y ss.

Se observó qe los participantes doña Carmen Camarena Olivera quien registra como giro de negocio "lavado, limpieza y tejido de tela", y don Rubén Tito Huaranga Suichaqui, de profesión técnico electricista, no cuentan con el perfil para realizar el enchapado de grass. Asimismo, los postores no estaban registrados en el Registro Nacional de Proveedores de Servicios de Consucode;

c) Norma Porfiria Martínez Córdova indicó que proveía a la Municipalidad de los pedidos que le formulaban; era requerida a veces por los técnicos a cargo de la obra, o por los encargados de logística o abastecimiento.

d) Luis Ángel Suero Orihuela refiere hacer participado solo por invitación.

e) Brando Elmer Jorge indicó no recordar quién fe la persona que le formuló el pedido de servicios refiriendo que lo buscó un trabajador de la Municipalidad y le pidió una proforma.

f) Julio Vicente Cortés Núñez manifestó que no le pidieron ninguna cotización, ni hicieron licitación, sino directamente le dijeron que haga el trabajo en el salón consistorial de la Municipalidad, refiriendo además no recordar haber elaborado un presupuesto.

g) El ingeniero civil don Bladimir Leo Arce Recuay relató que para realizar el estudio de prefactibilidad se enteró de dicho trabajo debido a que personal de la Municipalidad de Tarma, cuyo nombre desconoce, lo llamó a su oficina ubicada en la ciudad de Huancayo diciéndole que necesitaba un perfilista o proyectista, añadió que luego que le pidieron una cotización, la presentó, informándole que había ganado. De ello, se advierte que no se le solicitó ninguna otra documentación complementaria, ni siquiera su currículum; añade también que las comunicaciones que sostuvo con el Municipio solo fueron por teléfono y que para la elaboración de la prefactibilidad no fue necesario entrevistarse con ninguna persona del Consejo.

h) Alzira Luisa Rodríguez, en el plenario, manifestó que participó como proveedera del municipio; que su empresa o negocio a la fecha se encuentra suspendida y que no se encuentra inscrita en la lista de proveedores; que llegó al municipio para hacer alguna relación comercial y de "pasadita" le invitaron para que dé su

cotización y por teléfono le dijeron que había ganado la buena pro, y emitieron la orden de compra.

i) María Tapia Garay, proveedora, refiere que no se encontraba registrada en la comuna, y para realizar las cotizaciones iban unos jovencitos desconocidos a su establecimiento.

Asimismo, como medio probatorio se ofrece el Informe Especial N° 13-2008-OCI/MPJ -de folios diecisiete a cuarenta y uno- y sus anexos, proveniente del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Tarma del 29 de octubre de 2008, relacionado con el Examen Especial a las Adquisiciones de Bienes y Servicios correspondiente al Año Fiscal 2006. Es decir, al periodo comprendido del 1 al 31 de diciembre de 2006. Habiéndose examinado los documentos del área de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la comuna agraviada se destaca que:

> "Las adquisiciones de bienes realizadas en el periodo dos mil seis no cuentan con los procedimientos de cotización y/o documentos de cotización, así como con el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento de la Buena Pro, así también no cuentan con las fechas en las cuales se realizó, observándose además que no registran ingreso de almacén y carecen de otras formalidades según se detalla en el cuadro número dos denominado "Contratación de Servicios sin Cumplir los Requisitos y Formalidades del folio veinticinco".

Finalmente, como fundamento de su decisión, la sentencia expresa que:

> "las invitaciones para participar en la presentación de dichas propuestas económicas no eran públicas, sino direccionadas a determinadas personas. En la contratación de los bienes y servicios, se eligió a personas específicas con quienes se comunicaban directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma pública, sino que la entidad contratante elegía a la persona natural o jurídica de su preferencia, descartándose la invitación a otros proveedores, concediéndosele de esta forma, la prestación de servicios a un reducido número de personas".

Asimismo, se enfatiza que el dictamen pericial describe ampliamente situaciones similares que se registraron en la contratación de otros servicios, en donde los postores no registraban RUC o no estaba

vigente, o el giro de sus negocios era distinto al que es materia del requerimiento o carecen de autorización para proveer determinado bien.

Al respecto, tenemos que realizar diversas precisiones sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia:

2. Contrataciones públicas informales: ¿irregularidad o violación de la Ley de Contrataciones Públicas?

Aquí es importante establecer, conforme a los hechos y cada caso en concreto, si estamos frente a una irregularidad o una violación a la Ley de Contrataciones Públicas. Para tal efecto, conviene precisar que las irregularidades administrativas suceden en los diversos procesos y procedimientos administrativos, por lo que pueden ser fácilmente subsanables, en tanto y en cuanto no sean defectos sustanciales que invaliden el proceso administrativo.

La Ley de Contratación con el Estado (Decreto Legislativo N° 1017) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 184-2008-EF) establecen el debido procedimiento administrativo que se debe seguir, así como los principios y reglas que rigen el desarrollo del proceso de contratación. De ahí que consideremos que estaremos frente a una modalidad del comportamiento típico "interesarse" cuando el sujeto activo realice u omita actos administrativos que constituyan una violación de estos principios y reglas de la contratación pública que tienen carácter sustancial.

Entonces, el acto de interesarse se produce cuando de manera deliberada y arbitraria se elige a una determinada persona natural o empresa para contratar, sin respetar los principios y reglas que rigen un proceso de contratación. El hecho de elegir a dedo, sin un criterio razonable que se pueda identificar, o sin respetar alguna norma que rige el proceso de contratación, importa interesarse indebidamente en un contrato estatal[46].

En la sentencia analizada vemos que se dice que existe suficiencia probatoria que permite demostrar la existencia de un interés indebido por parte del acusado como la realización de actos simulados en el marco de un proceso administrativo de contratación pública, y

(46) En igual sentido CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 80.

aunque cumpliendo ciertas formalidades, al fin y al cabo, se demostraría la existencia de un direccionamiento hacia personas determinadas con la finalidad de que sean elegidas en la contratación pública.

En conclusión, respecto a la irregularidad y violación de los principios y reglas en el proceso de contratación pública y para efectos de la prueba indiciaria, es necesario que se evalúe caso por caso los hechos materia de acusación, ya que si bien un acto violatorio de los principios y reglas administrativas de contratación pública con la finalidad de beneficiar a particulares pueda ser suficiente para acreditar el interés, también puede encontrarse un caso en el cual se comentan simples irregularidades administrativas que en conjunto puedan indiciariamente probar la conducta típica del sujeto activo.

3. ¿Contrato u operación?

En este punto, como lo señala Castillo Alva, del análisis valorativo de la sentencia analizada no puede establecerse que exista un acto contractual ficticio, es decir, no hay una absoluta falta de incumplimiento en la contraprestación por parte del proveedor de bienes y servicios o no hay de por medio algún fingimiento, puesta en escena y alteración de la realidad. Puede que en el caso concreto haya ocurrido un acto simulado, pero la sentencia no da cuenta de ello. De tal manera que sobre la base de lo verbalizado en ella, nos movemos en el plano de la informalidad y el más abierto incumplimiento de las normas de contratación estatal, tanto de carácter legal como reglamentario[47].

Consideramos necesaria que tanto la sentencia de primera como segunda instancia puedan establecer cabalmente si el proceso administrativo en el que participa el sujeto activo debe ser considerado informal y, por lo tanto, inexistente; o si estamos en presencia de violaciones puntuales al proceso administrativo de contratación pública. Si fuese el último caso, entonces tendría que fundamentarse el acto puntual de violación a la Ley de Contrataciones con el Estado. En ese sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> "**Segundo:** Que la denuncia de fojas setenta y ocho atribuye a Carmen Guadalupe Vélez Ovalle que en su calidad de integrante del Comité Especial Permanente en la contratación de servicios no

(47) Ídem.

personales o locación de servicios, incurrió en irregularidades al calificar el perfil profesional (para el servicio de mantenimiento de equipos de comunicación) mediante acciones que asumió durante el proceso de evaluación, como en el caso del puntaje obtenido por Richard Oswaldo Rebaza Espinoza, quien solo acredito tener experiencia en la empresa Happy Soft y en Panamericana Televisión (como operador volante), según boleta de pago en la que no obra firma de funcionario alguno de dicha televisora, documento que no debió ser considerado para la calificación; que, sin embargo, se le otorgó en este rubro, de forma indebida, sesenta puntos, cuando solamente le correspondía treinta; que, del mismo modo, en el rubro de experiencia, nuevamente incluye la de Panamericana Televisión y SX Computer, pese a que en esta última solo desempeño labores de practicante, asignándole veinticinco puntos, cuando le correspondía doce punto cincuenta; (...)[48]".

4. La configuración del comportamiento típico

De la descripción típica se advierte que el interés del funcionario público debe ser en provecho de sí mismo o de tercero.

Algunas de las precisiones para su configuración sería que no se requiere que haya contubernio, acuerdo clandestino, expreso o implícito –que de haber lugar al delito de colusión–, sino, basta que se favorezca al contratista o a otra persona sin importar las causas, las razones o los motivos; v. gr., puede que el funcionario público actúe de esta forma por venganza con sus jefes, disgustado por el trato que recibe, escaso sueldo, ausencia de ascensos o mejoras, promociones injustas de sus compañeros a mejores puestos, entre otros aspectos. Tampoco es necesario que el tercero beneficiado sea consciente de que recibe el beneficio, el trato especial, el favor del funcionario o que, incluso, obtenga una utilidad importante. Basta que el funcionario estatal actúe con un interés indebido en el proceso de contratación, al margen de sus motivaciones, inclinaciones o su actitud con el contratista o un tercero, directa o indirectamente beneficiado. Tanto el provecho propio

(48) Véase R. N. N° 4276-2008-Lima, de fecha 4 de febrero de 2010, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

o provecho de tercero debe ser probado suficientemente en el juicio, más allá de toda duda razonable[49].

5. ¿Dolo directo, indirecto o eventual?

Rojas Vargas considera que, para la configuración del delito de negociación incompatible, se requiere la presencia de dolo directo. más aún en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración Pública[50]. Asimismo, nuestra Corte Suprema en el R. N. N° 2770-2011 del 12 de setiembre de 2012, emitido por la Sala Penal Permanente ha señalado que:

> "Lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración Pública".

Para Castillo Alva, los casos de absoluta informalidad en los procesos de contratación, al margen de si la entidad pública se perjudica o sufre un menoscabo en sus ingresos, nos lleva a sostener, la posibilidad de que el delito en estudio pueda cometerse a título de dolo eventual; y no solo por dolo directo. El hecho de que una persona sea consciente de que con su conducta pone en peligro un bien jurídico penalmente relevante, en este caso a través de un proceso de contratación con absoluto desprecio a la normativa administrativa que lo regula, nos lleva a plantear la viabilidad de que se pueda cometer el delito de negociación incompatible sin ningún tipo de problema[51]. En igual sentido, Reátegui Sánchez considera necesaria la presencia del dolo directo, pero también existe la posibilidad de admitirse hasta le dolo eventual[52].

Al respecto, consideramos que la regulación amplia del tipo penal puede admitir la posibilidad de que se realice el delito de negociación incompatible mediante el dolo eventual, con el requisito previo de que el sujeto activo haya representado como posible la concreción del resultado y, pese a ello, no se abstiene de actuar; ciertamente, el interés puede manifestarse tanto en un actuar como en una omisión, también

(49) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 81.
(50) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 825. En igual sentido, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 577.
(51) Ídem.
(52) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit. p. 511.

el beneficiario del interés puede saberlo como no, entonces es posible la realización del delito mediante el dolo eventual.

X. CONCLUSIONES

- El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, es decir, es un delito especial, que solo pueden cometerlo los funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones.
- El bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible, tal y como está regulado normativamente, no depende del perjuicio al Estado, de ahí que el objeto de protección de la norma penal no sea los bienes públicos, ya que entendemos, desde la perspectiva sistemática, que existen otros delitos para tal efecto, como es el caso del peculado o la colusión agravada. Siendo el bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración Pública manifestado en la imparcialidad en las contrataciones públicas.
- El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto pues que no existe la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal e importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública
- El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado.
- Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos es por razón del cargo que ostenta al interior de la Administración Pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para tercero.
- Según la regulación del artículo 399 Código Penal nos señala que el verbo rector es "interesarse" y entre sus modalidades de comisión: a) directamente; b) indirectamente; c) por acto simulado.
- La conducta típica del delito de negociación incompatible, conforme a su regulación normativa, debe recaer específicamente en

contratos u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones de la contratación pública no se configuraría el delito.

- El **contrato** en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios que vinculan un intercambio de prestaciones y establecen un marco jurídico de responsabilidades. Mientras que se entienden por **operaciones** a los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos. Mediante esta regulación se pretendió abarcar todas las actividades en las que pueda intervenir el funcionario.
- Para la configuración del delito de negociación incompatible, el sujeto activo no podrá ser cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquel que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. De ahí, que no pueda configurarse el delito de negociación incompatible ante la inexistencia de la vinculación funcional.
- Mediante el R. N. N° 3281-2011, de fecha 24 de enero de 2013, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, se discutió la posibilidad de la configuración del delito de negociación incompatible en el marco de procesos de contrataciones públicas informales, es decir, aquellos procesos que fueron utilizados por el sujeto activo como actos simulados para beneficiarse a tercero o a sí mismo.
- Para tal efecto, debe entenderse que nos encontramos frente a violaciones a la normativa administrativa de contrataciones públicas, en específico los principios y reglas esenciales, las cuales de plano configurarían la conducta típica. Sin embargo, debe tenerse presente que ante irregularidades administrativas, si bien pueden ser subsanables, de comprobarse que han sido direccionadas con un propósito que manifiesta el favorecimiento al particular, con base en la prueba indiciaria, pueden ser considerados suficientes para acreditar la conducta típica del delito de negociación incompatible.

El delito de enriquecimiento ilícito

Jorge A. PÉREZ LÓPEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Bien jurídico protegido. III. La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito. IV. Tipo objetivo. 1. Sujeto activo: el funcionario o servidor público. Problemas de autoría y participación. 2. Sujeto pasivo: el Estado. 3. Modalidad típica. V. Tipo subjetivo: el dolo como elemento del tipo. VI. Grados de desarrollo del delito: consumación y tentativa. VII. Regla indiciaria de enriquecimiento ilícito. VIII. Consecuencias jurídicas del delito. IX. Agravante por la calidad del agente. X. Críticas al enriquecimiento ilícito como ilícito penal.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de nuestra historia hemos sido testigos de conductas delictivas vinculadas a la corrupción de funcionarios y servidores públicos y, consecuentemente, al surgimiento de grandes fortunas acumuladas inescrupulosamente por estos y sus testaferros(1). Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver de responsabilidad penal a sujetos públicos a quienes se les detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió ello, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, la misma que se utiliza –precisamente– en los casos en los que no se pudiere acreditar la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal(2).

(1) Vide, IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso "Análisis del delito de enriquecimiento ilícito". En *Dialogo con la Jurisprudencia N° 124*, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2009, p. 239.

(2) Vide, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista Editores, Lima, 2015, p. 787.

Con la tipificación del enriquecimiento ilícito se trata de conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de estos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el artículo 39 de la Constitución Política del Estado[3], en el sentido de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, por lo que no se deben considerar los cargos o empleos públicos como una fuente de enriquecimiento económico y de lucro[4]. De acuerdo a lo normado por el segundo párrafo del artículo 41 de nuestra carta magna: "cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial".

La fórmula legislativa del delito de enriquecimiento ilícito, consagrada en el artículo 401 del Código Penal –que ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas, incluso la introducida por la Ley N° 30111[5]– es la siguiente:

> "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
>
> Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
>
> Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración

(3) Artículo 39 de la Constitución Política del Estado.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

(4) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 611

(5) Publicada el 26 de noviembre de 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

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".

En palabras de Creus, lo que el delito de enriquecimiento ilícito trata de prevenir son aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario público por parte del agente[6].

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado, por lo general, en criterios de necesidad de la pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la Administración Pública[7]. Como ya hemos señalado, los cargos y empleos públicos no pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la Nación mas no a los apetitos y avidez crematística de sus impulsos. Si la dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, enhorabuena, lo que si es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se use el cargo o la función para acumular o hacer riqueza de manera ilícita.

A diferencia del resto de delitos contra la Administración Pública, el enriquecimiento ilícito tiene como presupuesto (la mayor de las veces una pura sospecha) que el sujeto público ha infringido previamente y de manera imperceptible un deber propio de su función, lo que le ha significado algún tipo de ventaja patrimonial que ha ingresado a su dominio[8]. El delito se configura, en consecuencia, cuando se determina que luego de estar realizando una labor pública como funcionario o servidor público al interior de la Administración Pública,

(6) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 323.

(7) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales.* Jurista, Lima, 2002, pp. 125-126.

(8) Vide, Creus citado por CARO JHON, José Antonio. "Atipicidad de enriquecimiento ilícito cuando el incremento del patrimonio se debe a montos percibidos por concepto de combustible, chofer y mayordomo". En. *Dogmática penal aplicada 4*, Ara, Lima, 2010, p. 309.

el sujeto público incrementó su patrimonio personal o su gasto económico personal[9].

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada en la ciudad de Mérida (México) en diciembre de 2003, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, en su Capítulo III, sobre penalización y aplicación de la ley (artículo 20), en el punto de enriquecimiento ilícito, señala expresamente: "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En mérito a las consideraciones éticas y moralistas, que motivaron al legislador la inclusión del ilícito penal –en comento– dentro del catálogo punitivo, debemos hacer un esfuerzo para determinar el bien jurídico protegido; sobre todo si el enriquecimiento ilícito es considerado como un delito de peligro abstracto[10], donde el disvalor reposa en una valoración generalizada, de que ciertas conductas constituyen por si atentatorias a los intereses jurídicos tutelados por la norma, un juicio apriorístico *ex ante*, sin necesidad de acreditar una concreta puesta en peligro del bien jurídico. Esta técnica legislativa se erige en un instrumento fundamental, en la tutela penal de bienes jurídicos espiritualizándolos como la "Administración Pública", de naturaleza inmaterial, donde la punición ha de centrarse, en aquellas conductas que sean peligrosas, para los criterios rectores (constitucionales), que guían su actuación, según las máximas de un Estado Constitucional de Derecho[11]. Es necesario señalar que cuando un funcionario o servidor público se enriquece ilícitamente no quiebra ni la imparcialidad ni la objetividad de la función pública.

(9) Vide, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 612.
(10) Vide, al respecto, Caro Coria citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo V, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2013, p. 718.
(11) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 718.

El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la Nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con dinero del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo patrimonial –como dato material– se concluye la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público(12).

Si bien es cierto que como categoría genérica se tiene a la Administración Pública como bien jurídico tutelado, lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran(13). Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores, pues el concepto "moral" es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho Penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control. El bien jurídico específico se constituiría, como ya hemos indicado, en el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación(14).

Peña Cabrera y Francia Arias, exponen que el bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito es el deber de fidelidad de los funcionarios con la Administración Pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, el decoro, el deber del cargo, la disciplina, con las que se identifica la Administración Pública(15).

En la doctrina argentina, Javier de Luca y Julio López Casariego, sostienen que lo que se pretende proteger es la imagen de transparencia y probidad de la administración de quienes la encarnan. A decir

(12) Vide, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 614-615.
(13) IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso "Análisis del delito de enriquecimiento ilícito". En *Diálogo con la Jurisprudencia N° 124*, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2009, p. 239.
(14) Vide, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 621.
(15) PEÑA CABRERA, Raúl / FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento ilícito.* Ediciones jurídicas, Lima, 1993, p. 22.

de Inchausti, la aspiración del legislador ha sido preservar el respeto a la sociedad por el quehacer de sus administradores, eliminando mediante el castigo quehaceres deshonestos de funcionarios que con ello comprometen la confiabilidad que deben merecer los actos de gestión de sus funcionarios[16]. Mientras Creus estima que el bien jurídico es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida esta en el sentido más lato posible[17].

En la Ejecutoria Suprema del 16 de mayo de 2003, expedida en el R.N. N° AV-09-2001-Lima, respecto del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, se argumentó lo siguiente:

> "Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal 'Administración Pública', el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público"[18].

III. LA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Rojas Vargas señala que "la función que cumple la subsidiariedad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva, la subsidiariedad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo general a cláusulas abiertas de tipicidad que hacen difícil la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización"[19].

(16) INCHAUSTI, Miguel A. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 41.
(17) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 717.
(18) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2006, p. 352.
(19) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 628.

El delito de enriquecimiento ilícito carece de la descripción de acción típica, como veremos más adelante, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la Administración Pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden impunes por problemas de probanza. Como vemos, la *ratio legis* (razón político-criminal de creación del delito), permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico.

El enriquecimiento ilícito, al tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería sólo aplicable ante la falta de otro ilícito penal contra la Administración Pública. La doctrina nacional predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el mismo que operaría para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleve, como expresión práctica, a un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del abuso del cargo público y que razonablemente no esté justificado.

A juicio de Abanto Vásquez[20], si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario (cedería ante otros delitos contra la Administración Pública) es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratare de incrementos patrimoniales provenientes de un "cohecho" o cualquier otro delito contra la Administración Pública, estaría presuponiendo la no aplicación del "enriquecimiento ilícito" sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*[21], ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito

(20) Vide, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el CP peruano.* Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.

(21) El principio de interdicción de la persecución múltiple, llamado también *ne bis in idem o non bis in idem,* es una limitación para el Estado, que no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Esto no significa que la persona no puede ser sometida a una doble condena ni afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución (vide, PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. "La interdicción de la persecución múltiple". En: CHINCHAY CASTILLO, Alcides / REÁTEGUI SÁNCHEZ, James / PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *La aplicación del principio del* non bis in idem *en el proceso penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 116).

cometido, "una vez por delito de 'enriquecimiento ilícito', y otra por el delito principal contra la Administración Pública".

En sentido contrario se ha pronunciado Gálvez Villegas[22], quien afirma que en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien jurídico protegido. Mientras tanto y en orden a salvaguardar el principio de *ne bis in idem,* debe entenderse que el ilícito penal tipificado en el artículo 401 del Código Penal no puede concurrir idealmente con otro delito contra la Administración Pública[23], limitándose a ser un medio de evitación de vacíos de punibilidad como función político-criminal.

Ángeles y Frisancho[24] participan de la idea que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque. Gálvez Villegas es del criterio que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el Derecho Penal y el control penal en su conjunto solo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma

(22) Vide, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.
(23) En el mismo sentido PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª edición, Portocarrero, Lima, 1997, P. 241.
(24) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 611.

penal[25]. También debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales.

Podría decirse que entre los ilícitos penales funcionariales (como el peculado, colusión ilegal, concusión, malversación de fondos, negociaciones incompatibles con el cargo, etc.) y el enriquecimiento ilícito existe una relación medial, pues los primeros son utilizados por el autor, a efectos de incrementar su patrimonio. Peña Cabrera Freyre[26] enseña que no se debe confundir el plano de la vinculación material con el estrictamente procesal, en la medida en que el delito de enriquecimiento ilícito puede ser procesado de forma autónoma, no tiene que ir necesariamente acompañado con los otros delitos, vía un concurso ideal o real; inclusive puede aplicarse este ilícito penal, ora cuando el delito conexo ha prescrito o cuando sobre aquel ha recaído una resolución con la calidad de cosa juzgada.

La posibilidad de que se pueda punir al autor, tanto por el enriquecimiento ilícito como por las figuras delictivas funcionariales señaladas en el párrafo anterior, genera reparos. Así, Caro Coria señala que la doble criminalización, bajo el argumento del concurso ideal, contra el funcionario, por el mismo hecho y fundamento conllevaría una violación flagrante del *ne bis in idem*[27]. Prado Saldarriaga afirma que el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito funcional como el cohecho pasivo, el peculado o la concusión y que se trata de un tipo penal subsidiario, esto es, solamente se aplica cuando no se verifique la comisión de otro delito contra la Administración Pública[28].

En conclusión, el delito de enriquecimiento ilícito no requiere de la acreditación de otros delitos funcionales, pues lo que viene a penalizar este hecho punible, es un estado de enriquecimiento, la obtención patrimonial por parte del *intraneus*, –en un periodo determinado de tiempo–, como consecuencia del prevalimiento del cargo público[29].

(25) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 140-141.
(26) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., pp. 705-706.
(27) Caro Coria citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 706.
(28) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Todo sobre el Código Penal.* Tomo I, Idemsa, Lima, 1996, p. 291.
(29) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 701.

Respecto a este punto, la Ejecutoria Suprema de fecha 22 de octubre de 2007, expedida en el Recurso de Nulidad N° 5382-2006-Lima[30] señala lo siguiente:

"Que, el imputado Montesinos Torres también alega que la acusación del Ministerio Público se encuadra únicamente en la figura típica comprendida en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, es decir, por el delito de Cohecho Pasivo Propio, alegación que tampoco resulta cierta, pues de la lectura de la acusación escrita de fojas trescientos veinte y siguientes, específicamente, en el acápite cinco punto dos, que obra en la página cuatrocientos sesenta y siete, consta expresamente el desarrollo fáctico de la imputación del Ministerio Público, consignándose el fundamento en que sostiene su acusación por el "delito de enriquecimiento ilícito", el mismo que es reiterado en la explicación sucinta de los cargos incriminatorios que hace el representante del Ministerio Público en la audiencia de fecha tres de mayo de dos mil seis, cuyas actas corren de fojas seiscientos veintiocho y siguientes. Finalmente, la versión de que el Colegiado solo ha querido condenar al recurrente por un delito grave a fin de evitar futuros reproches sociales, es un argumento subjetivo que carece de sustento probatorio, toda vez, que la Sala Penal lo absuelve por el delito de Cohecho, no obstante, que a su entender existían varios elementos que acreditaban su responsabilidad, sin embargo, ignoraba 'la procedencia exacta de la mayor cantidad de patrimonio que ostentaba', por lo que, procedió a subsumir dicha conducta en el delito de Enriquecimiento ilícito, en atención a la Teoría del Concurso Aparente de Leyes, aunque sin sustentarlo legalmente, empero, este tiene su asidero legal en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal, que señala, 'cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave' (texto vigente en la fecha de los hechos, antes de la expedición de la Ley número veintiocho mil setecientos veintiséis, de fecha nueve de mayo de dos mil seis); y si bien, dicha decisión fue tomada luego de un amplio sustento doctrinal en relación a la función que cumple la subsidiariedad, relacionada básicamente a la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos

(30) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob.cit., p. 819 y ss.

desprovistos de regulación, y por lo mismo susceptibles de impunidad, sin embargo, este Tribunal Supremo, no puede ingresar a realizar mayor análisis sobre la absolución por el delito de Cohecho Pasivo Propio al estar impedido de hacerlo debido a que el representante del Ministerio Público no ha formulado recurso de nulidad sobre este tema, y además, por respeto a la prohibición de la *reformatio in peius*, ya que en el fondo este extremo absolutorio favorece al recurrente, ámbitos que en todo caso, procesalmente se encuentran debidamente regulados por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro".

IV. TIPO OBJETIVO

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 ha precisado algunos criterios para la verificación específica del delito de enriquecimiento ilícito: a) que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público; b) que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, y c) que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público.

La valoración jurídico-penal del ilícito penal en comentario tiene de contemplar la actuación del sujeto, conforme la idoneidad y/o aptitud para poder generar un riesgo jurídicamente desaprobado, susceptible de ingresar al ámbito de protección de la norma; en el caso que nos ocupa, que dicha posición futura del sujeto público pueda provocar una situación en la que comprometa las funciones del cargo en una serie de negociaciones, que si bien no están vigentes en dicho tiempo, si estarán presentes en un tiempo no muy lejano: con la asunción efectiva del cargo. Justamente, en prevalimiento de la función pública –a ocupar–, es que el agente logra incrementar su patrimonio de forma ilícita. En tal entendido, la dimensión temporal del delito, en cuanto al cambio del estatus del autor, quien adquiere la cualidad funcional exigida por el artículo 401 del Código Penal, permite valorar las circunstancias *ex ante*, de quien con rayana seguridad, asumirá el cargo público; v. gr. el congresista electo, que recibió su credencial por parte del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), y pacta la realización de

una serie de ilícitas negociaciones con particulares, obteniendo sendas remesas dinerarias, lo cual incide en un incremento ostensible de su patrimonio personal[31].

Cuando nos referimos a la obtención de un incremento patrimonial, antes de la asunción del cargo público, debe tratarse de un sujeto que vaya de ejercer cargo con rayana seguridad, advirtiéndose una proximidad entre el tiempo en que ve engrosado su patrimonio con el que va a producirse la efectiva toma de cargo; en el caso de aquel sujeto que se ufana de que va a ser elegido alcalde y recibe una suma significativa de dinero por parte de una empresa constructora, no podríamos hablar de una expectativa real, pues aún se está ante un estado de incertidumbre eleccionaria[32]. Vistas así las cosas, solo podría admitirse la tipicidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito –antes de la asunción efectiva de la función pública–, cuando se trata de un cargo funcional que se obtiene producto de un proceso eleccionario o ante un proceso de selección culminado, que ya ha dado como ganador a ciertos postulantes, mediando el dictado de la resolución respectiva, sin necesidad de que se haya juramentado el cargo.

En la hipótesis de que el incremento patrimonial tome lugar cuando el funcionario público ha sido cesado en el cargo no parece advertirse problemática alguna, pues se está ante un dato cierto y contrastable, de que el autor se valió de las ventajas de la función pública encomendada, para ver incrementado sus activos y/o reducido sus pasivos. Lo que se debe acreditar es que el incremento patrimonial sea producto del abuso del cargo público ejercido, en la medida que el enriquecimiento ostentado pueda ser consecuencia de otros actos ilícitos[33].

Según la redacción de la fórmula legislativa, desde el inicio debe quedar claramente establecido que el delito de enriquecimiento ilícito solo abarca el incremento del patrimonio o del gasto personal del sujeto público a consecuencia del abuso del cargo que no fue descubierto en su oportunidad, no pudiéndose determinar a ciencia cierta cómo es que se produjo el incremento patrimonial del funcionario o servidor público.

(31) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob.cit., p. 704.
(32) Ídem.
(33) Ídem.

1. Sujeto activo: el funcionario o servidor público. Problemas de autoría y participación

El autor del delito de enriquecimiento ilícito solo puede ser el sujeto público (funcionario y/o servidor público[34]) que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio. No abarca al particular, ni al sujeto público que se enriquece al margen del cargo o función, contexto de acciones cubiertas por otras figuras delictivas, civiles, administrativas o de irrelevancia penal[35]. Los sujetos públicos para ser merecedores de sanción penal deberán enriquecerse teniendo una función o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden. En tal sentido, el delito de enriquecimiento ilícito está previsto como un delito especial propio, o mejor dicho, se trata de un delito de infracción de un deber[36].

La estructura del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, bajo la configuración formal de delito especial propio, determina que la condición esencial de la autoría es la vinculación del deber funcional, de forma que autor puede serlo únicamente quien es funcionario o servidor público, dentro de los márgenes del artículo 425 del Código Penal[37], que actúa "en abuso de sus funciones". Solo puede ser autor el *intraneus*, no porque ostente el dominio del hecho,

(34) Según el párrafo 2 del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) se entiende por "Funcionario o servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Esta definición acoge el requerimiento de título y ejercicio efectivo de la función ("desempeñar actividades y funciones") como componentes del concepto de funcionario, que ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la Administración Pública.

(35) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Ob.cit., p. 608.

(36) En ese sentido, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 151.

(37) Artículo 425 del Código Penal.- 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 la 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 entifades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

sino porque le compete una obligación específica cuya infracción, deja de lado esa prestación positiva con el bien, ese deber de cuidado especial, solidario e institucionalmente garantizado que deriva de la asunción de la función pública[38].

Desde esta perspectiva, no puede hablarse en estricto de una "coautoría" entre *intraneus* sino a lo sumo de una "autoría accesoria", por ejemplo, dos funcionarios públicos se enriquecen indebidamente de común acuerdo y cada uno presta aportes sin los cuales no hubiera podido alcanzarse el resultado. Aquí el quebrantamiento conjunto del deber da lugar a responsabilidad a título de autor[39]. En efecto, la coautoría resulta de difícil admisión, por el hecho concreto de que el "enriquecimiento" (incremento patrimonial) es un estado patrimonial que no puede ser compartido por varios funcionarios o servidores públicos. Siguiendo la teoría de infracción del deber (*Pflichtdelikte*), se llega también a este resultado, no se puede compartir un deber, que es estrictamente personal[40].

El que infringe el deber especial que le incumbe (*intraneus*) induciendo a otro (*extraneus* o "instrumento doloso no cualificado") a producir la acción descrita en el tipo ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial[41]. Lo contrario, exigir del *intraneus* que viola el deber, además el dominio del hecho, determinaría que tanto el *intraneus* como el *extraneus* resulten impunes; así, la conducta del *extraneus* sería atípica porque carecería del dominio del hecho y, por el principio de accesoriedad limitada como por su vinculación del deber especial, la participación del *intraneus* también sería irrelevante[42]. Como vemos, la autoría mediata, es decir, cuando el *extraneus*, es quien ejecuta los actos –materialmente típicos–, donde el *intraneus*, aporta una

(38) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales.* Jurista, Lima, 2002, p. 229.

(39) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 229.

(40) Vide, al respecto, Caro Coria citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., pp. 230-231.

(41) Bacigalupo citado por CARO CORIA, Dino Carlos. En: SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., 2002, p. 229.

(42) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 232.

colaboración en el proceder conductivo, no puede dar lugar al delito de enriquecimiento ilícito, primero, porque, en este delito el particular nunca puede ser autor y, segundo, en tanto el dominio del hecho no es lo que sustenta la infracción normativa, se dará cualquier otro delito, o en su defecto, el hecho quedará impune[43].

Lo mencionado anteriormente dejaría aún intacta la discusión sobre la responsabilidad del *extraneus*, el cual no podría ser sancionado como autor por su no sujeción al deber, sino únicamente como partícipe, instigador o cómplice, según el caso. Así lo indica Roxin, al señalar que la participación es "intervención sin infracción del deber especial"[44]. Cuando el autor (funcionario o servidor público), emplea a un *extraneus* doloso no cualificado, para perpetrar la realización típica; siendo que es el sujeto público quien cuenta con la especial competencia organizativa (institucional) con el bien jurídico, este es en realidad un verdadero autor inmediato, donde el particular ha de responder como un partícipe ("complicidad")[45].

En la doctrina nacional, Gálvez Villegas[46] menciona como regla general que "si los particulares participan en la obtención del incremento patrimonial ilícito de un funcionario o servidor público, su conducta será igualmente desvalorada por el ordenamiento jurídico penal, y por tanto serán considerados como sujetos activos de este delito, solo que en calidad de partícipes".

Esta posición es reconocida también por la jurisprudencia nacional, tal como se puede observar en la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima, en el que se señala lo siguiente:

"Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título

(43) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob.cit., pp. 719-720.
(44) ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Idemsa, Lima, 1998, p. 363.
(45) Vide. al repecto Caro Coria citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 720.
(46) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 155.

de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe"[47].

Se discute la posibilidad de plantear, en el terreno de la "determinación judicial de la pena", una atenuación del marco legal abstracto para el partícipe, atendiendo a su desvinculación de los deberes que fundamentan la punición.

Es importante señalar que el Código Penal peruano no ha normativizado la situación jurídico-penal de los terceros llamados "hombres de paja", testaferros o personas interpuestas (particulares allegados o extraños pero vinculados con el sujeto activo), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado del enriquecimiento logrado por estos; supuesto de hecho en el que responderán por delito de encubrimiento o receptación según las particularidades del caso[48]. Aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamientos desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados en el principio de confianza y no concurrencia de los elementos de tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes[49].

2. Sujeto pasivo: el Estado

El sujeto pasivo en el delito de enriquecimiento ilícito es el Estado. No puede admitirse que el particular pueda ser sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada, porque de comprobarse tal entrega, el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra

(47) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 652.
(48) Vide, ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 624-625.
(49) Ibídem, p. 625.

la Administración Pública (por ejemplo, de cohecho activo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido[50]. En los casos concretos en los cuales particulares reclamen ser agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, estos deberán reconducir sus pretensiones por la vía civil correspondiente; no es factible que en sede penal se satisfaga sus expectativas de restitución o reparación civil[51].

3. Modalidad típica

Los elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito son los siguientes:

a) Abuso de cargo público

Hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función fuera de los casos establecidos en la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros[52]. Como vemos, serán punibles "aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de estas facultades, es decir, se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aun cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete"[53].

Como precisa Rodríguez Puertas[54], fundamental para la lesión del bien jurídico "no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad *de* facto de llevar a cabo el acto", por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del cargo: 1) aquéllos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y 2) los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son

(50) Vide, SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 183.
(51) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 615.
(52) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 616.
(53) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 153.
(54) RODRIGUEZ PUERTAS, María José. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Arazandi, Pamplona, 1999, p. 206.

completamente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que *de facto* pueden llevarlos a cabo, bien porque: 2.1) resultan facilitados por su posición en la administración, o 2.2) su ejecución corresponde al órgano o entidad de la administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas.

No es necesario ni imprescindible que el enriquecimiento patrimonial se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del sujeto público para configurarse el delito. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Si el vínculo laboral con la Administración Pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce el enriquecimiento, el delito en análisis es imposible que se configure[55].

El periodo que dure el sujeto público en el cargo debe ser el periodo de la comisión del delito. Si la fuente del incremento tiene origen lícito diverso al desempeño de su cargo público, por ejemplo, una herencia o ganarse la lotería, se descarta el delito, así como la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas de la función, es decir cuando el funcionario actúa como particular[56].

El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho Penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la Administración Pública, por el especial deber derivado de la función[57] [58]. Su configuración como delito de peligro abstracto trae consigo la necesidad de vincularlo a una exigencia de efectiva peligrosidad *ex ante*, la cual reposa precisamente en la vinculación típica del enriquecimiento con el ejercicio de la función.

Como precisa Gálvez Villegas[59], "no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público,

(55) Vide, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 616.
(56) Vide, SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 197.
(57) Ibídem, p. 194.
(58) Se considera que el enriquecimiento es ilícito porque infringe normas concretas del ordenamiento jurídico en general, aquellas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos
(59) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 152.

determinemos la tipicidad sin haber establecido (...) que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la Administración Pública". Por lo tanto, en la interpretación del artículo 401 del Código Penal no puede excluirse la discusión relativa al enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, ni su configuración como delito de peligrosidad abstracta o *ex ante* del comportamiento.

b) El incremento patrimonial penalmente relevante

La entidad del incremento patrimonial penalmente relevante ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el tercer párrafo del artículo 401 del Código Penal, según la cual es necesario un incremento patrimonial y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración privada de bienes y rentas, sea "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, lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario o servidor. El legislador no ha querido dejar al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento patrimonial para ser subsumido en el tipo penal.

En lo concerniente a las modalidades de comisión, Peña Cabrera Freyre es de la concepción que al ser el enriquecimiento ilícito un tipo abierto, pueden ingresar un sinfín de actividades[60] dentro del mismo. Sin embargo, el hecho de que el funcionario no haya declarado su acervo patrimonial, en su declaración jurada, podrá ser base objetiva para una infracción disciplinaria, pero, de ningún modo para dar por acreditado el delito de enriquecimiento ilícito.

Constituye todo incremento patrimonial del sujeto: aumento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial[61].

(60) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 731.
(61) IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso "Análisis del delito de enriquecimiento ilícito". Ob. cit., p. 240.

El material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público, durante o después de su acceso al cargo público con relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo[62]. La pericia contable debe centrarse en el patrimonio del procesado por enriquecimiento ilícito, siendo irrelevante el perjuicio económico causado a la entidad estatal[63]. En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional[64].

En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrán en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto, disponga realizar. En esta línea, se pone la Ejecutoria Suprema del 16 de mayo de 2003, expedida en el Recurso de Nulidad N° AV-09-2001-Lima, cuando argumenta lo siguiente:

> "Debe meritarse lo señalado por el perito contable, en los debates orales, quien ratificó que existe un incremento patrimonial, no justificado; que estas pericias constituyen medio probatorio indubitable de la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito"[65].

La actual redacción legal del artículo 401 no señala expresamente cuales serían los objetos corruptores del enriquecimiento ilícito por parte del funcionario o servidor público. El legislador estuvo más preocupado por el resultado que por la forma y modalidad de cómo se había obtenido el enriquecimiento o por los objetos que lo producen. Se ha discutido si el objeto material[66] vinculado al incremento patri-

(62) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pp. 801-802.
(63) Ibídem, p. 801.
(64) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 616.
(65) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 352.
(66) Se critica a la norma porque no indica cuales son los medios de enriquecimiento, no define con claridad qué significa aumento de patrimonio o en que debe radica la ilicitud, con lo que se alejaría ya del principio de determinación o certeza (*nulla poena sine lege certa)* y de ese modo del principio de legalidad que garantiza el artículo 2.24.d de la Constitución y del artículo II del Código Penal.

monial debe delimitarse, por deducción, a partir del artículo 401-A del Código Penal, enmarcado dentro de los delitos de corrupción, que ordena el decomiso de todos los "donativos, dádivas o presentes", y si podrían estimarse como relevantes sólo los incrementos patrimoniales logrados a través de dichos objetos. Tal interpretación no debería prosperar, porque el enriquecimiento ilícito puede operar, también mediante una disminución de los pasivos, entonces difícilmente la condonación de una deuda o el no cobro de ésta hasta que prescriba la acción civil, podrían equipararse a "donativos, dádivas o presentes"(67). Se tiene que tener en cuenta también que el enriquecimiento ilícito se consuma por otros medios más expeditivos como son las exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.(68). En consecuencia, el objeto material debe entenderse en sentido amplio, es decir como todo medio a través del cual pueda lograrse el incremento patrimonial, incluyendo, y como será relevante para efectos de aceptar la sanción del "testaferro", bienes que no sean de propiedad del funcionario pero sobre los cuales ejerce una relación de poder.

El artículo 401 del Código Penal no exige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio de las funciones, sino un nexo de imputación jurídico–penal, el incremento patrimonial debe ser objetivamente atribuible al ejercicio de la función pública, ya sea como funcionario o servidor(69). La comisión del delito de enriquecimiento ilícito puede presentarse en ejecución inmediata y sin intervalo de tiempo (v. gr. consumar la compra de un inmueble), así como también en acciones de enriquecimiento similares u homogéneas en diversos momentos, pero vinculadas por la misma resolución criminal(70).

Se ha señalado en la doctrina peruana, que lo ilícito en el enriquecimiento estriba en la "no justificación" del incremento patrimonial por parte del funcionario, lo que ha conducido en muchos casos a admitir con cierto pacifismo una verdadera "inversión de la carga de la prueba" o una presunción *iuris tantum* de comisión de delito. Más allá

(67) Vide, SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 211.
(68) Vide, Rojas Vargas citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 807.
(69) Vide, CREUS, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública*. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 420.
(70) Vide, IZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso "Análisis del delito de enriquecimiento ilícito". Ob. cit., p. 240.

de la discusión formal acerca de si la redacción del tipo permite fundamentar tal obligación, ya que esta no viene impuesta por la legislación administrativa ni por la Constitución, con ello se institucionalizaría no sólo una violación de la presunción de inocencia o un traslado de la carga de la prueba al imputado, sino además una grave violación del *nemo tenetur*[71]. Aclara al respecto Sancinetti[72] que la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse estableciendo que el contenido del hecho punible omisivo se cifra en "no informar sobre ciertos actos previos del imputado", precisamente aquellos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal.

La garantía de no autoincriminación impide concebir que el ilícito penal se realiza cuando el funcionario requerido renuncia a la "obligación de defenderse", o no la satisface plenamente porque no logra justificar el origen ilícito de su "incremento patrimonial". Lejos de ello, debe entenderse que la norma penal reprime el enriquecimiento ilícito, dentro de los márgenes de delimitación derivados de la expresión "incremento patrimonial", y "no el incremento patrimonial no justificado"[73]; por otra parte, existiría dificultad en aceptar la legitimidad de un delito que radicaría en el incumplimiento de un deber administrativo.

La legislación penal de ningún modo exige que se pruebe el origen lícito del incremento. Si nos atenemos a la ubicación del delito y al bien jurídico protegido, veremos que lo que se requiere es que se acredite una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función; si el funcionario o el exfuncionario prueba que el enriquecimiento proviene de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por éste último, pero no por el enriquecimiento ilícito[74].

(71) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales.* Jurista, Lima, 2002, p. 184.

(72) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales.* Jurista, Lima, 2002, pp. 148-149.

(73) Vide, PEÑA CABRERA, Raúl / FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento ilícito.* Ediciones jurídicas, Lima, 1993, p. 48.

(74) CREUS, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública.* Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 418-419.

Conforme al aspecto procesal, no resulta necesario que deban acreditarse "otros delitos", para que se pueda condenar por el delito de enriquecimiento ilícito; el hecho de que el imputado confiese ser autor de peculado o de prevaricato, tampoco enerva la imputación por el delito –en examen–, lo que no obsta a que se deba corroborar la veracidad de la versión del inculpado, con otros medios de prueba, para aplicar dichos articulados[75].

V. TIPO SUBJETIVO: EL DOLO COMO ELEMENTO DEL TIPO

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica Gálvez Villegas[76], porque además de que dicho factor subjetivo no se encuentra comprendido en la estructuración típica del delito en comentario, al no haberse incluido la preposición "para", con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimientos referenciales en la simple conducta dolosa[77]. Se ha postulado la exclusión de los supuestos del dolo eventual, porque el funcionario o servidor público debe saber que está incrementando su patrimonio.

Un problema particular radica en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global "ilicitud" del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público. En el primer caso, por ejemplo, el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario, por ejemplo, el ganador de una licitación pública para construir una carretera se enriquece

(75) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., pp. 731-732

(76) El mismo que se evidenciaría con la sola voluntad de asumir la titularidad de los bienes y derechos que corresponden al incremento patrimonial, o lo que es lo mismo, al incorporarlos a su patrimonio personal, familiar o de tercero interpuesto (GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 155-157).

(77) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 623.

indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular[78]. Siendo el enriquecimiento ilícito una infracción dolosa, la resolución de estos casos como error de tipo determinará siempre la atipicidad, si es invencible porque se excluye la responsabilidad objetiva, y si es vencible porque no está tipificado el enriquecimiento imprudente. La consecuencia es distinta bajo el régimen del error de prohibición, si este es vencible, como ocurrirá en la mayoría de los casos, partiendo, por ejemplo, de un criterio como la evitabilidad en base a una culpabilidad previa, solo cabrá una atenuación de la pena[79].

En síntesis, el dolo supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud[80].

VI. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO: CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El enriquecimiento ilícito es un delito instantáneo, se consuma en el momento en que el agente público en forma real incrementa ilícitamente su patrimonio y ello puede producirse en periodos cortos o largos, en una actividad ilícita o en varias. Salinas Siccha enseña que el delito se consuma en el tiempo que el sujeto público realiza la actividad ilícita que origina el incremento desmedido de su patrimonio[81].

En la Ejecutoria Suprema del 13 de agosto de 2008, expedida en el Recurso de Nulidad N° AV-09-2001-Lima, se ha argumentado válidamente que "se tiene como consumado el delito cuando el agente logre efectivamente un incremento real y significativo de su patrimonio, a través de fuentes delictivas no funcionales y de infracciones diversas"[82]. Asimismo, dicha resolución niega que el enriquecimiento ilícito se trate de un delito permanente de la siguiente manera:

(78) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 224.
(79) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 224.
(80) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 615.
(81) Vide, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 628.
(82) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2006, p. 352.

"Atendiendo al momento de consumación del delito del enriquecimiento ilícito –incremento real, significativo de su patrimonio- como se ha explicado anteriormente, no es posible considerarlo como un delito permanente que subsista en tanto el funcionario o servidor público continúe en el ejercicio del cargo como equivocadamente sostiene la Sala Penal Superior, pues el delito se habría consumado con la realización de los actos jurídicos cuestionados y que originaron el incremento económico de sus bienes"(83).

Gálvez Villegas señala que el estado de enriquecimiento no es la acción típica, sino la consecuencia necesaria de esta (con la cual tiene una relación de necesidad); en este caso, si se acredita la existencia del estado de enriquecimiento, necesariamente asumiremos que la acción a partir de la cual se ha generado igualmente queda acreditada(84). Continúa el autor, que por tratarse de un delito de estado, la relevancia penal se verifica al momento en que se produce el enriquecimiento y por tanto en este momento queda consumado el delito, y aunque el autor siga aprovechándose del estado creado por este hecho, ello no significa que constantemente siga enriqueciéndose, o cometiendo sucesivamente conductas típicas(85).

En rigor, debe advertirse una secuela de actos (típicos), que de forma sistemática supongan, sendos incrementos patrimoniales, para poder afirmar la presencia de un "delito continuado" y, no así, cuando son varios actos, que en conjunto permiten al agente, alcanzar el "incremento patrimonial"(86).

Peña Cabrera Freyre indica que el enriquecimiento ilícito es un delito de estado más que de resultado, pero de pura actividad, donde los actos anteriores a dicha situación patrimonial, no pueden ser reputados como un delito tentado, pues de ser así, estaríamos contrariando su abstracta naturaleza, sin que ello obste a reconocer, que dicho relato fáctico, pueda ser empleado para acreditar la comisión de otros delitos funcionales, como el peculado, cohecho, malversación de fondos

(83) Ídem.
(84) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 100.
(85) Ibídem, p. 168.
(86) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 740.

o concusión[87]. Contraria es la posición de Reátegui Sánchez[88], quien señala que son posibles algunas interrupciones en el proceso de ejecución del delito, es decir, existe la posibilidad de la tentativa punible.

Como vemos, la admisión de la tentativa en el enriquecimiento ilícito genera controversia en la doctrina nacional. La postura mayoritaria admite la tentativa, incluso cuando el enriquecimiento opera instantáneamente, a través de un solo acto, o ante "incrementos fronterizos con los incrementos significativos", pero sobre todo si el enriquecimiento se produce a lo largo del tiempo[89].

No es satisfactorio el recurso a criterios de difícil determinación como "incrementos fronterizos", antes habría que fijar un límite cuantitativo para delimitar la frontera penal, ello con el consiguiente riesgo de criminalizar como tentativa comportamientos penalmente irrelevantes o donde no existe ya un "enriquecimiento notorio". Pero estas construcciones y las que estriban en criterios temporales (ejecución instantánea o sucesiva), no deben aceptarse porque entonces se estaría criminalizando la tentativa de un delito de peligro abstracto, lo que cabe rechazar tanto por consideraciones político-criminales, sobre todo porque entonces la lesividad se espiritualiza, como por las dificultades de fundamentar dogmáticamente la punición del peligro abstracto para un bien colectivo.

Un enriquecimiento no explicado de por sí no es delictivo, tampoco son suficientes las presunciones que al respecto se hagan ni la negativa a justificar del funcionario o servidor. El centro de gravedad delictiva recae en la desproporción económica de origen ilícito poseída por el sujeto público, o en la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a la razón de la función pública que los explica y les da un sentido penalmente relevante. Es no adecuada a nuestra legislación penal la tesis de Creus sobre la naturaleza omisiva del delito, la que según tal apreciación tendría su núcleo de ilicitud en la no justificación o en la no justificación suficiente de la procedencia

(87) Ibídem, pp. 743-744
(88) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 812.
(89) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., pp. 248-249.

del enriquecimiento[90]. Asimismo, es de considerar no acertada la opinión de Abanto Vásquez para quien el delito se consuma no solamente con el incremento del patrimonio del funcionario sino con el "vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento", lo cual incorpora un elemento procedimental en el *iter criminis* del delito que el tipo penal no registra[91].

En síntesis, el delito se consuma en la medida en que exista un incremento patrimonial significativo y contrastante, el cual es resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto de la vinculación por razón de una función pública, ya sea durante el período temporal de vigencia del mismo o ulterior a él. En este último caso siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el periodo de ejercicio funcional.

VII. REGLA INDICIARIA DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Como hemos indicado anteriormente, el tercer párrafo del artículo 401 del Código Penal se constituye en una regla indiciaria que determina el incremento patrimonial penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito. Según esta, el incremento patrimonial y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración privada de bienes y rentas, debe ser "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.

Esto quiere decir que los incrementos mínimos o de poca entidad devendrían en atípicos, desde la perspectiva de los ingresos legítimos del sujeto público en ejercicio del cargo.

La revelación de un estado probable de "enriquecimiento", podría obtenerse de las declaraciones juradas, que año a año, están obligados

(90) Constitucionalmente no existe la obligación de justificación mencionada, no puede fundamentarse que el injusto del enriquecimiento ilícito radica en una omisión que se basa en un deber de garante inexistente. Es más, ni siquiera podría hablarse en estricto de una omisión jurídico-penal, porque el elemento "capacidad de cumplimiento del mandato", característico de toda omisión, sería reemplazado siempre por una *actio libera in causa*, el comportamiento activo delictivo, que produjo el enriquecimiento. Pero un delito omisivo que sólo se puede penar por la acción anterior libre en la causa, y que presupone siempre que este hecho previo fundamenta la sanción, no describe una omisión sino la acción anterior.

(91) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 623-624.

a presentar los funcionarios públicos, lo cual puede ser tomado como un indicio, pero de ningún modo como un medio probatorio concluyente y definitivo de culpabilidad; máxime, cuando no todos los servidores públicos están obligados a presentarla[92].

Aspecto importante a saber, es que el estado consumativo del enriquecimiento ilícito, no está supeditado a que el imputado (agente), pueda justificar razonable o irrazonablemente en el vencimiento del plazo[93] que se le otorgue, el incremento patrimonial. Este elemento no puede ser identificado como un componente del tipo penal, al ser obra de la improvisación del legislador, al incluir un factor de naturaleza netamente procesal[94] en el código sustantivo. El delito de enriquecimiento ilícito no puede fundarse en una mera presunción, sino en datos, en evidencias, indicios que en su conjunto, puedan construir una teoría del caso incriminatoria.

VIII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

El enriquecimiento ilícito es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es 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 o la acusación constitucional, la pena será no menor de 8 ni mayor de 18 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 Del Código Penal[95].

De acuerdo con el artículo 401-A del Código Penal, los donativos, dádivas o presentes que habrían originado el delito de enriquecimiento ilícito serán decomisados. Asimismo, el artículo 401-B del mismo cuerpo de leyes indica que los bienes decomisados e incautados

(92) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 628.
(93) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Palestra, Lima, 2003, p. 556.
(94) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 744
(95) Artículo 36 del Código Penal.- La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:
1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (...).

durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad. De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario.

Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público.

La modificación producida al contenido del artículo 401 del Código Penal, por la Ley N° 29703 y luego por la Ley N° 29758, ha excluido la pena de inhabilitación que contenía el citado numeral antes de la modificatoria. Dicha exclusión resulta razonable porque el primer párrafo del artículo 426 del Código Penal ya señalaba que los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos, como es el caso del enriquecimiento ilícito, se sancionaban, 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 del Código Penal.

Como vemos, la comisión del delito de enriquecimiento ilícito trae como consecuencia la pena de inhabilitación junto a la pena privativa de libertad. El juez aplicará la inhabilitación accesoria por el mismo tiempo que dure la pena privativa de libertad. Antes de la modificatoria, era redundante que también en el contenido del artículo 401 del Código Penal se hiciera mención de la pena de inhabilitación, ello evidenciaba falta o deficiente técnica legislativa. Aspecto que finalmente se ha superado pese a que los medios de comunicación masiva se mostraban sorprendidos y pedían se vuelva al estado anterior de las cosas.

IX. AGRAVANTE POR LA CALIDAD DEL AGENTE

El segundo párrafo de la fórmula legislativa contenida en el artículo 401 del Código Penal prevé la agravante del delito de enriquecimiento ilícito. La conducta del agente público se agrava y, por tanto, será merecedor de mayor sanción punitiva, cuando el cargo ha sido 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.

El grado de reproche culpable, se hace más intenso, mientras el autor del hecho punible, ostente cargos públicos de mayor jerarquía funcionarial.

Los funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en entidades, organismos o empresas del Estado serían entre otros, los siguientes: Los presidentes de gobiernos regionales, gobiernos locales, gerentes regionales o municipales, etc.

Para saber que altos funcionarios públicos tienen la prerrogativa del antejuicio, el operador jurídico no tiene otra alternativa que recurrir al artículo 99 de la Constitución Política del Estado, allí se señala que: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado estas". Los funcionarios públicos mencionados son los sometidos legalmente a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional.

Cuestión importante a saber, es que la imposición de la agravante, está supeditada a la realización del hecho punible en abuso del cargo funcionarial, a modo de ejemplo, si es que el agente obtuvo su incremento patrimonial, en virtud de actos ejercidos en un cargo público de menor jerarquía y, luego asume el cargo de ministro de Estado, no podrá aplicársele la agravante, al no estar presente el vínculo funcionarial. Aun cuando se revele dicho incremento patrimonial, cuando ejerce el cargo de ministro[96].

(96) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 747.

X. CRÍTICAS AL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO ILÍCITO PENAL

El delito de enriquecimiento ilícito ha planteado dudas de legitimidad en torno al merecimiento de pena, en los siguientes sentidos[97]: 1) porque se adoptaría una fórmula lacónica[98], quizás vacía de contenido del injusto y entonces infractora de los principios de lesividad y legalidad reconocidos en los artículos 44 y 2.24.d de la Carta Magna; 2) podría violarse la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* prevista en el artículo 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 3) porque podría conculcarse el principio de presunción de inocencia del artículo 2.24.e de la Constitución; este último aspecto, vinculado a una posible inversión de la carga probatoria.

Con respecto al primer cuestionamiento, consistente en que se adoptaría una fórmula vacía de contenido del injusto e infractora de los principios de lesividad y legalidad, Nakasaki Servigón señala que pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe en el tipo penal previsto una acción de forma específica por lo que colisiona con el límite formal de la función punitiva del Estado (principio de legalidad). El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que este se daría, de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente comparado antes, durante y después de ser funcionario o servidor público[99].

El "mandato de determinación", que se deriva del principio de legalidad (*lex stricta*), exige que los tipos penales sean claros, precisos, evitando el uso de términos ambiguos, confusos, oscuros así como la construcción de fórmulas abiertas; incidiendo en el deber del legislador, de plantear estructuraciones típicas referidas a hechos concretos o no a situaciones[100].

(97) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., pp. 139-140.

(98) Al respecto, Rojas Vargas señala que el tipo penal del artículo 401 no describe conducta alguna, no aporta mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala (ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 616).

(99) Nakasaki Servigón citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Ob. cit., p. 785.

(100) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial*. Ob. cit., p. 715.

El artículo 401 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, lo que ha sido criticado, pues no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados sino una simple "situación" o "estado económico". Como acota Sancinetti[101], "enriquecerse" no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, "un hecho jurídico" en el sentido del Código Civil, pero no un "hecho" en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de "Derecho Penal de autor" incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

Es dudosa la figura, pues no describe "un acto" sino una "situación" determinada que describe a un autor: el "enriquecido"[102]. El delito de enriquecimiento ilícito carece de la descripción de la acción típica, lo que se explica si se considera que esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la Administración Pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza.

Respecto al segundo cuestionamiento, consistente en que se podría violar la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*, se puede decir que la acreditación de un delito así concebido, lleva consigo dificultades probatorias; el acreditar –con suficiente certeza–, que el incremento patrimonial del funcionario o servidor público es producto de actuaciones ilícitas en el marco de una actuación funcionarial, induciría en configurar un delito de "sospecha", donde es el agente quien tiene la obligación de probar que los ingresos son lícitos, en franca inversión de la carga de la prueba y del principio de presunción de inocencia (*nemo tenetur sea ipso accusare*). afirmaciones que deben ser rechazadas, tanto en su aspecto material, definido por un "Derecho Penal

(101) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., pp. 142-143.
(102) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. cit., pp. 540-541.

de acto", como en el aspecto procesal, virtud de un modelo mixto o puramente acusatorio, donde la carga de la prueba recae sobre el persecutor público, donde el imputado no tiene la obligación de demostrar su inocencia, menos, de aportar prueba en su contra, ostentando el derecho de mantenerse en silencio; debiéndose acreditar la relación entre el "incremento patrimonial" y el "ejercicio del cargo"(103), labor que le corresponde al Ministerio Público.

Como se dice en un sector de la doctrina nacional, un funcionario no está vinculado al deber de justificación de la "ilicitud" del origen del "mayor patrimonio", podría inclusive acogerse a la cláusula del silencio sin que a partir de ello se presuma su responsabilidad, entonces toda la carga de la prueba reposará, como corresponde a lo señalado por la Constitución Política del Estado, en el Ministerio Público quien deberá acreditar no solo el enriquecimiento sino también la conexión en términos de imputación objetiva, entre este y el abuso del cargo(104).

Para finalizar, con relación al **tercer cuestionamiento**, se puede indicar que la no justificación razonable del incremento no importa una condición objetiva de punibilidad, en tanto, el merecimiento y necesidad de pena están ya presentes, con el enriquecimiento ilícito, a lo único que puede definir este elemento, es a la exigencia probatoria que el incremento patrimonial es lícito.

El enriquecimiento, es decir, enmarcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso a la función y lo que se tiene durante o después de ella, constituye el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud –en el más amplio sentido, ya sea penal, civil, administrativa, etc.– es el componente formal que integra el delito.

La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito(105), interesa tan solo la ilicitud penal del "incremento patrimonial", es decir, demostrar que su procedencia u obtención no

(103) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 708.
(104) Vide, Caro Coria citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 708.
(105) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 620.

ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.).

El requerimiento al sujeto imputado, en algún momento del proceso penal, de una justificación razonable del incremento de su patrimonio, no es un problema de inversión de la carga probatoria, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la Nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional(106) que positiviza el hecho que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación(107).

Como hemos indicado, la negativa del sujeto activo a justificar en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas o de relevancia penal (diferentes a la figura del artículo 401 del Código Penal) que el caso pueda ameritar. La carga de la prueba deberá estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende Ministerio Público, secundado por la labor de las Procuradurías del Estado), asistiéndole por lo mismo al sujeto activo la presunción de inocencia(108).

Asencio Mellado formula una interesante propuesta: "El delito de enriquecimiento ilícito, consiste en sancionar a quien se enriquece durante su mandato político, a quien se le descubre un patrimonio superior a sus ingresos ordinarios. Ese solo hecho, es decir, el incremento patrimonial injustificado, constituiría el tipo penal, siendo que el imputado, en ejercicio de su derecho de defensa y la carga de la prueba de los hechos que aduzca, habrá que probar, si lo estima conveniente, el origen lícito de sus bienes"(109). El mencionado autor añade que, si un funcionario incrementa su patrimonio durante el mandato

(106) El artículo 41 de la Constitución impone el deber del funcionario de efectuar la declaración jurada de rentas y bienes que será una de las pruebas esenciales para una imputación por enriquecimiento ilícito, pero no establece la obligación del funcionario de efectuar una justificación de su posible riqueza ilícita.
(107) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 620.
(108) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 620-621.
(109) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 712.

encomendado, cabe presumir que se ha enriquecido ilícitamente aprovechándose de su cargo, siendo él el único que puede acreditar la licitud del origen de sus bienes cuando el mismo es ajeno a los ingresos percibidos en su actividad pública regular[110].

Cuando se refleja un incremento patrimonial del funcionario, puede presumirse que dichos ingresos provienen de un abuso de la actividad funcionarial encomendada, pero también podrá presumirse que dicho acervo patrimonial, es producto de actividades lícitas o ilícitas por otro tipo de comportamientos que nada tienen que ver con el cargo; queremos decir, que dicho estado presuntivo no es suficiente elemento cognitivo para poder justificar una condena por el tipo penal[111]. El órgano acusador para lograr la condena por el delito de enriquecimiento ilícito, no solo requiere acreditar el ingreso injustificado, sino también que el incremento patrimonial lo obtuvo el sujeto activo, en prevalimiento del cargo público.

(110) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., p. 712.
(111) Ibídem, p. 713.

JURISPRUDENCIA

Funcionarios públicos pueden ser sancionados en sede penal y administrativa por los mismos hechos sin quebrantar el *non bis in idem*

La Administración Pública puede ejercer su potestad sancionadora con independencia de la sanción penal por los mismos hechos cuando se presenta una situación de quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente. En tal sentido, es posible una doble sanción sin infringir el non bis in idem, *pues al infractor como ciudadano le corresponde una pena por haber perpetrado un delito, y como persona sometida a una relación especial con la Administración Pública, una sanción administrativa (ambas sanciones son perfectamente compatibles y no se excluyen).*

Cuando se entabla un proceso disciplinario y uno penal contra un funcionario por los mismos hechos, no se puede afirmar que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto la finalidad de cada uno es distinta, al igual que el interés jurídico que se protege. En ellos se evalúa la conducta del implicado frente a normas de contenido y alcance propio: en el primero se juzga el comportamiento de los agentes frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración Pública; mientras que, en el segundo, las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2659-2011-AREQUIPA

Lima, veintidós de noviembre de dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la acusada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo contra la sentencia de fojas mil ochenta y seis, del uno de agosto de dos mil once, que condenó a Elsa Miguelina Cervantes Oviedo por delito contra la Administración Pública –peculado– a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año y ocho meses, un año de inhabilitación para ejercer el cargo que desempeñaba e incapacidad para obtener mandato o desempeñar cargo, empleo o comisión de carácter público, así como fijó en cuatro mil nuevos soles el monto de la reparación civil

dividida de la siguiente manera: tres mil quinientos nuevos soles para la institución educativa agraviada "Micaela Bastidas" y quinientos nuevos soles para la Dirección Regional de Educación, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO

FUNDAMENTO DEL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO.- Que la encausada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo en su recurso formalizado de fojas mil ciento veintinueve alega que ignoraba que no se podía repartir los ingresos directamente recaudados, pues durante su gestión no recibió ninguna directiva que lo prohibía y cuando lo consultó con la auditora, le dijo que sí se podía repartir esa percepción; que el error que cometió no incidió en el conocimiento de la norma legal, sino en los aspectos fácticos comprobados y, por lo tanto, se configura un error invencible; que por esos mismos hechos fue sancionada en la vía administrativa por negligencia y adquirió la calidad de cosa decidida; que en la sentencia se afirmó que transgredió la sétima disposición final de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos once, sin embargo, el Tribunal de mérito no se percató que esa norma fue promulgada recién el veinticinco de noviembre de dos mil cuatro y los hechos que se le imputaron ocurrieron en el mes de junio del mismo año; que en la sentencia se le imputó la disposición de los ingresos directamente recaudados correspondientes al mes de marzo de dos mil cinco; sin embargo, eso no formó parte de la incriminación del representante del Ministerio Público; añade que la reparación civil se duplicó irregularmente, pues se impuso a favor de dos entidades: la Dirección Regional de Educación y la Institución Educativa Pública Micaela Bastidas.

IMPUTACIÓN-INCRIMINACIÓN

SEGUNDO.- Que según la acusación de fojas novecientos treinta y cuatro, se imputa a la acusada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo, Directora del Colegio Nacional "Micaela Bastidas" haberse apropiado de los ingresos directamente recaudados de esa institución desde junio de dos mil cuatro hasta marzo de dos mil cinco, por un monto de dieciséis mil quinientos veintiocho nuevos soles con sesenta céntimos, que distribuyó entre el personal directivo [donde estaba incluida ella] y diecisiete trabajadores administrativos del plantel. Esos recursos fueron recaudados directamente por diversos conceptos tales como: carné de biblioteca, libreta de notas, certificados, constancias, traslados y otros, y tenían que ser invertidos prioritariamente al costo de la actividad que generó sus ingresos, es decir, para la adquisición de material educativo, mantenimiento de mobiliario e infraestructura, laboratorios y equipos.

CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO

CUESTIONES DE HECHO

TERCERO.- Que en el expediente se acreditó la culpabilidad de la inculpada con las siguientes pruebas:

A. La hoja informativa número cero cuarenta y cuatro-dos mil cinco-UGEL. AN/OCI-AF de fojas ciento ochenta y siete de "verificación de la distribución de los recursos directamente recaudados a personal de la institución educativa Micaela Bastidas", que estableció entre otros, lo siguiente:

a) La procesada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo distribuyó indebidamente los recursos directamente recaudados al personal directivo y administrativo de ese Centro Educativo, pues autorizó el giro de cheques por el importe de dieciséis mil quinientos setenta y cinco nuevos soles con setenta céntimos entre los meses de junio de dos mil cuatro a marzo de dos mil cinco.

b) La Ley número veintiocho mil cuatrocientos once, en la séptima disposición transitoria, prescribe que se deje sin efecto toda disposición legal que establezca la distribución porcentual con cargo a fondos públicos, para el otorgamiento de subvenciones a personas naturales, incentivos y estímulos económicos, bajo cualquier denominación, al personal del Sector Público, manteniéndose los montos que sirvieron de base para efectuar el último pago por subvenciones, incentivos o estímulos económicos en el marco del Decreto Legislativo número ochocientos cuarenta y siete.

c) La Ley veintiocho mil ciento veintiocho, en el artículo catorce, numeral dos, inciso "f", señala que se "prohíbe efectuar pagos al personal activo y cesante que no se ciñan a la normativa vigente bajo responsabilidad administrativa, civil y penal del Titular de la Unidad Ejecutora, del Jefe de Administración y del Jefe de Personal o de quien haga sus veces.

d) Finalmente, se concluye que en la institución educativa se evidencia la distribución indebida de los recursos directamente recaudados por el importe total de dieciséis mil quinientos veintiocho nuevos soles con sesenta céntimos de los recursos directamente recaudados, que se realizó entre la Directora de la Institución Educativa, inculpada Elsa Miguelina Cervantes y dieciséis trabajadores administrativos. Esos hechos sucedieron entre los meses de junio a diciembre de dos mil cuatro y marzo de dos mil cinco. La responsabilidad recayó en la citada imputada, quien como titular de la entidad era responsable de la administración de los recursos directamente recaudados, sin embargo, irregularmente los distribuyó.

B. La resolución ministerial número cero doscientos dieciocho-dos mil cuatro-ED, del seis de mayo de dos mil cuatro, que aprueba la Directiva "Normas para la recaudación y administración de los recursos directamente recaudados en las instituciones educativas Públicas" de fojas sesenta que señaló, entre otros:

a) El Consejo Ejecutivo Institucional es el encargado de controlar y administrar el uso de los recursos directamente recaudados generados por las instituciones educativas públicas. Ese ente está integrado por el director de la institución educativa pública, el subdirector, el representante de los docentes, estudiantes y exalumnos, así como del personal administrativo.

b) Los recursos directamente recaudados de las instituciones educativas públicas serán destinados prioritariamente a cubrir el costo de la actividad que generó los ingresos, la adquisición de material educativo, mantenimiento de mobiliario e

infraestructura, laboratorios y equipos en el marco del proyecto educativo institucional y plan anual de trabajo y proyecto curricular del centro.

c) Se consideran recursos directamente recaudados por la Institución Educativa Pública: los ingresos por concepto de constancias, certificados, traslados y otros.

C. La directiva número cero cero cinco-dos mil cuatro-UGEL AN/JAAD del treinta y uno de mayo de dos mil cuatro, de fojas cuarenta y dos, sobre las "Normas para la recaudación y administración de los recursos directamente recaudados en las Instituciones Educativas Públicas", que especificó, entre otros, lo siguiente:

a) Los recursos directamente recaudados de las instituciones educativas públicas serán destinados prioritariamente a cubrir el costo de la actividad que generó los ingresos, la adquisición de material educativo, mantenimiento de mobiliario e infraestructura, laboratorios y equipos en el marco del proyecto educativo institucional y plan anual de trabajo y proyecto curricular de Centro.

b) Todos los ingresos captados se depositan en la cuenta corriente recaudadora de ingresos del Banco de la Nación en el término máximo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad del Director y el Tesorero.

c) Se tiene que informar a la Asociación de Padres de Familia, Presidentes de Comités de Aula, Consejo Escolar Consultivo y a la Comunidad Educativa sobre el destino de los recursos directamente recaudados trimestralmente, a través de documentos y balances de ingresos y egresos, así como también se tiene que publicar en los periódicos murales, boletines y revistas de la institución educativa.

D. El acta de ingresos recaudados por la administración como productividad correspondiente a los meses de junio, julio, agosto, setiembre y octubre de dos mil cuatro de fojas cuatrocientos veintiséis, donde se advierte lo siguiente:

a) Se realizó con la presencia de la Directora de la institución educativa, inculpada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo.

b) Se indicó que la distribución del treinta y cinco por ciento de los ingresos recaudados por la administración –por concepto de carné de biblioteca, libreta de notas, certificados, constancias, traslados, devolución de documentos, licitación de kioscos y otros– no estaban considerados dentro del TUPA de la entidad educativa.

c) Se realizó sobre la base de la resolución ministerial número cero doscientos dieciocho-dos mil cuatro-ED, del seis de mayo de dos mil cuatro y la directiva número cero cero cinco-dos mil cuatro- UGEL AN/JAAD del treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.

E. La propia declaración de la acusada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo, quien en sede sumarial y en el juicio oral a fojas seiscientos ochenta y dos y novecientos noventa y ocho, respectivamente, aceptó que canceló al personal administrativo la suma de dieciséis mil quinientos veintiocho nuevos soles con sesenta céntimos, que equivalía al treinta y cinco por ciento de los ingresos directamente recaudados; no obstante, alega que desconocía que estaba prohibido el uso de ese

caudal e incluso lo consultó con una auditora de la Unidad de Gestión Educativa Local y esta le indicó que tenía que cobrar un porcentaje de los ingresos de los recursos propios.

CUARTO.- Que de ese conjunto de hechos se establecen tres conclusiones concretas:

A. En la Resolución Ministerial número cero doscientos dieciocho-dos mil cuatro-ED, del seis de mayo de dos mil cuatro y Directiva número cero cero cinco-dos mil cuatro-UGEL AN/JAAD del treinta y uno de mayo de dos mil cuatro, de fojas sesenta y cuarenta y dos, respectivamente, se explicó que los ingresos directamente recaudados, entre otros, por concepto de constancias, certificados y traslados, tenían que ser destinados para cubrir el costo de la actividad que generó los ingresos, la adquisición de material educativo, mantenimiento de mobiliario e infraestructura, laboratorios y equipos en el marco del proyecto educativo institucional y plan anual de trabajo y proyecto curricular de Centro. Entre otros, el Director de la Institución Educativa era el encargado de controlar y administrar el uso de esos recursos e informar a la Asociación de padres de familia, Presidentes de Comités de Aula, Consejo Escolar Consultivo y a la Comunidad Educativa sobre el destino de los mismos a través de documentos y balances de ingresos y egresos, así como también tenía que publicar en los periódicos murales, boletines y revistas de la institución educativa.

B. A pesar de ello, la acusada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo, Directora del Colegio Nacional "Micaela Bastidas", entre los meses de junio de dos mil cuatro o marzo de dos mil cinco, distribuyó irregularmente los ingresos directamente recaudados de la Institución por dieciséis mil quinientos veintiocho nuevos soles con sesenta céntimos –que se obtuvo por concepto de pagos por carné de biblioteca, libreta de notas, certificados, constancias, traslados y otros–, entre diecisiete trabajadores administrativos del plantel –donde ella estaba incluida–.

C. La inculpada no ignoraba o desconocía las disposiciones legales anotadas que regulaban los ingresos directamente recaudados, pues fue invocada por ella en el "Acta de ingresos recaudados por la administración como productividad" citada *supra* –ocasión en la que se repartieron los ingresos de los meses de junio, julio, agosto, setiembre y octubre de dos mil cuatro–, donde afirmó irregularmente que los ingresos por concepto de carné de biblioteca, libreta de notas, certificados, constancias, traslados, devolución de documentos, licitación de kioscos y otros, no estaban considerados como ingresos directamente recaudados –a pesar de la precisión de los preceptos citados–.

QUINTO.- Que el delito contra la Administración Pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupan un estatus especial y mantienen una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostentan. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que dominan en relación al deber estatal que les corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal

que administra, lo que no sucedió en el caso concreto. Es acotar que la norma no impide que el provecho se pueda producir a favor de personas vinculadas o no al delito, pues la propia redacción del tipo penal asegura que el beneficio se puede producir alternativamente: a favor del funcionario o servidor público o a favor de un tercero –con la calidad de cómplice respecto a la materialización del delito o sin participación delictual–. En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única–. En el caso concreto, la inculpada dolosamente permitió la apropiación de los caudales del Estado a favor de ella y terceros.

SEXTO.- Que para la imposición de la pena privativa de libertad, el Tribunal Superior atendió a la gravedad del hecho punible, importancia del daño causado y aquellas circunstancias previstas en la ley –artículo cuarenta y seis del Código Penal–, tales como el modo y lugar en que se realizaron los hechos, los móviles o fines y la personalidad del autor [educación, situación económica y medio social], así como su edad; por lo tanto, la pena se encuentra arreglada a ley.

SÉTIMO.- Que en la sentencia se fijó en tres mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar la acusada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo a favor de la Institución Educativa "Micaela Bastidas" y quinientos nuevos soles para la Dirección Regional de Educación, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado. Al respecto, es de acotar que la Institución Educativa forma parte de la Dirección Regional de Educación, por lo que considerar a ambos entes como agraviados implica duplicar la reparación civil para el mismo agraviado, máxime cuando los fondos materia del delito de peculado en el presente caso, no corresponden a la Dirección Regional, sino a la Institución Educativa: ingresos directamente recaudados. Por lo tanto, debe corregirse este extremo.

OCTAVO.- Que, por otro lado, se aprecia que por Resolución Directoral de la Dirección Regional de Educación de fojas setecientos noventa y tres, se sancionó a la inculpada Elsa Miguelina Cervantes Oviedo con separación temporal en el servicio magisterial por el lapso de dos meses sin goce de remuneraciones, por incurrir en responsabilidad administrativa por negligencia en el desempeño de sus funciones previsto en el inciso "d" del artículo veintiocho del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis, "Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público", pues distribuyó irregularmente los recursos directamente recaudados por la institución educativa a los trabajadores administrativos y personal directivo. La citada acusada en el proceso penal que se le siguió por los mismos hechos fue condenada a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año y ocho meses y un año de inhabilitación de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal.

NOVENO.- Que, en este contexto, es de precisar tres aspectos concretos sobre la institución del *non bis in idem* alegada por la imputada:

A. Implica de forma abstracta la obligación de no juzgar o condenar dos veces por la misma infracción.

B. Su aplicación está sujeta como condición *sine qua non* a la presencia de la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento.

C. No debe existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y la Administración, pues si concurre esta circunstancia especial puede aplicarse una sanción penal y administrativa. Cabe acotar que esta relación especial se presenta cuando el infractor libremente se somete a una relación intensa de sujeción con el Estado y se genera un conjunto de derechos y obligaciones entre aquel y la entidad.

DÉCIMO.- Que, en tal sentido, la Administración podrá ejercer su potestad sancionadora, con independencia de la sanción penal por los mismos hechos, cuando se presenta una situación de quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente, en tanto y en cuanto, se va a partir de la existencia de condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo de la Administración.

DECIMOPRIMERO.- Que, es de precisar, que el fundamento de la doble sanción estriba, en que al infractor como ciudadano le corresponde una sanción de carácter penal como consecuencia de una conducta punible desarrollada, pero, por otro lado, como persona sometida a la relación especial con el ente administrativo en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado se acepta la imposición de la sanción administrativa, por lo que son perfectamente compatibles ambas sanciones –no se excluyen–. Por lo demás, es de puntualizar que cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona por unos mismos hechos, no se puede afirmar *prima facie* válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto, la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en ellos se evalúa la conducta del implicado frente a normas de contenido y alcance propio, pues en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de estos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración Pública, mientras que en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

DECIMOSEGUNDO.- Que, dentro de esta óptica jurídico penal, queda claro que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario o servidor y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades u otros y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo.

En la doctrina española se ha establecido al respecto "que para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esta protección. El interés de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales; el de cada uno de los órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la

conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de esta, salvo claro esta y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de este" [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*. Editorial Dykinson, Madrid, dos mil cuatro].

DECIMOTERCERO.- Que, en consecuencia, es evidente que la sanción disciplinaria y penal, son perfectamente compatibles en cuanto a su aplicación, pues en esencia son diametralmente disímiles en su finalidad y no se contraponen, siempre y cuando se presente las situaciones descritas en los considerandos precedentes. En el caso concreto, resultan perfectamente aplicables ambas sanciones, pues la encausada tenía con la Dirección Regional de Educación una relación especial por su calidad de servidora del ente administrativo y quebrantó la confianza depositada en ella, por lo que fue sancionada, y a la vez su conducta desarrollada es constitutiva de delito, agraviándose al Estado.

DECIMOCUARTO.- Que, por lo tanto, no se advierte la vulneración del principio *non bis in idem* y afectación del debido proceso, por lo que es del caso desestimar los argumentos en este extremo.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil ochenta y seis, del uno de agosto de dos mil once, que condenó a Elsa Miguelina Cervantes Oviedo por delito contra la Administración Pública –peculado– en agravio de la institución educativa agraviada "Micaela Bastidas" a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año y ocho meses, un año de inhabilitación para ejercer el cargo que desempeñaba e incapacidad para obtener mandato o desempeñar cargo, empleo o comisión de carácter público, así como fijó en tres mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la Institución Educativa agraviada "Micaela Bastidas", sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado.

II. Declararon NULA la sentencia en cuanto fijó en quinientos nuevos soles el monto de la reparación civil a favor de la Dirección Regional de Educación.

III. MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

IV. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber.

SS.

LECAROS CORNEJO
BARRIOS ALVARADO
VILLA BONILLA
TELLO GILARDI
SANTA MARÍA MORILLO

Absolución por colusión ilegal: procesada no tuvo injerencia en las adquisiciones de bienes

El delito de colusión ilegal es un delito de infracción del deber que exige que el funcionario público –intraneus– *defraude al Estado, para lo cual concierta fuera de la ley con los interesados* –extraneus– *en las contrataciones estatales que lleva a cabo en razón a su cargo (vínculo o nexo funcional). La concertación fraudulenta requiere la realización de acuerdos defraudatorios que resultan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la Administración Pública.*

Si bien parte de los materiales fueron adquiridos sin realizar el proceso de selección de menor cuantía, de las declaraciones de la procesada se advierte que esta no tuvo injerencia en las adquisiciones, las cuales fueron realizadas de manera directa por el personal encargado, debido a la premura de la obra. Tampoco se advierte que haya realizado contrato u operación en los que se advierta un conflicto de intereses a favor de los particulares; y menos obra prueba de que direccionó a los servidores de la entidad municipal para que realicen la compra en determinado establecimiento comercial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2543-2013-ÁNCASH

Lima, doce de diciembre de dos mil catorce

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas seiscientos sesenta y ocho al seiscientos ochenta y uno, del treinta y uno de enero de dos mil trece que: i) Absolvió a **Esperanza Juana Díaz Bartolo** de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Publica-colusión ilegal y negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Cochas - Huanchay. ii) Absolvió a **Milton Santiago Kusano Watanabe** y **Juan Martín Quispe Quiroga** de la acusación fiscal como cómplices primarios del delito contra la Administración Publica - colusión ilegal, en agravio de la Municipalidad

Distrital de Cochas-Huanchay. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

PRIMERO. En su recurso formalizado de folios seiscientos ochenta y nueve, el representante del Ministerio Público sostiene que: **i)** Está probada la responsabilidad penal de Esperanza Juana Díaz Bartola en el delito de negociación incompatible, en razón de que con su accionar deliberado omitió realizar los procesos de selección al contratar en forma directa los servicios de sus coprocesados, con el fin de favorecerse en su condición de alcaldesa; **ii)** Durante los debates orales, la procesada Esperanza Juana Díaz Bartola manifestó como argumento de defensa que el distrito de Cochas fue declarado en emergencia y dicha decisión se aprobó en Acuerdo de Consejo; sin embargo, esto se debe tomar como un argumento de defensa, por cuanto en autos no obran los documentos mencionados; **iii)** Se probó la participación en los hechos de Juan Quispe Quiroga y Milton Santiago Kusano Watanabe, ambos como cómplices primarios, ya que el primero de los nombrados realizó el transporte de materiales por un monto de trece mil doscientos nuevos soles, pese a que no se llevó un proceso de adjudicación de menor cuantía, lo que demuestra que actuó coludido con la alcaldesa para beneficiarse económicamente en perjuicio del Estado (Municipalidad Distrital de Cochas); **iv)** El procesado Milton Santiago Kusano Watanabe vendió materiales a su coprocesada por la suma de treinta y un mil setecientos cincuenta y cinco nuevos soles con cincuenta y uno céntimos por lo que son responsables penales del delito de Colusión desleal.

SEGUNDO. Según la acusación fiscal de folios quinientos ochenta y ocho a quinientos noventa y tres, se incrimina a Esperanza Juana Díaz Bartolo, alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Cochas en Huanchay desde el año dos mil siete al dos mil diez, haberse coludido con los procesados Milton Santiago Kusano Watanabe (proveedor de materiales de construcción) y Juan Martín Quispe Quiroga (proveedor de servicios de transporte), para defraudar al Estado a través de la compra de bienes y servicios para la construcción del mejoramiento del sistema de abastecimiento de agua potable en Cochas, sin realizar el proceso de selección de menor cuantía. Se evidencia en el dictamen pericial de fojas doscientos treinta y nueve al doscientos cuarenta y siete, que la compra de materiales a Kusano Watanabe asciende a treinta y siete mil setecientos cincuenta y cinco nuevos soles con cincuenta y uno céntimos, y la adquisición de servicio de transporte a Quiroga Quispe asciende a trece mil doscientos nuevos soles.

Asimismo, se le imputa a Esperanza Juana Díaz Bartolo la comisión del delito de negociación incompatible, puesto que se interesó indebidamente en la adquisición de materiales de construcción y servicio de transporte para la ejecución de la obra Construcción del Mejoramiento del Sistema de Abastecimiento de Agua Potable en Cochas, sobre la base de cotizaciones que no respondían a los valores reales

del mercado y sin efectuar el proceso de selección respectivo, conforme lo estipula la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

TERCERO. En un proceso penal, la determinación de si los acusados son o no responsables penalmente y, por tanto, si sus actuaciones, que es precisamente lo que se juzga, merecen la aplicación de una pena o no, impone al juzgador la exigencia de realizar un doble juicio: i) De una parte, **un juicio histórico** orientado a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos existió o no con anterioridad al proceso; ii) De otra parte, **un juicio de valoración jurídica** que se dirige lógicamente a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penalmente ilícito y merece la imposición de una pena; por ello, la sentencia constituye un silogismo que parte de **una premisa mayor**, constituida por la norma, y una premisa menor que se concreta en los hechos con lo que se tiene, finalmente, al fallo como conclusión.

DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

CUARTO. El delito de colusión ilegal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal, en primer lugar es un delito de infracción del deber que exige que el funcionario público *–intraneus–* defraude al Estado, para lo cual concierta fuera de la ley con los interesados *–extraneus–* en las contrataciones estatales que lleva a cabo en razón a su cargo (vínculo o nexo funcional).

El injusto penal se consuma cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, se concierta con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, defrauda al Estado o entidad u organismos estatales en los contratos, suministros, licitaciones concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial.

Además, el tipo penal tiene como elementos objetivos, los siguientes: i) **Sujeto activo.** Pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales. En el presente caso, la procesada es una funcionaría pública con facultad de decisión y que por tanto ejerció función pública, como Jefa de Adquisiciones e integrante del Comité Especial. En ese sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la que en su artículo uno, bajo el título de definiciones, señala que: "Para los fines de la presente Convención, se entiende por 'Función Pública', toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio de este, de sus entidades, en cualquiera de todos sus niveles jerárquicos. Funcionario Público, Oficial Gubernamental o Servidor Público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que fueran seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". ii) **El sujeto pasivo**, es el Estado, entidad u organismo del Estado, que "involucra no solamente a la administración del Poder Ejecutivo sino a todos los demás Poderes del Estado y a los otros gobiernos locales o regionales;

todos los cuales forman parte de la estructura estatal"[1], **iii) Colusión.** Entendida como concertación, que viene a ser el "concierto, ajuste, convenio, coordinación o acuerdo"[2]. Constituye: "La conducta o comportamiento típico en relación con los momentos de ejecución-consumación está así dado por la concertación dolosa con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado"[3]. **iv) Defraudación.** "Es el resultado del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público. [...] La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de negociaciones o contratos"[4]. **v) El perjuicio** es el elemento intrínseco a la defraudación, es el componente material que lo objetiviza y lo diferencia del simple engaño. De todo lo expuesto, se puede concluir que la concertación fraudulenta requiere la realización de acuerdos defraudatorios que resultan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la Administración.

QUINTO. Respecto al delito de Colusión Ilegal imputado a la procesada Esperanza Juana Díaz Bartolo, se observa de la acusación que se le incrimina realizar adquisiciones de bienes y servicios sin el debido proceso de adjudicación, con lo que habría favorecido a terceras personas.

Al respecto, analizados los actuados se concluye que si bien parte de los materiales para las construcciones de mejoramiento del sistema de abastecimiento de agua potable del distrito de Cochas fueron adquiridos sin realizar el proceso de selección de menor cuantía, conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; sin embargo, de las declaraciones de la procesada obrantes a fojas treinta y cinco; ciento setenta y nueve; cuatrocientos veintitrés y seiscientos cuarenta y uno, se corrobora que esta no tuvo injerencia en la adquisiciones de bienes y servicios, ya que esto fue realizado de manera directa por el personal encargado, debido a la premura de la obra, refiere que desconocía del procedimiento que debían seguir para la compra de dichos materiales; por lo que no se evidencia concertación alguna entre esta y sus coacusados para defraudar al Estado; más aún si de autos se advierte que los procesados no se conocen entre sí.

Por otro lado, no se advierte que la procesada Díaz Bartolo se haya interesado indebidamente en la adquisición de bienes y servicios para la entidad agraviada, ello con la finalidad de favorecer a los procesados Milton Santiago Kusano Watanabe y Juan Martín Quispe Quiroga, puesto que se ha demostrado que esta no ha realizado contrato u operación alguna, en los que se advierta un conflicto de interés entre la

(1) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Palestra. Lima: 2003, p. 310.
(2) *Diccionario. Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española Vox.* 2007. Larousse Editorial S. L.
(3) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Grijley, 2007, p. 410.
(4) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit., p. 411.

referida y los particulares; por el contrario, la compra de bienes y servicios se realizó de manera directa a través de los servicios de la entidad agraviada; tampoco obra elemento de prueba que acredite que esta determinó o direccionó a los servidores de la entidad municipal para que realicen la compra en determinado establecimiento comercial; más aún si los delitos de colusión y negociación incompatibles se superponen en cuanto a su análisis, por lo que desacreditado uno, sobre la base de la no acreditación de relaciones de acuerdo ilícito entre los procesados, el otro no tiene sustento para su existencia.

SEXTO. En lo que se refiere al delito de Colusión Ilegal imputado a los procesados Milton Santiago Kusano Watanabe y Juan Martín Quispe Quiroga, se observa de autos, con respecto al procesado Milton Santiago Kusano Watanabe, que si bien fue proveedor de materiales para la entidad agraviada (por la suma de treinta y un mil setecientos cincuenta y cinco nuevos soles con cincuenta y uno céntimos) sin haberse realizado el proceso de licitación; sin embargo, de autos no se ha logrado determinar concertación ilegal alguna con su coprocesada Díaz Bartolo, puesto que estos no se conocían y no se acreditó que se hubieran reunido para tratar temas respecto a las adquisiciones de materiales; por el contrario, este refiere de modo razonable, que en varias oportunidades ha vendido materiales de ferretería a personas que llegaban a comprar de parte de la Municipalidad; agregó, además, que no tuvo comunicación alguna con la procesada.

Por otro lado, en lo que se refiere, al procesado Juan Martín Quispe Quiroga, a este se le imputa haber prestado el servicio para el transporte de materiales al Centro Poblado Las Vírgenes, por el importe de trece mil doscientos nuevos soles, sin efectuar el proceso de licitación, tal como se advierte en el Dictamen Pericial Contable de folios doscientos treinta y nueve. Al respecto, si bien el dictamen hace referencia de dicha irregularidad; sin embargo, no se advierte del estudio de los actuados que se haya acreditado que entre el mencionado procesado y la encausada Díaz Bartolo haya existido connivencia para defraudar al Estado; tanto más, si de su declaración de folios seiscientos cincuenta y cinco se advierte que prestó servicio de transporte a la entidad agraviada porque los servidores de la misma se apersonaron a su lugar de trabajo y le solicitaron una proforma para llevar materiales, por lo que realizó cuatro viajes en los que trasladó materiales de ferretería; circunstancia que en modo alguno lo hace cómplice del delito imputado, pues esta actividad es frecuente en el comercio al que se dedica; por lo que no existe prueba alguna que acredite la comisión del delito materia de juzgamiento.

Finalmente, en la medida que el representante del Ministerio Público no aportó otras pruebas válidas e idóneas que permitan al juzgador inferir indubitablemente que los procesados, ya sea por razón de su cargo, en el caso del *intraneus,* como por complicidad en el caso de los *extraneus* se coludieron para defraudar al Estado en provecho propio, cabe confirmar la decisión adoptada por el Colegiado Superior, pues sostener lo contrario sería contravenir la garantía constitucional y penal de la proscripción de la responsabilidad objetiva.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos sesenta y ocho al seiscientos ochenta y uno, del treinta y uno de enero de dos mil trece que: **i)** Absolvió a **Esperanza Juana Díaz Bartolo** de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Publica - colusión ilegal y negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Cochas-Huanchay. **ii)** Absolvió a **Milton Santiago Kusano Watanabe** y **Juan Martín Quispe Quiroga** de la acusación fiscal como cómplices primarios del delito contra la Administración Publica-colusión ilegal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Cochas-Huanchay. Con lo demás que contiene y es materia del presente recurso. Y los devolvieron. Intervienen los señores jueces supremos Morales Parraguez y Cevallos Vegas, por licencia de los señores jueces supremos Rodríguez Tineo y Salas Arenas, respectivamente.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
MORALES PARRAGUEZ
CEVALLOS VEGAS

No es posible realizar una concertación o colusión defraudatoria mediante una conducta omisiva

La colusión ilegal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio. La defraudación debe entenderse como la transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; no puede ser entendida como la producción –o la posibilidad– de un perjuicio, el cual no es un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio [defraudatorio].

La concertación constituye la fuente generadora del riesgo, la cual debe realizarse de manera comisiva [no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión], al requerir la realización de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo [manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados y las sumas acordadas]. En tal sentido, si el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia [o desobediencia administrativa], pero no ante un delito de colusión ilegal.

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2587-2011-CUSCO

Lima, veintitrés de enero de dos mil trece

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, representada por el Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, contra la sentencia del treinta de mayo de dos mil once, de fojas tres –cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia–; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, la parte civil en su recurso formalizado de fojas seis mil trescientos veintidós, alega que: **i)** La absolución de los imputados sustenta en los

fundamentos expresados por la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco en el proceso judicial civil número mil setecientos treinta y ocho guión dos mil dos, sin considerar que en el proceso no se discutió ni analizó el procedimiento de la concesión del Hotel Cusco, dado que concluyó con el amparo de las excepciones deducidas sin realizar un análisis exhaustivo de dichos fundamentos; **ii)** Se realizó un análisis poco serio y alejado de la verdad, respecto al procedimiento de concesión del Hotel Cusco, pues el que se haya desarrollado observando el marco legal, no enerva la posibilidad de que existan conductas delictuosas por parte de los funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, conforme se advierte en las observaciones evidenciadas en el Informe de Auditoría número diez guión IE guión cero siete guión dos mil dos guión cero dos guión cero trescientos nueve; **iii)** No se evaluó debidamente los hechos que sustentan la colusión que existió entre los miembros del CEPRI y del consorcio que se adjudicó la buena pro de la concesión, siendo evidente la intención de beneficiar al Consorcio que participó del proceso de concesión del Hotel Cusco al no considerarse los estudios de la Empresa METRUM S.A. que determinó que el Up Front para el proceso de concesión debía ser no menos de ochocientos mil dólares americanos y la proyección mensual correspondía una renta de cincuenta mil dólares americanos, sin embargo ambos montos fueron fijados por debajo de ello; **iv)** No se consideró el informe de auditoría, así como las bases del proceso de concesión y los estudios realizados por las empresas consultoras, las cuales demuestran la colusión entre los miembros del CEPRI y del directorio de la Sociedad de Beneficencia del Cusco; y, **v)** No existen evidencias que el Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu - Imperio de los Incas, haya realizado inversiones de carácter hotelero por lo que no cumplía con lo dispuesto en las bases del proceso de concesión, permitiendo incluso la subsanación de las exigencias posterior a su calificación.

SEGUNDO: Conforme se advierte del dictamen acusatorio –fojas cuatro mil ciento setenta y uno–, se les imputa a los encausados José Antonio Navarro Merea con la participación de Jaime Calmet Bohme, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda, Wilfredo Aranzabal Challco y Graciela Zambrano Negreiros, integrantes del directorio de la Beneficencia Pública del Cusco, la irregularidad en el otorgamiento de la concesión en la administración del Hotel "Cusco", ubicado en la plazoleta Regocijo de Cusco de propiedad de la Beneficencia Pública de dicha ciudad, al único postor "Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Macchupicchu - Imperio de los Incas", habiéndose suscrito el contrato del treinta y uno de octubre de dos mil, por el cual la concesionaria debía pagar la suma de seiscientos un mil y un dólares americanos y una retribución mensual de treinta y tres mil y un dólares americanos a la referida entidad estatal desde el inicio de las operaciones del hotel, concesión que se efectuó pese a no existir justificación para su otorgamiento, toda vez que la empresa adjudicada no acreditó experiencia en la administración hotelera, ya que estuvo integrada por las empresas de transportes ETRAMUNSA S.A., WAYNA PICCHU S.A., PACHACUTEC S.A. y MACHU PICCHU S.A.C., habiendo celebrado previamente dicha concesión un contrato con la cadena hotelera SOL MELIÁ, el trece de setiembre

de dos mil, como socio estratégico, con el propósito de simular la dedicación a la actividad hotelera, y que luego del otorgamiento de la mencionada concesión, se concluyó con dicha asociación empresarial, lo que ocasionó que el indicado hotel se encuentre inoperativo causándose desmedro económico de un millón ochocientos ochenta y siete mil ciento treinta y tres nuevos soles con sesenta céntimos, como consecuencia del incumplimiento del contrato de concesión.

Irregularidad en el nombramiento ilegal del Comité Especial de Privatización –CEPRI–, por parte del directorio de la entidad agraviada, pues de conformidad al artículo octavo del Decreto Supremo número cincuenta y nueve guión noventa y seis guion PCM, establece que los comités especiales se constituyen por Resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Irregularidad en el otorgamiento de la buena pro al citado consorcio empresarial que se presentó solo a la convocatoria de postores, donde debió declararse desierto el concurso de la concesión en referencia, por lo que se configuró el delito de colusión ilegal.

Asimismo, se les atribuye a los encausados Calmet Bohme, Arregui Rodríguez, Barrionuevo de Miranda y Aranzabal Chanco, en calidades de funcionarios del directorio de la Beneficencia Pública del Cusco, haber cometido el delito de peculado doloso agravado, pues efectuaron pagos de honorarios a los miembros del Comité Especial de Privatización –CEPRI–, los mismos que debieron efectuarse una vez que se adjudique la buena pro e inmediatamente después de percibido el monto inicial que por concepto de Up Front deberá pagar el ganador de la buena pro.

Se imputa a Calmet Bohme, en su calidad de presidente del directorio de la Beneficencia Pública del Cusco, haberse interesado en forma directa y simulada en el contrato de concesión del Hotel "Cusco" al único postor, pese a tener pleno conocimiento que la empresa concesionaria no tenía experiencia en la actividad hotelera, hecho por el que se le incrimina el delito de aprovechamiento indebido de cargo.

TERCERO: Ahora bien, el proceso penal se instaura con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de un imputado, por ello la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma determinada; en virtud de ello, está la prueba que busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Cabe precisar que, si bien el Juez Penal es libre para obtener su convencimiento; así, el artículo segundo, inciso veinticuatro, párrafo e), de la Constitución Política del Estado, establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que una presunción *iuris tantum* implica el derecho del procesado de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente; o, dicho de otro modo, constituye una presunción que se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Ahora bien, si

con la actividad probatoria actuada no se logra generar la certeza necesaria para considerar responsable al procesado, entrará a tallar el principio *in dubio pro reo*, aplicable por existir una duda razonable y también razonada sobre la concurrencia de alguno de los elementos típicos del delito o la responsabilidad del procesado; al respecto la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve, inciso once, establece que: "la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales" (Guevara Pericana, Julio Antonio. *Principios Constitucionales del Proceso Penal*. Grijley, dos mil siete, página ciento cincuenta y dos). En este sentido, el principio *in dubio pro reo* es "una regla para el conocimiento judicial, que impone una disposición de ánimo para el aplicador, favorable al procesado en aquellas situaciones en las cuales no es dable obtener un grado de certeza suficiente para destruir al estado de inocencia" (Bertolino, Pedro. *El Funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Depalma, mil novecientos ochenta y cinco, página ciento sesenta).

CUARTO: De otro lado, se advierte que en el delito de Colusión Ilegal, la Administración Pública es un conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que la Administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas.

4.1. Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (Dromi, José Roberto, *Licitación Pública*, Ediciones Argentina, mil novecientos noventa y cinco, página treinta y nueve).

4.2. Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a determinadas reglas que incluyen en un conjunto de actos preparatorios la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros. Así, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios –Ley de Contrataciones del Estado– da vida a la figura delictiva de la Colusión ilegal; en virtud del cual debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio (Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que, la defraudación no puede ser entendida como producción –o posibilidad– de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio –defraudatorio–.

4.3. La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación

Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

4.4. Revisado los autos se aprecia que obra el Informe Especial –fojas ciento doce– describe que el Hotel "Cusco" se entregó en concesión sin que exista necesidad alguna ni las condiciones mínimas para ser viable; lo cual quedó desvirtuado con el Informe emitido por el Jefe de Planificación y Presupuesto de la Beneficencia, José Cruz Gamarra, del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho –fojas cuatro mil cuatrocientos dos–, quien al realizar la evaluación presupuestaria correspondiente al tercer trimestre de mil novecientos noventa y ocho, indicó que en aquellos meses existía poca demanda en los hoteles, teniendo un mínimo de superávit; con el acta de la Sesión de Directorio de la Beneficencia, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve –fojas cuatro mil quinientos seis–, que contó con la presencia del Gerente General Aníbal Alancastre, el mismo que afirmó que existía el riesgo de colapsamiento de la capacidad instalada del hotel, por el deterioro de las habitaciones, equipos de calderos y sistemas de agua y luz, agregando que desde una perspectiva de sostenibilidad institucional era necesario la convocatoria de la empresa privada para que en el marco de una concesión de mediano o largo plazo pueda garantizar mayores créditos y patrimonización, sugiriendo que el directorio autorice e inicien los estudios de concesionamiento del Hotel "Cusco"; y, con el oficio circular, del tres de setiembre de mil novecientos noventa y siete –fojas cuatro mil cuatrocientos diez–, en el cual el Director Regional de Industria y Turismo de Cusco, comunicó al representante del Establecimiento de Hospedaje de la Beneficencia, que los establecimientos de hospedaje sin clase ni categoría no pueden publicitarse, exhibir letreros o inducir al público que cuenta con clase y categoría no otorgada, y que si desea ostentar clase y categoría determinada deberá ser a través de un consultor de turismo, dicha información fue recibida por el Gerente General de la Beneficencia del Cusco, por lo que este mediante oficio –fojas cuatro mil cuatrocientos once–, solicitó al Gerente de COIPROSA inicie el procedimiento de recategorización del Hotel "Cusco".

4.5. Asimismo, se tiene la declaración de Calmet Bhome, quien desempeñaba el cargo de Presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, que a nivel de instrucción y juicio oral –fojas cuatro mil cincuenta y cuatro, cuatro mil cincuenta y nueve, y cinco mil setecientos cincuenta y cinco, respectivamente–, señaló que el Gerente Alancastre en un documento informó la situación del hotel, el cual iba a colapsar por la incapacidad instalada de los equipos de calderos y deterioro de las habitaciones, y en cuanto al movimiento económico era

deficiente; dicha versión fue corroborada con las declaraciones de: Nancy Regina Tenorio Calderón, integrante del Directorio de la entidad beneficiante, que a nivel de instrucción y juicio oral –fojas mil ciento tres y cinco mil setecientos setenta, respectivamente–, indicó que los Gerentes de la Beneficencia siempre daban informes negativos del hotel, y que no tenían ingresos suficientes como para reinvertir y poder competir con otros hoteles; Luz Marina Barrionuevo de Miranda, integrante del Directorio de la entidad beneficiante, quien en juicio oral –fojas cinco mil setecientos setenta y cinco–, refirió que la única forma de reflotar el hotel era mediante una concesión, para así lograr ingresos para poder invertirlos en el servicio a los niños y ancianos que estaban bajo el cuidado de la institución; y, Wilfredo Aranzabal Callco, integrante del Directorio de la entidad beneficiente, quien a nivel de instrucción y juicio oral –fojas mil ciento diecisiete y cinco mil setecientos ochenta y uno, respectivamente–, sostuvo que la gerencia informó que el hotel no podría levantarse, porque económicamente estaba mal, razón por la cual el directorio acordó dar en concesión el Hotel "Cusco". Dichas versiones son respaldadas con el informe emitido por José Cruz Gamarra, Jefe de Planificación y Presupuesto de la Beneficencia –fojas cuatro mil cuatrocientos dos–, quien indicó que en los primeros meses del año mil novecientos noventa y ocho existía poca demanda de hoteles, por lo que solo se tenía un mínimo de superávit.

4.6. En cuanto, a la imputación dada a José Antonio Navarro Merea, quien se desempeñaba como presidente de la Comisión Especial de Privatización –CEPRI–, quien a nivel de instrucción y juicio oral –fojas dos mil trescientos sesenta y siete, respectivamente–, señaló que el Consorcio "Machupicchu Imperio de los Incas" formó consorcio con el "Sol Meliá", pues le daba la experiencia necesaria o respaldo suficiente, cumpliendo con los requisitos para presentarse a la licitación; que, fueron tres postores los que se presentaron al concurso: Perú Hotel, Inserfinsa y el Consorcio imperio de los Incas; que, en las bases del concurso se puso que si hay un solo postor que cumpla con todos los requisitos exigidos, se otorgará la buena pro; que, la labor del CEPRI termina con el otorgamiento de la buena pro, y la firma del contrato era facultad estricta e irrenunciable de la Beneficencia, por lo que el CEPRI ya no tenía posibilidad de intervención ni responsabilidad con relación a los inquilinos que ocupaban el local del Hotel "Cusco", las observaciones del Instituto Nacional de Cultura en cuanto a la remodelación del dicho hotel y los pagos fraccionados del Up Front; que, la colusión era casi imposible, pues en ella tendrían que estar involucradas la ministra y el congresista Daniel Estrada, porque fueron los promotores de la ley para concesionar los bienes patrimoniales de la Beneficencia y que en esta licitación no se perjudicó la Beneficencia Pública del Cusco, porque recibió, por concepto de Up Front, un millón de dólares americanos.

4.7. En relación a Graciela Zambrano Negreiros, integrante del Directorio de la Entidad beneficente, que a nivel preliminar y juicio oral –fojas mil seis y cinco mil setecientos ochenta y seis, respectivamente–, indicó que fue integrante del directorio de la beneficencia a partir del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en representación del Ministerio de Educación, hasta febrero de dos mil uno, por consiguiente cuando el directorio decidió realizar la concesión del

Hotel "Cusco", no conformaba parte del directorio, por lo que no participó en la toma de esa decisión, puesto que fue en sesión de directorio de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y la resolución de su nombramiento –fojas cuatro mil cuatrocientos diecisiete–, fue publicada en el diario *El Peruano* el ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve; evidenciándose que en dicha fecha aún no conformaba parte del directorio; por lo que no se le puede imputar ese hecho.

4.8. Por lo que se concluye que, según los documentos señalados en líneas precedentes, se evidencia que el Hotel "Cusco" estaba en una situación deficitaria, y para reflotarlo se necesitaba de una inversión significativa, que no tenía la beneficencia –conforme el informe, del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho, oficio circular del tres de setiembre de mil novecientos noventa y siete, y acta de sesión de directorio, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa nueve, sin embargo el directorio decidió por unanimidad aprobar la decisión de reiniciar el proceso de concesión del Hotel "Cusco" –octubre de mil novecientos noventa y nueve–; asimismo, el artículo primero de la Ley número veintiséis mil ochocientos cinco, señala: "Facúltase a las Sociedades de Beneficencia y Juntas de Participación Social para que mediante Acuerdo de su Directorio, otorguén en concesión al sector privado, proyectos y obras de infraestructura y se dé servicios públicos que forman parte de su patrimonio (...)", conforme a ello, el Directorio de la Beneficencia tiene facultad para otorgar en concesión su patrimonio al sector privado.

4.9. Por otro lado, se tiene según acta de sesión de directorio de fecha ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve –fojas cuatro mil cuatrocientos catorce–, en el cual se aprueba la constitución de la Comisión Especial de Concesiones de la Beneficencia Pública del Cusco; lo que es corroborado con las declaraciones de Calmet Bhome, tanto en su instructiva y en juicio oral, manifestó que sí nombró la Comisión Especial de Privatización –CEPRI–, previa consulta con la ministra de la Mujer; Tenorio Calderón, a nivel de instrucción y juicio oral, indicó que delegaron al presidente la conformación del CEPRI, y en una sesión de directorio aceptaron la propuesta en forma unánime; Barrionuevo de Miranda, a nivel preliminar y juicio oral, refirió que en la última sesión del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, se mostró los currículum de las personas para conformar el CEPRI; y, Aranzabal Challco, quien en su instructiva y en juicio oral, sostuvo que en una sesión de directorio aprobaron la conformación del CEPRI. Asimismo, se advierte que el nombramiento del CEPRI, se efectuó teniendo en cuenta como sustento legal lo establecido en la Ley número veintiséis mil ochocientos cinco, la cual facultó a las Sociedades de Beneficencia para que mediante acuerdo de su Directorio otorguen en concesión al sector privado, proyectos y obras de infraestructura y de servicios públicos que forman parte de su patrimonio; a eso se suma, que el informe del Gerente Regional de Asesoría Jurídica de la Región Cusco, Eulogio Álvarez –fojas cuatro mil cuatrocientos–, señaló que dicha Ley, faculta a las Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social, que mediante acuerdo del directorio, puede otorgar en concesión al sector privado proyectos y obras de

infraestructura y de servicios públicos que forman parte de su patrimonio; por lo que, el Directorio de la Beneficencia Pública del Cusco, mediante Resolución Directoral número cincuenta y nueve guion noventa y nueve, del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y nueve, acordó la entrega en concesión al sector privado del Hotel "Cusco".

4.10. Además, es de considerarse que según el oficio remitido por Amílcar Loayza –fojas cuatro mil seiscientos trece–, dirigida al Gerente de Auditoría del INABIF, en el cual se solicitó su intervención en el proceso de concesión del Hotel "Cusco", lo que demuestra que si hubiera existido concertación entre el consorcio, el CEPRI y los miembros integrantes del directorio de dicha Beneficencia no se hubiera solicitado dicha intervención del órgano auditor; aunado ello, se suma la carta enviada a la Presidencia del INABIF –fojas cuatro mil seiscientos catorce– a través de la cual se informa sobre el incumplimiento del contrato de concesión del Hotel "Cusco" por parte de dicha Beneficencia.

4.11. De otro lado, se aprecia en la pericia contable –fojas tres mil cincuenta y cuatro–, que dentro de sus conclusiones, refiere que no fue puesta documentación que demuestra la necesidad de tener que entregar el Hotel "Cusco", sin embargo no fueron solicitados dichos documentos al Comité Especial, o en todo caso a la Beneficencia, puesto que tenían en su poder todo acervo documentario. Asimismo, se advierte que existen actuados de un proceso civil número dos mil dos mil setecientos treinta y ocho –fojas cinco mil quinientos sesenta y nueve–, en el cual el Consorcio ganador demandó –nulidad de contrato de concesión– a dicha Beneficencia, oponiéndose esta última, toda vez que alegó que en el proceso de concesión se cumplió con todos los procedimientos legales, contradiciéndose dicha Beneficencia, pues, en la vía civil defiende legitimidad en el proceso de concesión.

4.12. Por lo que, se concluye que no existen elementos probatorios suficientes que establezcan que exista concierto ilegal y defraudación por parte del Calmet Bhome con los miembros del CEPRI, y de estos con los representantes del "Consorcio Machupicchu - Imperio de los Incas". En ese sentido, la absolución dictada a favor de los encausados, en cuanto a este delito, se encuentra conforme a derecho.

QUINTO: Sobre el delito de peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública; así, el objeto del delito de peculado –caudales o efectos–, debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (Rojas Vargas, Fidel. *Delito contra la Administración Pública*. Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno). De igual manera, conforme se establece en el Acuerdo Plenario número) cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, la posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público,

disponibilidad que está ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública.

5.1. Revisado los autos se aprecia que para decidir la concesión del Hotel "Cusco" por parte del presidente y miembros del directorio, tuvieron en consideración el informe remitido por personal de la Beneficencia, e incluso contó con la participación del Gerente General en sesión de directorio –ya señalados en el considerando cuarto–, hacen referencia de la situación deficitaria de los servicios de dicho hotel, así como los escasos ingresos económicos por los cuales era imposible la reflotación.

5.2. Asimismo, se tiene que el Comité de Privatización del referido hotel, otorgó en concesión su administración al único postor, que fue "Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machipicchu - Imperio de los Incas", por el cual el treinta y uno de octubre de dos mil, suscribieron un contrato; acordando que la concesionaria debía pagar la suma de seiscientos y un mil dólares americanos y una retribución mensual de tres mil dólares americanos, a partir del inicio de las operaciones del hotel, cumpliéndose el pago en forma fraccionada a solicitud expresa de la beneficencia, que alegó que si el pago era en su totalidad perderían parte del dinero –conforme acta de sesión del Directorio del treinta de setiembre de dos mil, acuerdo para el pago fraccionado del Up Front de fojas doscientos setenta y nueve–; aunado a ello, se advierte en el proceso civil, señalado en el cuarto considerando, en el cual la beneficencia reconoció que la concesión y el contrato son válidos; asimismo, se tiene la escritura pública de convenio de integrante del consorcio conformado por las empresas de Transporte Turístico "TRAMUSA", cuya minuta tiene fecha del trece de setiembre de dos mil –fojas cinco mil ochocientos setenta y dos–, en el cual se establece que los inversionistas del Consorcio Machupicchu celebraron un contrato con la finalidad de formar un consorcio que participe como postor en el concurso internacional de proyectos integrales para la entrega del Hotel "Cusco"; por lo que los inversionistas y Sol Meliá acordaron que este último, sea el operador del Hotel en caso que el consorcio resulte adjudicatario de la concesión; además se tiene el contrato de consorcio de fecha veintitrés de setiembre de dos mil –fojas cinco mil novecientos siete–, que otorga a las empresas conformantes del "Consorcio Machupicchu" a la empresa "Sol Meliá Inversiones Americanas" para que participe como postor en el concurso público internacional, en la modalidad de proyecto integral para la Concesión del Hotel "Cusco"; lo que demuestra que el Comité Especial de Privatización –CEPRI– no intervino en dichas contrataciones que realizó el referido consorcio con las demás empresas.

5.3. En cuanto al informe pericial contable –fojas tres mil cincuenta y cuatro, ratificado a fojas tres mil ciento setenta y siete–, concluyó que los miembros del Comité Especial de Privatización –CEPRI– cobraron sus honorarios en forma adelantada, y que el Consorcio no pagó los intereses pactados en el contrato de concesión que fue de cero punto ocho anual ascendente a la suma de ocho mil ochocientos noventa y dos dólares americanos con treinta y cuatro centavos de dólar; sin embargo, es de advertirse que, en cuanto al primer punto, el contrato señala que la retribución se devengaría al otorgarse la buena pro del concurso o licitación, siendo otorgada

el veintinueve de setiembre de dos mil, y los recibos de honorarios fueron emitidos a partir del trece de octubre de dos mi mil, es decir, con posterioridad al acto de la buena pro, momento en el cual concluían las funciones de los miembros del CEPRI; y en relación al segundo, el interés pactado anual, se tiene que esta suma es como consecuencia de la no aplicación del ocho por ciento de interés anual aplicado a los trescientos mil dólares americanos de pago fraccionado de Up Front, sin embargo esto no fue solicitado por el "Consorcio Machupicchu - Imperio de los Incas", sino por la propia beneficencia.

5.4. Por consiguiente, en autos no se existen elementos de juicio suficientes que demuestren la responsabilidad de los encausados en cuanto a este delito –peculado doloso–; en ese sentido, la absolución dictada a favor de los encausados, en cuanto a este delito, se encuentra arreglada a ley.

SEXTO: Sobre el delito de aprovechamiento indebido de cargo que se le imputa a José Antonio Navarro Merea y Jaime Calmet Bhome, se advierte que fue declarada fundada la excepción de naturaleza de acción formulado por el primero en mención, mediante resolución del tres de julio de dos mil nueve –fojas cuatro mil trescientos veinticuatro–, a través de la cual se archivó este tipo de delito a favor del excepcionante: y con relación al segundo, no se acreditó la responsabilidad que se le imputa, toda vez que, no existen elementos probatorios que acrediten apropiación o utilización, en cualquier forma para sí o para otro, de caudales del Estado.

SÉTIMO: Siendo ello así, estando a los considerandos precedentes se advierte que en el caso de autos no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable; toda vez que, no obran elementos probatorios que acrediten la responsabilidad de los referidos encausados en los delitos que se les imputan; y, teniendo en cuenta que el artículo ocho, inciso dos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". En cuanto a su contenido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "el principio de la presunción de inocencia, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su esponsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla". Este principio tiene su desarrollo normativo en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "e" de nuestra Constitución Política, que expresa: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"; por ello la decisión adoptada por la Sala Superior, se encuentra arreglada a derecho. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de treinta de mayo de dos mil once –fojas tres del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal–, que declaró **Infundada** la excepción deducida en juicio oral; **absolvió** a los acusados José Antonio Navarro Merea, Jaime Calmet Bhome, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda, Wilfredo Aranzabal Challco, Graciela Zambrano Negreiros, Amílcar Loaiza Bejar y Napoleón Aguilar Obando de la acusación formulada por el delito contra la Administración Pública –colusión ilegal–, en agravio

de la Beneficencia Pública del Cusco y el Estado; absolvió a Jaime Calmet Bhome, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda y Wilfredo Aranzabal Challco de la acusación por el delito de peculado doloso, en agravio de la Beneficencia Pública del Cusco y el Estado; absolvió a Jaime Calmet Bhome de la acusación por el delito de aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Beneficencia Pública del Cusco y el Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
TELLO GILARDI

Delito de colusión: características del acuerdo colusorio

La defraudación en el delito de colusión debe producirse en el decurso de los procedimientos de la contratación administrativa, para lo cual debe existir acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, es decir, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la cual debe realizarse de manera comisiva, mas no una conducta omisiva. Por otro lado, la intervención de los interesados puede ser objeto de sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1969-2012-LA LIBERTAD

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados Juan José Córdova Zavala y Nicolás Delfín Vásquez Ávalos y del representante del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria del veintiuno de diciembre de dos mil once; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa de los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos, en su recurso formalizado –fojas mil ciento cuarenta– alegan que: i) Durante el proceso no se probó que exista concierto de voluntades para perjudicar a la entidad agraviada, siendo errado lo afirmado en la recurrida respecto a que existe una relación muy cercana y estrecha entre ambos; ii) Se evidenció que el número de serie del motor Perkins no es el mismo que del motor del vehículo que afirman fue otorgado en poder especial a Córdova Zavala, lo que se acredita con el documento oficial emitido por el registro de propiedad vehicular de la Oficina Registral Lima - Callao; iii) Con el informe pericial no se logró constatar el número del motor adquirido, lo cual no satisface la exigencia de la prueba de cargo, pues no se probó que el motor del vehículo marca Chevrolet C-60 haya sido colocado en el vehículo Station Wagon de placa de rodaje N° D-2953 y que éste a su vez haya sido vendido a la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; iv) No se esclareció la adqui-

sición del motor por parte de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, pues conforme el acta de inspección judicial e informe pericial el motor no tiene la identificación que refiere el representante del Ministerio Público en su acusación; v) No se recibió las declaraciones de Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly, propietarios del vehículo marca Chevrolet a efectos de explicar respecto al poder a favor de Córdova Zavala; vi) No se acreditó el despliegue de actividades efectuadas a fin de defraudar a la entidad agraviada por Vásquez Ávalos quien ingresó a trabajar en octubre de mil novecientos noventa y nueve, cuando la venta se efectuó en abril de mil novecientos noventa y siete.

SEGUNDO: Por su parte, el representante del Ministerio Público en su recurso formalizado –fojas mil ciento cincuenta y seis– alega que el hecho imputado reviste grave lesividad por lo que la pena impuesta es desproporcional al delito cometido, tanto por el autor como por el partícipe, debiéndose tomar en cuenta la función de alcalde del procesado, quien se coludió con Vásquez Ávalos, para defraudar a su comuna, solicitando se eleve la pena.

TERCERO: Que, conforme se aprecia del dictamen acusatorio se atribuye a Juan José Córdova Zavala que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, de manera concertada con Nicolás Delfín Vásquez Ávalos defraudó a dicha comuna, habiendo dispuesto el primero de los nombrados la compra de un motor petrolero de marca Perkins N° TU-33423 U829652U, comprándolo a la empresa CARCOR por la suma de ocho mil dólares americanos, el dos de abril de mil novecientos noventa y siete. Que, el referido motor procede del ómnibus marca Chevrolet modelo C-60, placa de rodaje N° UI-4256, cuyo número real de motor es TU-3343-U82665V, siendo adulterado en los documentos de compra venta consignándose el número TU-3343-U829652U, determinándose que se trata del mismo motor vendido por la empresa CARCOR a la Municipalidad agraviada; acotando que el ómnibus en mención fue entregado por los esposos Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly al encausado Córdova Zavala, mediante poder por escritura pública ante Notario Público de Talara facultándolo disponer del mismo. Asimismo Vásquez Ávalos y Chuman Luna constituyeron la empresa CARCOR por escritura pública de constitución, el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis, aportando como capital social el vehículo placa de rodaje N° SD-2953, propiedad de Córdova Zavala.

CUARTO: Que, el delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción –o posibilidad– de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio –defraudatorio–.

QUINTO: Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, **para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados,** esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

SEXTO: Es de precisar de manera concreta que en autos se logró determinar los siguientes acontecimientos:

i) La constitución de la empresa CARCOR: El encausado Vásquez Ávalos en su manifestación policial y declaración instructiva dio los pormenores de la constitución de dicha empresa el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis, los servicios brindados, entre otros, corroborado con la Escritura Pública suscrita en la fecha mencionada –fojas setenta y ocho–.

ii) La compra-venta efectuada por la Municipalidad de Víctor Larco Herrera: Los encausados Vásquez Ávalos y Córdova Zavala han aceptado durante el proceso que en efecto, con fecha dos de abril de mil novecientos noventa y siete, la Municipalidad aludida adquirió el motor petrolero marca Perkins de serie N° TU-33423-U829652V de la empresa CARCOR, corroborado con la factura N° 019 –fojas dieciocho– emitida el dos de abril de mil novecientos noventa y siete, por el importe de ocho mil seiscientos catorce dólares americanos; los comprobantes de pago N° 1079, del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, y N° 1158, del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete –fojas veinte y veintiuno, respectivamente–.

SÉTIMO: Estando a lo antes reseñado, aun cuando en la Inspección Judicial –doscientos setenta y siete– e Informe Pericial –fojas trescientos diez, trescientos dieciséis, y seiscientos cincuenta y cuatro– no se logró determinar que el motor ubicado en la escena (garaje - almacén del Concejo Distrital de Víctor Larco) sea aquel cuestionado; ello en modo alguno pone en cuestionamiento la adquisición propiamente dicha del bien en referencia, conforme las pruebas citadas en el *ítem ii) del Sexto considerando* de la presente Ejecutoria Suprema, pues la duda cabe únicamente respecto a la actual presencia y conservación física del motor, considerando además que han transcurrido varios años desde su adquisición a la fecha de realizadas las diligencias en mención –en el dos uno, esto es, aproximadamente cua-

tro años– y la manipulación del mismo por terceras personas, conforme afirmaron los peritos en el contradictorio –fojas novecientos noventa y tres–, al referir que no halló el número de serie del motor peritado, cuyo borrado no pudo ocurrir por el transcurso del tiempo, sino debió haberse realizado con un esmeril.

OCTAVO: Ahora bien, resulta cierto que no se logró establecer en autos que el motor N° TU-33423-U829652U vendido a la Municipalidad agraviada sea el mismo que correspondía al vehículo marca Chevrolet color blanco, motor *N° TU33423-U826652V*, que fuera dado en poder especial al encausado Córdova Zavala por los esposos Jorge Augusto Delly Mendoza y Dora Amelia Peña Serra de Delly, no solo porque los números no tienen correspondencia, sino que a la negativa del referido encausado respecto al poder otorgado, se suma que la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, por Oficio N° 2341-2011-ZR-Nro.V-ST/CERTE, del dieciséis de junio de dos mil once –fojas novecientos cuarenta– informó respecto a la data registral del aludido vehículo donde en ningún extremo figura el encausado Córdova Zavala como propietario, apoderado u otra vinculación con dicho vehículo, y que los esposos Delly Mendoza y Peña Serra no hayan brindado sus declaraciones correspondientes, pues como se advierte de las actas de sesión de audiencia, no concurrieron al acto oral por encontrarse fuera del país, razón por la cual prescindieron de su presencia –incluso a pedido de la defensa de los encausados–; empero habiéndose acreditado la relación amical entre los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos conforme sus propias declaraciones, en las que afirmaron conocerse desde mil novecientos ochenta y ocho, debiéndose precisar que la concertación entre ambos queda develada como consecuencia de verificar que el vehículo station wagon que forma parte de los bienes para la constitución de la empresa CARCOR cuyo socio es el encausado Vásquez Ávalos, es de propiedad del encausado Córdova Zavala, lo cual los vincula estrechamente, más aún si la explicación dada por ambos respecto a la transferencia del vehículo en mención sin la documentación correspondiente, no es satisfactoria, considerando que únicamente se utilizó para dicha constitución de empresa, pues como bien lo ha referido el encausado, luego de seis meses –según lo alegado a consecuencia de la no cancelación del saldo deudor por la venta del vehículo– se efectuó la devolución del mismo a Córdova Zavala. Tal circunstancia confirma que la empresa CARCOR fue constituida para los efectos de realizar contrataciones y adquisiciones para la Municipalidad, corroborándose esa afirmación con la copia de la tarjeta de propiedad del vehículo station wagon –fojas diecisiete– así como con la Resolución de Alcaldía N° 0954-2000-MDVLH, del veinte de julio de dos mil doce –fojas veintidós– con la cual se acredita que estuvieron en contubernio para defraudar a la entidad agraviada, pues no se requiere que el encausado Vásquez Ávalos tenga una relación funcional con la Municipalidad, toda vez que se le condenó en calidad de cómplice, al tratarse de un *extraneus*.

NOVENO: Que, respecto al extremo del *quantum* de la pena debemos precisar que la determinación judicial de la pena importa un proceso intelectivo del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; siendo así, la graduación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva; en ese sentido, la

determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar a la teoría de la prevención general positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena al hecho delictivo; es decir, el *quantum* de la pena a imponer debe ser proporcional al hecho delictivo. Debiendo resaltar que, la determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad–.

DÉCIMO: En ese sentido, los encausados Córdova Zavala y Vásquez Ávalos si bien perpetraron un ilícito penal de gravedad, considerando la afectación al Estado; sin embargo, teniendo en cuenta que son sujetos que no registran antecedentes penales y judiciales, tienen la posibilidad de poder reinsertarse a la sociedad sin que exista la necesidad de imponer una sanción efectiva que signifique el internamiento de estos en un establecimiento penitenciario, razón por la cual este Supremo Tribunal considera que debe mantenerse vigente la pena impuesta.

Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil once –fojas mil ciento diecinueve– que condenó a Juan José Córdova Zavala y Nicolás Delfín Vásquez Ávalos como autor y partícipe del delito de Colusión en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de dos años bajo reglas de conducta, y fijó el pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán pagar los sentenciados solidariamente a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene al respecto y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Nula absolución por colusión: existen indicios del delito pese a la imposibilidad de realizar una pericia contable

La Sala Penal para absolver a los acusados se basó en la imposibilidad de realizar una pericia contable por falta de documentación y de los archivos de gastos relacionados con la ejecución de la obra, lo cual impediría acreditar el monto invertido y, por ende, el hecho delictivo. Sin embargo, ha soslayado que los encausados admitieron haber realizado pagos a favor de la empresa contratista y que aceptaron la ejecución de la obra sin aprobar su calidad técnica, lo que constituye una modalidad confabuladora, más aún si se demostró que la referida empresa se creó el mismo mes que se convocó a la ejecución de la obra y que esta fue la única que tuvo a su cargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1830-2012-LAMBAYEQUE

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del veintisiete de diciembre de dos mil once, de fojas setecientos setenta y tres, que absolvió de la acusación fiscal a Josué Tineo Machado y Jorge Vásquez Vásquez, como autores, y a Eladio Delgado Gonzáles, como cómplice primario, del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Santa Rosa - Jaén; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

Que, el representante del Ministerio Público, fundamentó su recurso de nulidad a fojas setecientos ochenta y cuatro, sosteniendo que: a) La Contraloría solicitó información a las autoridades sobre la existencia de expediente técnico, siendo que el ex Alcalde (periodo mil novecientos noventa y nueve guion dos mil dos) refiere que si lo tiene pero no lo adjunta; el ex Teniente Alcalde dice que lo elaboró el ex Jefe del Área Técnica de la Municipalidad y fue aprobado por resolución de Alcaldía, acepta que no contó con el respectivo estudio de mecánica de suelos, porque era de conocimiento público que la localidad de Santa Rosa debía reubicarse por

presentar falla geológica. Posteriormente el Jefe de la dirección de infraestructura y desarrollo urbano rural, refiere que en los archivos de dicha oficina no se encontró expediente técnico ni resolución de Alcaldía que lo apruebe, agrega que en el Acta de Transferencia de la administración municipal de la gestión anterior tampoco se detalla la entrega de ningún documento. Hechos que son corroborados con la adulteración que sufriera el Acta de instalación y Transferencia de la administración municipal (mil novecientos noventa y nueve guion dos mil dos) advirtiéndose que al final del mismo se insertó la anotación *"expediente técnico complejo municipal dos mil uno, Distrito Santa Rosa Jaén"*, anotación que también aparece en original, en el libro de acta de la sesión uno, pero no aparece en el informe de control de la Contraloría General de la República; b) se ha probado, que en atención al monto gastado en la obra (doscientos sesenta y nueve mil quinientos cincuenta y cinco punto sesenta y siete nuevos soles), y según la normatividad vigente de ese entonces (artículo dieciséis del decreto legislativo novecientos nueve, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año dos mil uno), se debió haber convocado a una adjudicación directa selectiva; sin embargo el ex Teniente Alcalde reconoce que no se hizo así y fue mediante contratación directa de la Empresa PROOCEHSA EIRL; c) el concierto fue obvio, toda vez que no existe evidencia de un proceso de selección previo ni documento contractual suscrito entre representantes de la Municipalidad y particular - licitador, que tenía como dirección fiscal un Hotel, y que no estaba autorizada por CONSUCODE para contratar con el Estado, además no tenía la experiencia para la ejecución de este tipo de obras, conforme lo reconoce su Gerente, el acusado Eladio Delgado Gonzáles, quién refiere que solo ha construido casas y que se fue a la quiebra por no tener obras. A pesar de ser de conocimiento público que el terreno contiene arcilla de alta plasticidad y de encontrarse en movimiento expansivo permanente, se ha decidido construir en el, sin tener en cuenta los informes anteriores elaborados por especialistas y documentos que constan en el Informe de Contraloría; d) el perjuicio económico está acreditado con la manifestación del propio ex-Alcalde, Josué Tineo Machado, quién aceptó que se pagó a la empresa ejecutante como adelanto de obra.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA

Que, según la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos treinta y uno, se advierte que mediante examen especial de la Procuraduría de la Contraloría General de la República, en el período municipal del Distrito de Santa Rosa –dos mil cuatro– con la finalidad de evaluar las principales obras ejecutadas, se evidencia que sin contar con el correspondiente expediente técnico, una empresa no autorizada para contratar con el Estado, ejecutó la obra "complejo deportivo dos mil uno", sobre un terreno que se encontraba en movimiento expansivo permanente y que además presentaba material de relleno inorgánico, lo cual conllevó al colapso de la misma, generando un perjuicio económico a la municipalidad agraviada; asimismo del informe especial de la Contraloría, el procesado Josué Tineo Machado, en su condición de Alcalde de dicha Municipalidad –periodo mil novecientos noventa y nueve guion dos mil dos– autorizó la ejecución de la obra "Complejo Deportivo Municipal dos mil uno", en el año dos mil uno, no existiendo en los archivos de

dicha comuna el expediente técnico de la obra que estuvo a cargo de la empresa "PROOCEHSA" E.I.R.L. la que no se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Contratistas y por tanto imposibilitado de contratar con el Estado, eludiendo dicho denunciado, la obligación de llevar adelante el proceso de selección respectivo, así como la emisión de la orden de servicio y suscripción del contrato que refleje las condiciones de su contratación, asimismo el procesado Jorge Vásquez Vásquez, ex tesorero de la comuna agraviada, del periodo municipal noventa y nueve a dos mil dos, ha efectuado pagos a dicha empresa "PROOCEHSA" E.I.R.L, sin contar con el sustento técnico del caso, incluso antes que la SUNAT le autorice la emisión de facturas, en algunos casos mediante autorización o manuscritos del procesado Josué Tineo Machado; cheque girados a nombre de Lucilo Díaz Díaz, quien en su condición de Jefe del área técnica de la municipalidad agraviada, obvió la elaboración del expediente técnico que debió contener el estudio de suelos, y permitió que dicha Empresa ejecute la obra cuestionada; dicha obra ocasionó un perjuicio económico a la municipalidad agraviada en el monto ascendente a doscientos sesenta y nueve mil quinientos cincuenta y cinco nuevos soles con sesenta y siete céntimos, monto que la comuna agraviada ha desembolsado para la construcción de dicha obra, y de cuyo monto, ochenta y siete mil novecientos veintiocho nuevos soles con cincuenta y siete céntimos han sido cobrados a nombre del inspector de la obra, lo que permite concluir que hubo concierto entre los funcionarios procesados y Eladio Delgado Gonzales, en su condición de Gerente de PROOCEHSA E.I.R.L para defraudar al organismo del Estado.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Revisado lo actuado se advierte el incumplimiento de los fines y objetivos del proceso penal, dispuesto en el artículo setenta y dos del Código de Procedimientos Penales, esto es, reunir prueba suficiente y pertinente de la realización del delito, de las circunstancias en que se perpetró y de sus móviles.

3.2. Que, el Tribunal Superior no efectuó una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, ni compulsó adecuadamente la prueba actuada, a fin de establecer con certeza la inocencia o responsabilidad de los encausados Josué Tineo Machado, Jorge Vásquez Vásquez y Eladio Delgado González, toda vez que la Sala Penal Liquidadora de Jaén para absolver a los acusados se basó en la conclusión a que arriban los peritos contables Carlos Meneses Bermudes y José Rojas Fernández[1] –quienes concluyen en la imposibilidad de realizar la pericia por la falta de documentación contable y los archivos de gastos relacionados con la ejecución de la obra Mini Complejo Deportivo Santa Rosa– y los peritos ingenieros civiles, Manuel Dávila Montenegro y César Fuentes Parraguez[2] –quienes señalan que los deterioros sufridos en la obra minicomplejo deportivo Santa Rosa se debieron a una acción geodinámica no controlada– por tanto, a criterio del ad quem resulta inviable acreditar el monto invertido por fuente de financiamiento y, por ende, el hecho delicti-

(1) Obra como Anexo - Pericia Contable
(2) Obra como Anexo - Informe Judicial

vo; sin embargo, el Colegiado Superior ha soslayado que los encausados Josué Tineo Machado y Jorge Vásquez Vásquez, en el decurso del proceso, aceptaron haber realizado pagos a favor de la Empresa PROOCEHSA EJ.R.L. –ver fojas trescientos setenta y cinco y trescientos setenta y ocho–, pagos que según el mismo procesado, Eladio Delgado Gonzáles, ascendieron a doscientos sesenta y nueve mil nuevos soles –ver fojas quinientos cincuenta y dos–; así también no se ha valorado la conducta de los procesados, toda vez que el hecho de aceptar la ejecución de obra sin calidad técnica aprobada constituye una modalidad confabuladora, más aún si en el presente caso, conforme a lo manifestado por el encausado Eladio Delgado Gonzáles, este aceptó que su empresa se creó el mismo mes que se convocó la ejecución de la obra y que esta fue la única que tuvo a su cargo, encontrándose su empresa inoperativa actualmente; por último, el ad quem ha omitido pronunciarse sobre de la tacha que fuera interpuesta por el representante del Ministerio Público –ver fojas quinientos treinta y tres– contra el informe técnico del "minicomplejo deportivo Santa Rosa", expedido por el ingeniero Lucilo Díaz Díaz, pronunciamiento que es relevante, si se tiene en cuenta que el documento cuestionado es el único respaldo de la versión dada por los procesados, y señaló la modalidad de contratación y el presupuesto designado para la ejecución de la obra "minicomplejo deportivo Santa Rosa"; documento que acredita que la contratación de la empresa PROOCEHSA E.I.R.L., se debió a una elección acorde a los procedimientos técnicos.

Por tales consideraciones y estando a la facultad conferida por el artículo trescientos uno - parte *in fine* del Código de Procedimientos Penales, resulta necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, quienes deberán realizar un estudio minucioso y pormenorizado de los autos, y examinar a los encausados con las precisiones que exigen los artículos ciento veinticuatro, ciento veinticinco y doscientos cuarenta y cuatro del Código Adjetivo, en función del tiempo, modo y circunstancias de la comisión del delito; por lo que, al no encontrarse conforme a derecho la absolución recurrida, corresponde proceder con su nulidad.

Por estos fundamentos; declararon NULA la sentencia del veintisiete de diciembre de dos mil once, de fojas setecientos setenta y tres, que absolvió de la acusación fiscal a Josué Tineo Machado y Jorge Vásquez Vásquez, como autores, y a Eladio Delgado Gonzáles, como cómplice primario, del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Santa Rosa - Jaén; con lo demás que contiene y es materia de recurso; en consecuencia DISPUSIERON la realización de un nuevo juicio, oral por otro Tribunal Superior; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Peculado: no basta tener un cargo dentro de la Administración Pública, es necesario poseer competencia funcional

El objeto del delito de peculado –caudales o efectos– debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública. Los encausados, si bien tenían cargos funcionales en el hospital estatal, se limitaron a cumplir y dar trámite a la resolución ejecutiva regional que autorizaba el pago de personal y obligaciones. Ello en modo alguno determina la existencia de competencia funcional, pues esta no se limita a la existencia de un cargo dentro de una entidad agraviada, sino que bajo dicho cargo, los agentes deben tener poder de vigilancia y control sobre los caudales o bienes pertenecientes al Estado, lo cual no sucede en el caso concreto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2787-2012-ICA

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria del once de julio de dos mil doce; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el representante del Ministerio Público en su recurso formalizado –fojas mil ciento setenta y uno– alega que: i) No se evaluaron las pruebas actuadas contenidas en la etapa de instrucción y juzgamiento, que corroboraron la responsabilidad de Roger Reátegui Pinedo, Boris Díaz Huamaní y Zoila Margarita Palomino, quienes incumpliendo los mandatos legales, por razón de su función pagaron montos económicos a terceros, a sabiendas que no cumplían con el requisito de contar con sentencia judicial, ocasionando perjuicio económico a los cesantes y jubilados del Hospital San Juan de Dios de Pisco; acreditándose así el delito de peculado y de abuso de autoridad al abusar de sus atribuciones y funciones por su condición de ex Director Ejecutivo; ii) Se logró acreditar la comisión del delito de

omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, al omitir dolosamente las funciones encomendadas, respecto a cumplir con el pago únicamente a los cesantes y jubilados del sector salud, que contaban con sentencia judicial, así como velar por el cumplimiento de las normas de Salud del Hospital antes citado, lo que se acredita con sus manifestaciones y declaraciones instructivas.

SEGUNDO: Que, según el dictamen acusatorio –fojas quinientos setenta y cinco– los encausados Roger Reátegui Pinedo, en su condición de Director Ejecutivo, Boris Díaz Huamaní, como Director de la Oficina de Administración y Zoila Margarita Palomino Rodríguez como Jefe de Planeamiento del Hospital San Juan de Dios de Pisco, hicieron mal uso de dinero en la ejecución del crédito suplementario, aprobado mediante Decreto de Urgencia N° 030-2005, en el periodo comprendido del dos al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, que inicialmente era para atender gastos por concepto de personal y obligaciones previsionales; sin embargo, por Decreto de Urgencia N° 031-2005 fue aclarado, disponiéndose que dichos montos debían ser destinados al pago de sentencias judiciales derivados del Decreto de Urgencia N° 037-1994, siendo de cumplimiento obligatorio por parte de los funcionarios, determinándose como consecuencia de la auditoría que los encausados efectuaron pagos adeudados a quienes no contaban con sentencia judicial, lo que originó un pago irregular por la suma de setecientos cincuenta y siete mil nuevos soles, haciendo caso omiso al Decreto de Urgencia aclaratorio, sin el ánimo de efectuar las correcciones correspondientes.

TERCERO: Previamente al pronunciamiento respecto a los agravios esgrimidos por el representante del Ministerio Público, cabe acotar que de los hechos imputados en su acusación fiscal se advierte que se efectuó una configuración de varios tipos penales, determinándose que los encausados Roger Reátegui Pinedo, Boris Díaz Huamaní y Zoila Margarita Palomino están incursos en los delitos de peculado, abuso de autoridad y omisión de funciones, sin considerar que analizada la conducta imputada a los citados encausados, se puede determinar que el hecho encuadra únicamente en uno de los supuestos típicos en concurso aparente, consecuentemente, en el caso concreto se advierte que estamos frente a la imputación del delito de peculado, siendo así, este Supremo Tribunal a continuación se pronunciará sobre la responsabilidad o irresponsabilidad de los encausados en mención.

CUARTO: Que, la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o, en su caso, si se ha producido en una forma determinada. Por otro lado, si se llega a probar la existencia del hecho objeto de la investigación esto no necesariamente prueba la autoría o participación, por lo que también es la finalidad de la prueba identificar al autor, cómplice o partícipe con suficiente fuerza como para que logre desvirtuarse la presunción de inocencia. En consecuencia, la calidad de la prueba requerida para condenar a un imputado debe ser sólida para dar por establecida su culpabilidad, más allá de toda duda razonable; esto es, la evidencia debe ser suficiente y contundente que no deje lugar a ninguna duda. Dicho esto, hay que advertir inmediatamente que del mismo modo que la mínima actividad probatoria se constituye por sí misma como suficiente para

determinar la condena, también deberá tenerse en cuenta, en todo caso, que la validez de las pruebas que fundamentan tal condena serán constitucionalmente válidas.

QUINTO: Además de ello, el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que; para imponer una sanción es imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor quiso causar la lesión que se le imputa a título de dolo –en el caso de delitos meramente dolosos, como el que nos ocupa tratar–. Bajo ese entendido, debe indicarse que cuando una conducta no cumple con cada uno de los elementos típicos que contiene un ilícito penal, esta deviene en atípica, fenómeno en virtud del cual, un determinado comportamiento humano no se adecúa a un tipo legal al no cumplirse con los elementos subjetivos y objetivos del tipo y por ello no podrá ser reprochable jurídicamente.

SEXTO: Cabe indicar que al delito de peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública; así, el objeto del delito de peculado –caudales o efectos–, debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (Rojas Vargas, Fidel, Delito contra la administración pública, Tercera Edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno). De igual manera, conforme se establece en el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, para que se configure el tipo penal de peculado necesariamente se debe cumplir con los elementos materiales: a) Tener competencia funcional específica sobre los bienes de la administración, esto es, relación funcional - poder de vigilancia y control sobre los bienes; b) Tener la condición de funcionario o servidor público; c) Posibilidad de libre disposición de los bienes en mérito a sus atribuciones legales, esto es, existencia de la disponibilidad jurídica; d) La apropiación para sí o para terceros de los causales o efectos de la administración, lo que debe entenderse como el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la administración pública, lo que permite su disposición. Asimismo, es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal.

SÉTIMO: Dicho aquello, de autos se advierte que los encausados tenían cargos funcionales en el Hospital San Juan de Dios de Pisco, así, Roger Reátegui Pinedo era Director Ejecutivo; Boris Díaz Huamaní era Director Administrativo y Zoila Margarita Palomino Rodríguez era Jefe de Unidad de Planeamiento; siendo que dentro del periodo en que ostentaron dichos cargos, se emitió el Decreto de Urgencia N° 030-2005, publicado el dos de diciembre de dos mil cinco –fojas sesenta– sobre la autorización de un crédito suplementario, estableciendo en su artículo tercero lo siguiente: "(...) Precisase que es responsabilidad exclusiva del Pliego, la atención de las sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada con cargo a su presupuesto

institucional autorizado y en el marco de la normatividad vigente", parámetros bajo los cuales el Presidente del Gobierno Regional por la Resolución Ejecutiva Regional N° 0784-2005-GORE-ICA/PR del nueve de diciembre de dos mil cinco –fojas sesenta y ocho– autorizó el crédito suplementario por la suma de ocho millones quinientos treinta y cinco mil cuatrocientos trece nuevos soles, estableciendo un monto específico a cada entidad del sector Salud, entre los cuales, la Unidad Ejecutora 404 - Hospital San Juan de Dios de Pisco recibió un total de ochocientos siete mil nuevos soles –véase fojas setenta y ocho vuelta– para el pago de personal y obligaciones; y es en mérito a esta que los referidos encausados se limitaron a efectivizar el pago conforme los documentos antes referidos; en consecuencia, ello en modo alguno determina la existencia de competencia funcional, pues de acuerdo a los lineamientos previstos en el considerando precedente, aquella competencia funcional no se limita a la existencia de un cargo dentro de una entidad agraviada, sino que bajo dicho cargo, los agentes tengan el poder de vigilancia y control sobre los caudales o bienes pertenecientes al Estado, lo cual no sucede en el caso concreto, al haber únicamente obedecido lo que se dispuso primigeniamente.

OCTAVO: Sumado a lo expuesto, resulta evidente que la publicación del Decreto de Urgencia N° 031-2005, del diez de diciembre de dos mil cinco –fojas sesenta y tres–, por el cual se aclaró el contenido del Decreto de Urgencia N° 30-2005, a efectos que los pagos efectuados con el dinero del crédito suplementario debían ser para "(...) atender gastos por concepto de personal y obligaciones sociales, así como obligaciones previsionales, se orientan al pago de las sentencias judiciales originadas por el Decreto de Urgencia N° 037-94", además de haberse efectuado con posterioridad a la Resolución Ejecutiva Regional N° 784-2005-GORE-ICA-PR, por la cual ya se estaba gestionando el pago correspondiente de acuerdo a lo dispuesto en aquel documento, también lo es que, únicamente se limitó el Gobierno Regional de Ica a remitir el Oficio Múltiple N° 197-2005-GORE-Ica-GGR-GRPPAT/SGPRE, el trece de diciembre de dos mil cinco –fojas ochenta y tres– suscrito por el Gerente General Regional, mediante el cual puso en conocimiento al Director Ejecutivo del Hospital San Juan de Dios de Pisco, entre otros, que el pago a realizarse "solo es para el pago del Decreto de Urgencia N° 037-94 que cuentan con sentencia judicial para los sectores educación y salud (...)": lo cual escapa a la realidad del texto expreso del Decreto de Urgencia N° 31-2005 –pues este claramente señala el crédito suplementario era para atender gastos por concepto de personal y obligaciones sociales, así como obligaciones provisionales, se orientan al pago de las sentencias judiciales originadas por el Decreto de Urgencia N° 037-94–: asimismo, no resulta ser un documento oficial que tenga carácter de resolución a efectos de dejar sin efecto la Resolución Ejecutiva Regional N° 0784-2005, pues se trata de un simple oficio múltiple que únicamente pone en conocimiento lo indicado, sin efecto alguno, máxime si está fuera de las funciones de los encausados el poder suspender el trámite administrativo correspondiente en ese momento para el pago de obligaciones y al personal.

NOVENO: Estando a lo esgrimido, este Supremo Tribunal considera que la sentencia absolutoria materia de alzada se encuentra arreglada a ley, pues en efecto

no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le alcanza a cada uno de los encausados, atendiendo a que no hicieron más que dar trámite respectivo a lo dispuesto por el Gobierno Regional de Ica, tanto más si, como bien lo señaló la Sala Superior, además no estaban dentro de sus funciones la vigilancia o recaudación de dinero alguno, menos aún manejaban ni conducían los bienes públicos, al no ser titulares del pliego, por lo que su rol estaba enmarcado dentro de lo previsto en la norma sin ir más allá de ella, y si bien puede existir un cuestionamiento acerca de la posibilidad de suspender las gestiones respecto al pago establecido por el Decreto de Urgencia N° 30-2005, también lo es que, mientras no se tuviera una disposición superior ello resultaba imposible, sumado a que el pago efectuado al personal y obligaciones sociales, no había sido descartado por el Decreto de Urgencia N° 31-2005, por lo que tenía vigencia a la fecha en que se materializó el mismo; consideraciones por las cuales la recurrida deberá mantenerse vigente.

Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia del once de julio de dos mil doce –fojas mil ciento cincuenta– que absolvió a Roger Reátegui Pinedo, Boris Díaz Huamaní y Zoila Margarita Palomino Rodríguez de la acusación fiscal por los delitos de peculado doloso, abuso de autoridad y omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, en agravio del Estado - Gobierno Regional de Ica; con lo demás que contiene y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Principio de subsidiariedad: no configura delito de peculado la apropiación de cantidades ínfimas de fondos estatales

Los montos objeto de apropiación son ínfimos como para concluir que todo el aparato estatal fue gravemente lesionado. Su sanción no se condice con los principios de subsidiariedad y última ratio que informan el Derecho Penal, según los cuales debe priorizarse otras vías, distintas a la penal, para la solución de conflictos jurídicos. Solo las afectaciones de determinados bienes jurídicos, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político, y que a su vez generen un alto grado de insoportabilidad social, ingresan al ámbito penal.

En cuanto al delito de malversación de fondos, no se acreditó la afectación del servicio o función encomendada (esto es, que se perjudicó el control o fiscalización del tránsito vehicular). Cabe precisar, además, que los delitos de malversación de fondos y peculado son conductas típicas diferentes: aun cuando ambos protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se distinguen porque en la malversación los bienes o caudales públicos no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del peculado, donde el agente se los apropia.

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1336-2012-APURÍMAC

Lima, diez de enero de dos mil trece

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil sesenta y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Asunción Sifuentes Valverde de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –peculado y malversación de fondos–, y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos, subtipo adulteración de documento privado–, en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú - El Estado. Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el Fiscal Superior a fojas mil ochenta y tres alega que el Tribunal Superior no ha valorado que el procesado ha reconocido no haber entregado el dinero a las diversas dependencias policiales. Tampoco ha tenido en cuenta que la pericia contable no tiene valor probatorio debido a que se sustentó en boletas de venta adulteradas.

SEGUNDO: Que la acusación de fojas quinientos ochenta atribuye al procesado Jorge Asunción Sifuentes Valverde, en su condición de Jefe del Estado Mayor de la Policía Nacional del Perú - Región Policial de Apurímac, que con fecha trece y veinte de marzo de dos mil nueve recibió dos cheques por las sumas de mil trescientos noventa y cinco nuevos soles con setenta y cinco céntimos, y mil ochocientos diecisiete nuevos soles con ochenta céntimos, correspondiente a la recaudación de multas por infracciones de tránsito de los meses de diciembre de dos mil ocho y enero de dos mil nueve, con el objetivo de hacerlos efectivo y, parte de ellos, distribuirlos a las Sub Unidades de Tránsito de las Comisarías de Abancay, Bellavista, Tamburco, Carahuasi, Lambrama, Chalhuanca y Radio Patrulla - Apurímac. Empero, un porcentaje lo destino indebidamente a la compra de una batería para un vehículo policial de placa de rodaje JY, dos mil cuatrocientos cincuenta y ocho, la adquisición de un cristal para el escritorio de la Oficina del Jefe de Estado Mayor y tres cuadros con bastidores para el gimnasio, sin acreditar la utilización de un saldo ascendente a quinientos cuarenta y nuevos soles con diecisiete céntimos, monto que se habría apropiado el Coronel PNP Jorge Asunción Sifuentes Valverde.

TERCERO: Que con el Informe número cuarenta y seis dos mil nueve XVI-DIRTEPOL-APURÍMAC/JEM, de fojas cuarenta y seis, se desvirtúa la supuesta falta de documentación sustentatoria del dinero entregado al encausado. En este dictamen se hace mención que cumplió con adjuntar las boletas de ventas de las empresas Decoraciones Nuevo Mundo, Comercial Chinitos, Ferretería Aymarino y JHT Hardware y Sofware. También con las actas de constatación en los referidos establecimientos comerciales, en presencia del representante del Ministerio Público. Además, de la realizada en la Oficina de la Jefatura de Estado Mayor de la XVI - Dirección Territorial de Apurímac, efectuada por el Fiscal Rommel Rubén Padilla Mendoza el día veintisiete de octubre de dos mil nueve de fojas doscientos diecinueve, mediante la cual se constató en el vehículo policial, marca Toyota, de placa de rodaje JY - 2458, la batería marca Enerjet. Igualmente, un cuadro con marco con el mapa del departamento de Apurímac y un cristal para escritorio en la Oficina del Jefe del Estado Mayor de la Región Policial de Apurímac y tres cuadros con bastidores con la figura de físicoculturistas para el gimnasio, adquiridos por el encausado Jorge Asunción Sifuentes Valverde por un valor aproximado de trescientos setenta y ocho nuevos soles, quedando un saldo de quinientos cuarenta y uno punto diecisiete nuevos soles.

CUARTO: Que del mismo modo, se ha desvirtuado la comisión del delito de peculado con el dictamen pericial contable ampliatorio de fojas mil treinta y siete, que concluyó: "De la documentación existente en autos por infracciones de tránsito

de la Policía Nacional del Convenio N° 001-2008, los meses de diciembre de 2008 y enero de 2009, el importe S/. 3,213.58 los mismos que han sido rendidos en su totalidad por el Coronel Sifuentes. Incluso, con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N° 01, con la observación de que no se distribuyó la alícuota a las Comisarías de Abancay, Bellavista, Radio Patrulla, Curahuasi, Tamburco, Huanipaca, Casinchihua, Lambrama y Chalhuanca. También se ha determinado que de los fondos entregados al Mayor Marco Ayvar, Jefe de DVPOLTRAN existe un saldo por distribuir de S/. 1.37 (...)".

Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condicen con los principios de subsidiariedad y última ratio que informan el Derecho Penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político, ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuran un alto grado de insoportabilidad social.

Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia, el comportamiento del imputado no constituye apropiación.

QUINTO: Que, en el caso del delito de malversación de fondos, tampoco se acreditó que se haya afectado el servicio o función encomendada. En autos no existe elemento alguno que haga inferir que se perjudicó el control o fiscalización del tránsito vehicular. Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de malversación de fondos y peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado; y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito, no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del peculado. En el caso de autos los hechos constituirían una probable apropiación, pero de ninguna manera un cambio de destino de los caudales públicos.

Al no existir mayores pruebas que demuestren la comisión de este ilícito penal, la absolución es conforme a Derecho.

SEXTO: Que, en cuanto al delito contra la fe pública, no puede atribuirse adulteración de la boleta de venta N° 0064 al encausado, porque Fred Yunis Salazar Vignatti y Norma Delgado Medina no solo han reconocido haberla emitido, sino que por una omisión no comunicó a las autoridades competentes la modificación de su dirección comercial. En todo caso corresponde a una infracción tributaria y no así al delito que se imputa. Este evento tampoco puede constituir el delito sub júdice.

DECISIÓN

Por esos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil sesenta y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Asunción Sifuentes Valverde de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –peculado y malversación de fondos–, y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos, subtipo adulteración de documento privado–, en agravio de la Municipalidad Provisional de Abancay y la Policía Nacional del Perú - El Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
NEYRA FLORES

Peculado doloso: agente no justificó documentalmente la utilización de los caudales públicos recibidos

El encausado, al tener la condición de director administrativo de la institución educativa, tenía el deber funcional de custodiar su patrimonio. Era el responsable no solo de realizar el depósito del dinero a la cuenta bancaria de la institución, sino también de entregar las boletas y facturas a la contadora con el fin de justificar y sustentar el dinero que se gastaba. Sin embargo, existe documentación contable pendiente de entregar con el fin de justificar un saldo deudor, que fue dado por el encausado en efectivo. No rindió cuentas del dinero pendiente, ni pudo explicar su egreso con la documentación pertinente, por lo que se infiere que el encausado se apropió de este dinero no justificado y lo utilizó en beneficio propio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1852-2012-CAJAMARCA

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor del encausado Segundo Sixto Merino Mendoza contra la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y siete, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil once, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio del Estado, representado por el Instituto Superior Pedagógico Público "Arístides Merino Merino" de la ciudad de Celendín, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por el lapso de un año de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal y fijó en la suma de cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la entidad agraviada.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la defensa técnica del encausado Segundo Sixto Merino Mendoza en su recurso fundamentado a fojas seiscientos ochenta y tres, alega que

en la sentencia materia de grado no se tuvo en cuenta que con prueba documental de fecha cierta se demostró que la suma de dinero faltante no es la fijada en la denuncia formulada contra su patrocinado; que las declaraciones testimoniales que sustentan su condena fueron desvirtuadas con la pericia contable, que señala que no existe dinero faltante, pues la suma de mil doscientos cuarenta y siete nuevos soles con veinte céntimos no ha sido debidamente sustentado, por tanto no existe faltante, sino una irregularidad en su sustento contable, lo cual incluso fue reconocido en la indicada sentencia cuando señala que la documentación presentada para justificar los gastos no es idónea, es decir, no se llegó a determinar si existió apropiación o utilización de los caudales o efectos del Estado, menos la existencia de algún daño al patrimonio del mismo; que, por tanto, se advierte una contradicción en la sentencia, pues por un lado se indica que su defendido se apropió de dinero de la entidad agraviada, de otro se menciona que este no cumplió diligentemente con sus funciones al no sustentar debidamente los gastos, lo cual genera duda y ante ello debió emitirse una sentencia absolutoria.

SEGUNDO: Que, de la acusación fiscal de fojas trescientos noventa y cinco, fluye que se imputa al encausado Segundo Sixto Merino Mendoza, en su calidad de Director Administrativo del Instituto Superior Pedagógico Público "Arístides Merino Merino" de la ciudad de Celendín - Cajamarca, la comisión del delito de peculado al haberse apropiado de la suma de quince mil setenta y tres nuevos soles con setenta y tres céntimos, pues realizado el arqueo de caja se advirtió que dicha suma aparece como saldo deudor, y pese a pedírsele al encausado que justifique dichos gastos, tal justificación no se ha realizado y menos se cuenta con documento que indique el destino dado a los fondos públicos generándose en consecuencia un perjuicio y detrimento en el patrimonio de la entidad educativa agraviada.

TERCERO: Que, revisada la prueba actuada en el presente proceso advertimos que esta es suficiente para establecer no solo la existencia del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, sino también la responsabilidad del encausado Segundo Sixto Merino Mendoza; que, en efecto, resulta un hecho probado que el encausado al tener la condición de Director Administrativo de la institución educativa agraviada –véase fojas diez y trece– en el periodo del año dos mil seis al dos mil ocho, tenía el deber funcional de custodiar, velar y manejar su patrimonio, por ello estaba facultado, entre otras cosas, para manejar los recursos recaudados de las diferentes actividades que se realizaban en la entidad perjudicada, por ende, era el responsable no solo de realizar el depósito del dinero a la cuenta bancaría que la afectada tenía en el Banco de la Nación, sino también entregar las boletas y facturas a la Contadora Consuelo Elizabeth Díaz Camacho del Instituto agraviado con el fin de justificar y sustentar el dinero que se gastaba; en suma, y en lo que se relaciona con el presente caso, estaba obligado a dar cuenta de todo el movimiento económico del Instituto Superior Pedagógico Público "Arístides Merino Merino" de la ciudad de Celendín –véase fojas once–, lo cual además ha sido admitido por el encausado en sus diferentes declaraciones en sede judicial; que, sin embargo, esta última función no fue cumplida oportunamente por el citado encausado y aprovechando tal omisión procedió a apropiarse del dinero de la

institución agraviada perjudicando su patrimonio; que a esta conclusión se arriba luego de valorar los siguientes medios probatorios: i) el acta de corte administrativo de fecha diecinueve de febrero de dos mil nueve –véase fojas veintiséis– la cual se efectuó luego de habérsele solicitado en forma reiterada para que informara sobre el movimiento económico institucional –véase fojas catorce a veinticuatro–, en tanto en ella se deja constancia que existe documentación contable pendiente de entregar con el fin de justificar un saldo deudor, el mismo que conforme a la Inspección Técnico Policial –véase fojas cincuenta y ocho– se determinó ascendía a la suma de dieciséis mil ochocientos ocho nuevos soles con setenta y tres céntimos, al que se restó la suma de mil setecientos treinta y cinco nuevos soles, que fue entregado por el encausado en efectivo, resultando un faltante de quince mil setenta y tres nuevos soles con setenta y tres céntimos; ii) las declaraciones de Agustín Pablo Hoyos Salcedo –véase fojas cincuenta y nueve y doscientos ochenta y dos–, quien como Director General de la entidad afectada afirmó que el encausado como encargado de la dirección administrativa tenía entre sus funciones el manejo del movimiento económico institucional y bajo su gestión se generó un saldo deudor que no fue justificado a pesar de los reiterados pedidos para que lo haga; iii) las declaraciones de Consuelo Elizabeth Díaz Camocho –véase fojas sesenta y uno y doscientos setenta–, la misma que afirmó que en la gestión del encausado se desempeñó como Contadora Pública independiente del instituto y como tal le indicó a este que debía rendir cuentas de los saldos pendientes con la presentación de la documentación contable respectiva, lo cual no cumplió; iv) las declaraciones de Perpetua Victoria Rojas Failoc –véase fojas sesenta y tres y doscientos sesenta y uno–, pues en su calidad de contadora del instituto agraviado advirtió al revisar el libro caja que existía un saldo deudor por justificar, lo cual era responsabilidad del encausado; y, v) el dictamen pericial contable –véase fojas cuatrocientos cincuenta y ocho–, debidamente ratificado en el plenario, y en el que sus autores señalaron que luego de evaluar la documentación obrante en autos y la entregada por las partes apreciaron que el monto por rendir en el rubro caja por los años dos mil seis, dos mil siete, dos mil ocho y enero y febrero de dos mil nueve, ascendía a la suma de dieciséis mil ochocientos cincuenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos; que, sin embargo, señalan que conforme al acta de corte administrativo de fecha diecinueve de febrero de dos mil nueve, el encausado hizo entrega en efectivo la suma de mil setecientos treinta y cinco nuevos soles; del mismo modo, indican que existe una rendición de gastos con comprobantes de pago (cincuenta y siete) entre facturas, boletas de venta, declaraciones juradas, entre otros, por la suma de nueve mil sesenta y seis nuevos soles con treinta céntimos y una rendición de gastos con recibos por honorarios (nueve) por la suma de cuatro mil ochocientos nueve nuevos soles; por consiguiente, descontadas dichas sumas del saldo deudor inicial se tiene como monto no justificado por el encausado la suma de mil doscientos cuarenta y siete nuevos soles con veinte céntimos, que finalmente es la suma dinerada apropiada por el encausado, en tanto y en cuanto no pudo justificar su egreso con la documentación contable respectiva, no apreciándose contradicción alguna, pues es de inferir que el dinero cuyo gasto no fue justificado fue utilizado por el imputado en beneficio propio.

CUARTO: Que, si bien inicialmente, conforme a la acusación escrita del señor Fiscal Superior, se tuvo como monto apropiado la suma de quince mil setenta y tres nuevos soles con setenta y tres céntimos, con el mérito de la pericia contable antes aludida, pese a que en ella se dejó anotado que a la fecha de emisión de los comprobantes de pago evaluados no estaban autorizados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, pues esta es posterior a su emisión, lo cual pone en tela de juicio su legitimidad, dicha suma de dinero se redujo a mil doscientos cuarenta y siete nuevos soles con veinte céntimos; empero, tal hecho no exime de responsabilidad penal al encausado, tanto más si se tiene en cuenta que el gasto de dinero que efectuó desde el año dos mil seis, recién pretendió justificarlo en el año dos mil nueve, de lo que se colige que el encausado utilizó en beneficio propio dicha cantidad de dinero afectando el patrimonio de la entidad educativa agraviada; y, en tal virtud, tal comportamiento desplegado se subsume simétricamente en el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, por lo que la sentencia materia de grado se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y siete, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil once, que condenó a Segundo Sixto Merino Mendoza como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio del Estado, representado por el Instituto Superior Pedagógico Público "Arístides Merino Merino" de la ciudad de Celendín, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por el lapso de un año de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal y fijó en la suma de cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Absolución por peculado doloso: el dinero utilizado no fue apartado de la esfera de la Administración Pública

La imputación no se encuadra dentro del tipo penal de peculado doloso toda vez que el dinero no depositado en las cuentas de la entidad agraviada fue destinado a otros gastos efectuados en beneficio de la misma entidad; en todo caso, el acusado habría infringido normas en materia extrapenal, por lo que fue sancionado por el órgano competente. Los procesados no han apartado el dinero estatal de la esfera de la función administrativa, sino más bien han realizado dicho gasto a favor de la entidad agraviada. Tampoco se ha probado el perjuicio a la agraviada, toda vez que el Ministerio Público prescindió de la pericia contable (la cual constituye prueba determinante para acreditar la comisión del delito de peculado doloso).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1889-2012-LORETO

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por I. El procesado Luis Enrique Culqui Mafaldo, contra la sentencia del diecinueve de mayo de dos mil diez, de fojas quinientos treinta y tres, en el extremo que lo condenó por el delito contra la Administración Pública –peculado doloso (omisión de retención del tres por ciento a la firma comercial ASERGEN), en agravio del Estado –Ministerio de Educación –UGEL– LN, le impusieron dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año, bajo reglas de conducta. II. El Procurador Público Regional de Loreto y el Representante del Ministerio Público, contra la sentencia del veintidós de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ochocientos veinte, que absolvió a Edwing Fidencio García Rodríguez y Selva Ketty Panduro Noriega, de la acusación fiscal como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Unidad de Gestión Educativa de Loreto Nauta; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

1.1. Que, la defensa técnica del sentenciado Luis Enrique Culqui Mafaldo, en su recurso de nulidad formalizado a fojas quinientos setenta y dos, alega que la conducta no constituye delito de peculado doloso, tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, toda vez que el dinero retenido a los trabajadores que tenían créditos con la empresa ASERGEN, ha dejado de ser público y pasó a ser privado, por lo que la omisión de la retención del tres por ciento debía ser depositado en la cuenta de recursos directamente recaudados de la entidad agraviada, no tiene relevancia penal, ya que se trataba de un dinero espectaticio para la entidad.

1.2. Que, el Procurador Público Regional de Loreto, a fojas ochocientos treinta y ocho, fundamentó su recurso de nulidad, indicando que se encuentra acreditado que los acusados Edwing Fidencio García Rodríguez y Selva Ketty Panduro Noriega, quienes se desempeñaron como administrador y tesorera respectivamente, no cumplieron con sus funciones de cuidar y resguardar el patrimonio de la UGEL de Loreto - Nauta, es decir, omitieron efectuar el depósito del tres por ciento de la retención a la firma comercial ASERGEN, en la cuenta de recursos directamente recaudados por la entidad agraviada, el cual hacía un total de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, como consecuencia de un convenio efectuado entre la empresa ASERGEN y el Director de la UGEL, lo cual constituye un perjuicio al Estado; motivo por el cual resulta erróneo que la Sala Penal Superior llegue a la conclusión de que los encausados no han cometido el delito porque actuaron por mandato del procesado Luis Enrique Culqui Mafaldo.

1.3. Que, el representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad formalizado a fojas ochocientos cincuenta y cinco, señala que en la sentencia materia de impugnación no se ha considerado que el administrador y la tesorera de la UGEL de Loreto Nauta, manejaron los fondos sin control administrativo, habiendo omitido efectuar el depósito equivalente al tres por ciento de la retención, que ascendía a un total de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, de los meses de octubre a diciembre del dos mil cuatro, habiendo actuado en concierto de voluntades, utilizando dicho monto en provecho propio, los cuales no han sido sustentados con los comprobantes de pagos respectivos; además, el acusado García Rodríguez tuvo participación directa en los hechos materia de proceso, ya que fue quien suscribió el documento denominado "Acuerdo" del veintinueve de octubre de dos mil cuatro, en representación de la entidad agraviada con la empresa ASERGEN y la procesada Panduro Noriega admite que era la encargada de realizar la no retención del tres por ciento a la empresa ASERGEN; asimismo, el sentenciado Luis Enrique Culqui Mafaldo señaló que desconocía que en los meses de octubre a diciembre no se retuvo el descuento estipulado, hecho que fue realizado por acción propia del administrador, este es el acusado García Rodríguez. Tampoco está de acuerdo con el extremo de la sentencia absolutoria que indica que los hechos no cumplen con los elementos del tipo penal, por cuanto no habrían apartado el dinero perteneciente a la UGEL de la esfera de la función

administrativa, ya que si bien el dinero fue utilizado en algunos gastos propios de la función administrativa de la entidad agraviada, los procesados utilizaron el dinero también en la compra de polos, los cuales fueron utilizados por los procesados, así como el maletín para protección de los documentos, incluso no se ha demostrado que luego de dejar el cargo la tesorera haya devuelto el maletín y que si bien los peritos contables indicaron que no existe documentación pertinente para realizar la pericia contable, este hecho no desvirtúa los actos atribuidos a los acusados, máxime si uno de los procesados se acogió a la conclusión anticipada; por lo que solicita se ampare su recurso.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Que, según la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos setenta y uno, se tiene que entre los meses de octubre a diciembre de dos mil cuatro, los procesados Luis Enrique Culqui Mafaldo, Edwing Fidencio García Rodríguez y Selva Ketty Panduro Noriega (director, administrador y tesorera de la entidad pública agraviada, respectivamente), habrían omitido efectuar el depósito (en la cuenta de recursos directamente recaudados de la agraviada), del monto equivalente al tres por ciento (que hacían un total de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, sumando los tres meses), proveniente de la retención que debía efectuarse a la firma comercial ASERGEN, contexto en el cual, estos funcionarios habrían actuado en concierto de voluntades, toda vez que el monto descontado (y no depositado), por dicho concepto (ascendente a la suma de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos), habrían sido utilizados para la adquisición de sesenta polos, compra de un maletín para la tesorera, gastos menudos por el aniversario de la Unidad de Gestión Educativa de Loreto - Nauta, en diciembre de dos mil cuatro, gastos de movilidad de funcionarios en la ruta Nauta - Iquitos y viceversa, los mismos que tampoco habrían sido sustentados con los comprobantes de pago respectivos, conforme lo prevén las normas administrativas.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Que, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal de peculado doloso, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal –el cual de conformidad con el Acuerdo Plenario número cuatro guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del treinta de septiembre de dos mil cinco–, se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, esto es, cuando el sujeto activo aparta los caudales o efectos de la esfera de la función de la Administración Pública o se aprovecha de las bondades del mismo; para ello, se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la indebida utilización de los fondos o efectos estatales encomendados, resultando determinante para su corroboración una pericia contable (Recurso de Nulidad número tres mil setecientos noventa y cinco guion dos mil uno, del ocho de abril de dos mil tres, en: Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos contra*

la Administración Pública. Jurisprudencia penal. Jurista Editores, Lima, dos mil cuatro, página doscientos doce). Es decir, para la configuración típica del delito de peculado, deben concurrir los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción (entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita), administración (la cual corresponde a las funciones activas de manejo y conducción) o custodia (la típica posesión, que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos); c) la apropiación o utilización (entendida la apropiación como el hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos y la utilización se refiere el aprovecharse de las bondades que permite el bien –caudal o efecto–, sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero); d) el destinatario: para sí o para otro; e) caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia, para determinar que una persona es jurídico-penalmente responsable de la comisión de un delito, no solo se debe tener en cuenta el resultado, sino que es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada.

A) Respecto de la sentencia del diecinueve de mayo del dos mil diez, de fojas quinientos treinta y tres

3.2. Que, se infiere del acta de sesión de audiencia de juicio oral de fojas quinientos treinta, que el encausado Luis Enrique Culqui Mafaldo, se acogió a la conclusión anticipada del proceso (modalidad especial de finalizar el proceso, en la cual no existe una contradicción de cargos, ni actividad probatoria realizada para verificar las afirmaciones de las partes), conforme lo preceptuado en el artículo quinto de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, aceptando los cargos imputados y la reparación civil, con la conformidad de su abogado defensor, dictándose la sentencia conformada de fojas quinientos treinta y tres.

3.3. En ese sentido, se tiene que este Supremo Tribunal emitirá pronunciamiento respecto del *quantum* de la pena impuesta; sin embargo, ello no impide de ser el caso, absolver al encausado al advertirse que el hecho materia de acusación es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención o atenuación de la responsabilidad penal, conforme lo ha establecido el precedente vinculante de la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número mil setecientos sesenta v seis guion dos mil cuatro, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro y el Acuerdo Plenario Número cinco guion dos mil ocho oblicua CJ guion ciento dieciséis, considerando dieciséis y el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, el cual señala que: "Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, puede anular dicha sentencia

y absolver al condenado, aun cuando éste no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones (...)".

3.4. Siendo así, se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra el procesado Luis Enrique Culqui Mafaldo, es por haber omitido efectuar el depósito en la cuenta de recursos directamente recaudados de la entidad agraviada, del monto equivalente al tres por ciento, proveniente de la retención que debía efectuarse a la firma comercial ASERGEN, contexto en el cual, estos funcionarios habrían actuado en concierto de voluntades, toda vez que el monto descontado por dicho concepto, ascendente a la suma de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, habrían sido utilizados para la adquisición de sesenta polos, compra de un maletín para la tesorera, gastos menudos por el aniversario de la Unidad de Gestión Educativa de Loreto - Nauta, en diciembre de dos mil cuatro, gastos de movilidad de funcionarios en la ruta Nauta - Iquitos y viceversa; sin embargo, dicha imputación no se encuadra dentro del tipo penal de peculado doloso, toda vez que del propio tenor de la acusación fiscal se desprende que el dinero no depositado en las cuentas de la entidad agraviada fue destinada a otros gastos efectuados en beneficio de la misma entidad; en todo caso, el acusado habría infringido normas en materia extrapenal, infracción que mereció una sanción por el órgano competente conforme se aprecia en la resolución de foja setenta y cinco; en consecuencia corresponde absolver al procesado Culqui Mafaldo de los cargos que pesan en su contra.

B) Respecto de la sentencia del veintidós de noviembre del dos mil once, obrante a fojas ochocientos veinte

3.5. Con relación a la sentencia del veintidós de noviembre de dos mil once, obrante la fojas ochocientos veinte, que absolvió a Edwing Fidencio García Rodríguez y Selva Ketty Panduro Noriega, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Unidad de Gestión Educativa de Loreto Nauta.

3.6. En primer lugar, si bien en el mes de octubre a diciembre del dos mil cuatro, no se retuvo el tres por ciento correspondiente al descuento que se efectúa por Convenio a la firma comercial ASERGEN, el cual equivale a la suma de mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, contraviniendo lo establecido en el artículo veintiuno, incisos a) y d) de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis, que establece que: "Son obligaciones de los servidores públicos: a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público; y d) Conocer y exhaustivamente las labores del cargo y capacitarse para su mejor desempeño", tal como lo refiere el Informe número cero cero seis guion dos mil cinco guion DREL guion UGEL guion LN guion OCI, de fojas tres.

3.7. Empero, ello fue en mérito al Acuerdo celebrado en la ciudad de Nauta, el día veintinueve de octubre del dos mil cuatro, obrante a fojas ochenta y cuatro,

entre el señor Carlos Andrés Huamán Gonzáles, representante de la empresa comercial ASERGEN y el administrador de la UGEL Loreto Edwing Fidencio García Rodríguez, contando con la autorización y conocimiento del Director de la UGEL, tal como lo han referido los procesados Edwing Fidencio García Rodríguez –véase su manifestación policial, obrante a fojas cuarenta y siete, su declaración instructiva de fojas trescientos dos y su declaración brindada en juicio oral, obrante a fojas setecientos sesenta y nueve– y Selva Ketty Panduro Noriega –véase su manifestación policial, obrante a fojas treinta y ocho, su declaración instructiva de fojas trescientos siete y su declaración brindada en juicio oral obrante a fojas setecientos setenta y tres–, quienes indicaron que la empresa ASERGEN y la UGEL realizaron un Convenio, en los cuales los docentes y administrativos de la UGEL, adquirían víveres de la empresa antes mencionada y les era descontado de la planilla, que de dicho monto la UGEL retenía el tres por ciento, pero fue suspendida esa retención durante los meses de octubre a diciembre del dos mil cuatro, suscribiéndose un acuerdo para subvencionar algunos gastos, toda vez que no contaban con recursos, tales como sesenta polos, un maletín, pasajes, los cuales fueron realizados a favor de la institución, y que se encuentran sustentados con las copias legalizadas de los comprobantes de pago, que fueron presentados por el procesado Edwing Fidencio García Rodríguez en su escrito obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y seis; lo expuesto concuerda con la declaración brindada por Carlos Andrés Huamán Gonzáles, obrante a fojas trescientos catorce, quien era el representante de la empresa ASERGEN.

3.8. Siendo así, se aprecia que los procesados no han apartado el dinero perteneciente a la UGEL de la esfera de la función administrativa, sino más bien han realizado dicho gasto a favor de la entidad agraviada, tal como lo ha sostenido la Sala Penal Superior en la sentencia recurrida, precisando además que no se ha probado el perjuicio a la agraviada, toda vez que en la sesión de audiencia pública del dieciséis de agosto del dos mil once, obrante a fojas setecientos sesenta y tres, el representante del Ministerio Público prescindió de la pericia contable (la cual constituye prueba determinante para acreditar la comisión del delito de peculado doloso, tal como se precisó en el Recurso de Nulidad número tres mil setecientos noventa y cinco guion dos mil uno, del ocho de abril de dos mil tres). Por lo tanto, la sentencia recurrida, se encuentra con arreglo a Ley.

Por estos fundamentos: DECLARARON: I. HABER NULIDAD en la sentencia del diecinueve de mayo de dos mil diez, de fojas quinientos treinta y tres, en el extremo que condenó a Luis Enrique Culqui Mafaldo, por el delito contra la administración Pública –peculado doloso (omisión de retención del tres por ciento a la firma comercial ASERGEN), en agravio del Estado - Ministerio de Educación –UGEL– LN, le impusieron dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene; y reformándola ABSOLVIERON a Luis Enrique Culqui Mafaldo de la acusación fiscal, por el delito y agraviado en mención; ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa en este extremo; II. NO HABER NULIDAD en la sentencia del veintidós de noviembre de dos mil

once, obrante a fojas ochocientos veinte, que absolvió a Edwing Fidencio García Rodríguez y Selva Ketty Panduro Noriega, de la acusación como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Unidad de Gestión Educativa de Loreto Nauta; con lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Peculado: pericia valorativa solo acredita la materialidad del delito, no la responsabilidad penal del encausado

No se puede acreditar su responsabilidad penal en el delito de peculado doloso únicamente con la pericia valorativa, toda vez que aquella está dirigida a acreditar solo la materialidad del delito. Asimismo, no es suficiente que se alegue vulneración de normas de carácter administrativo por parte de los encausados, pues debe aparejarse la verificación del estado de lesión o grave perturbación al normal desenvolvimiento de la Administración Pública, que permita acreditar la responsabilidad penal en el delito de peculado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3387-2012-SULLANA

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción Descentralizada de Piura contra la sentencia absolutoria de fojas quinientos cuarenta y cinco, del veinte de setiembre de dos mil doce; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: PRIMERO.- El representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos sesenta y seis, alega que: i) no se efectuó una debida apreciación de los hechos incriminados ni compulsaron las pruebas actuadas que determinan la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado; ii) no se tuvo en cuenta que la Comisión de Investigación Ad-Hoc de la Fuerza Aérea del Perú estableció responsabilidad administrativa disciplinaria por haberse apropiado indebida e ilegalmente de los bienes de propiedad del Estado. Además, el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción en su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos setenta, alega que no se tuvo en cuenta la pericia valorativa que determina el monto total del costo de los bienes sustraídos por los encausados y que el proceso disciplinario determinó sus responsabilidades en los hechos materia de autos. SEGUNDO.- En el dictamen acusatorio de fojas doscientos sesenta y ocho

se imputó a los encausados Lecaros Mendoza y Pulache Sancarranco (miembros de la Fuerza Aérea del Perú) haber integrado entre el veintiocho de junio al doce de julio de dos mil cinco, el destacamento de servicio de seguridad en el distrito Los Órganos - Piura, correspondiente al Grupo Aéreo número once, lugar de donde se apropiaron de ciento cincuenta planchas de eternit de los techos de los hangares que habían sido confiados a su custodia por razón de sus cargos. TERCERO.- Que, en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado solo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta, la presunción de inocencia se encuentra incólume. CUARTO.- El delito de peculado doloso se define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. QUINTO.- Del análisis del material probatorio actuado se tiene que los mismos resultan insuficientes para enervar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a los encausados Lecaros Mendoza y Pulache Sancarranco, en tanto, no se puede pretender acreditar su responsabilidad penal en el delito de peculado doloso, únicamente con la pericia valorativa de fojas trescientos ochenta y cinco, toda vez que aquella está dirigida a acreditar la materialidad del delito; asimismo, no es suficiente que se alegue vulneración de normas de carácter administrativo por parte de los encausados, sino que debe aparejarse la verificación del estado de lesión y/o grave perturbación al normal desenvolvimiento de la Administración Pública que permita acreditar la responsabilidad penal en el delito de peculado; no habiendo el representante del Ministerio Público, menos aún, la parte civil, aportado pruebas fehacientes a efectos de acreditar el apoderamiento doloso por parte de los encausados de los bienes (ciento cincuenta planchas de eternits) que fueron sustraídos; además, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, establece que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. SEXTO.- Aunado a ello, se tiene que los encausados Lecaros Mendoza y Pulache Sancarranco –ver fojas cuatrocientos ochenta y seis y quinientos diecisiete, respectivamente– al efectuar sus descargos refirieron ser inocentes de los cargos que se les imputa, esgrimiendo que era imposible el control de las áreas asignadas debido a la extensión del terreno, al cual tenía acceso personal civil, y donde tenían conocimiento se habían suscitados diversos robos; versiones que no fueron desvirtuadas por el representante del Ministerio Público, no obrando en autos testimonios incriminatorios que los sindiquen como los autores del apoderamiento de los bienes del Estado; en ese sentido, resulta oportuno señalar que el titular de la carga de la prueba –véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público– no logró probar su acusación insertada en el dictamen de fojas trescientos sesenta y uno, tan es así, que el señor Fiscal Supremo en lo Penal –defensor de la legalidad y derechos ciudadanos, así como titular de la carga de la prueba en su máxima jerarquía– está conforme con la absolución emitida por el Tribunal Superior, al opinar por no haber nulidad en la sentencia

venida en grado; por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa "(...) toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)", en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "(...) el principio de lo presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de lo Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla (...)". Además, en virtud al principio "carga de la prueba" quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculpado, deberá procederse con la absolución. Asimismo, es menester precisar que el artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales, faculta al Procurador Público en su condición de parte civil, no solo a solicitar la reparación civil, sino también tiene la misión de aportar pruebas al proceso penal a efectos que se esclarezcan los hechos materia de investigación, no evidenciándose ello en el presente proceso. SÉTIMO.- En tal sentido, se tiene que la sentencia absolutoria, venida en grado, ha sido expedida conforme a derecho, expresando de manera clara y precisa los argumentos por los que se decidió en ese sentido, advirtiéndose la presencia de una fundamentación jurídica racional y justificada de la decisión adoptada, cumpliéndose de esa manera con la exigencia del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas quinientos cuarenta y cinco, del veinte de setiembre de dos mil doce, que absolvió a Luis Martín Lecaros Mendoza y Félix Humberto Pulache Sancarranco de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Absolución por peculado culposo: no se comunicó al encausado de alguna situación de vulnerabilidad en la seguridad en el local municipal

Si bien se sustrajeron una computadora y una impresora del local municipal, se acreditó que el encausado (alcalde) contrató seguridad particular para el cuidado de dicho local. Otro tema a dilucidar es si la vigilancia así dispuesta era suficiente o no, labor que ya no le competía directamente al encausado, quien como titular de la entidad edil se encargaba de la gestión política y administrativa general. En todo caso, los responsables de las áreas (entre ellas la de abastecimiento) de considerar alguna omisión o falencia en la labor de vigilancia debieron cursar la comunicación, requerimiento o solicitud correspondiente a fin de salvaguardar la seguridad de los bienes de la citada entidad.

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 765-2014-PASCO

Lima, doce de diciembre de dos mil catorce

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción de Pasco y la señora Fiscal Superior, contra la sentencia absolutoria de fojas cuatrocientos sesenta y dos, del veintisiete de diciembre de dos mil trece.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La parte civil en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos ochenta, señala que no se han analizado adecuadamente los diferentes elementos de prueba que acreditan la responsabilidad penal del procesado Ronald David Meza Díaz, como es el hecho que no se ha tenido en cuenta que la pérdida de la computadora del local edil se debió a la falta de vigilancia y el imputado era el encargado de contratar el personal necesario para que resguarde los bienes de la entidad agraviada; que el procesado ha sido juzgado por el delito de peculado culposo, sin embargo, el Colegiado Superior lo ha absuelto por peculado doloso.

SEGUNDO: Asimismo, la representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado a fojas cuatrocientos noventa y uno precisa que se ha vulnerado el

principio de debida motivación, toda vez que sin mayores argumentos se absolvió al procesado Meza Díaz del delito imputado, sin tenerse en cuenta que existen suficientes elementos de prueba que acreditan que debido a su actitud negligente, se sustrajo el bien materia de autos de la Oficina de Abastecimiento, razones por las que considera que debe declararse nula la sentencia impugnada.

TERCERO: El dictamen acusatorio de fojas trescientos once, imputa al encausado Ronald David Meza Díaz, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ticlacayán, la comisión del delito de peculado culposo, en función a la siguiente descripción táctica: Que encontrándose el Palacio Municipal de la localidad de Ticlacayán en ejecución de obra, se instalaron áreas prefabricadas en el local del Coliseo Municipal para el funcionamiento de la Oficina de Abastecimientos y Obras; siendo ello así, el día veintiséis de julio de dos mil nueve en horas de la tarde, personas desconocidas se apoderaron ilegítimamente de una computadora HP Compaq modelo siete mil novecientos ultradelgada, la misma que se encontraba en la mencionada oficina; que dicho local no contaba con personal de vigilancia, dado que el procesado en su condición de alcalde solo contrató a personal de vigilancia por horas, a pesar de contar con presupuesto municipal para tal fin, de modo tal que faltó al deber objetivo de cuidado sobre los caudales y efectos existentes en la oficina antes mencionada, ya que no tomó las precauciones necesarias para velar por la seguridad del patrimonio del Estado, por ende, la conducta del procesado se encuadra en el delito de peculado culposo, pues al no contratar personal de vigilancia, permitió que personas desconocidas sustrajeran la *laptop* antes descrita de las instalaciones de las oficinas de Abastecimientos y Obras de la Municipalidad.

CUARTO: El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, sobre definición y estructura típica del delito de peculado, señala respecto al delito de peculado culposo que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

QUINTO: En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como: *i)* La sustracción, entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. La culpa del funcionario o servidor público, *ii)* Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias

para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

SEXTO: En el presente caso, se advierte que la imputación específica que se le hace al encausado Ronald David Díaz Meza, estriba en que este en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ticlacayán no contrató el personal de seguridad suficiente para la vigilancia del local donde funcionaba la Oficina de Abastecimientos y Obras, lo que permitió que un tercero sustrajera la computadora e impresora de dicha área; al respecto cabe precisar que ello no es tan cierto, pues el encausado sí contrató seguridad particular para el cuidado de dicho local desde las dieciocho horas hasta las seis horas (a cargo de los señores Gregorio Aranda Sobero y Jhofer Roy Palacín Janampa); asimismo, en el día había vigilancia por parte del Serenazgo, hecho que ha sido reconocido incluso por Luis Antonio Rivera Vargas, administrador de la municipalidad, durante el juicio oral a fojas cuatrocientos treinta y seis, y Jovana Palacín Valerio, personal del área de tesorería, a fojas veintiuno; en tal sentido, no se verifica actitud negligente alguna por parte del encausado.

SÉPTIMO: Ahora, otro tema a dilucidar es si la vigilancia así dispuesta era suficiente o no, labor que obviamente ya no le competía directamente al encausado, quien como titular de la entidad edil se encargaba de la gestión política y administrativa general; en todo caso, los responsables de las áreas (entre ellas la de abastecimiento) de considerar alguna omisión o falencia en la labor de vigilancia, debieron cursar la comunicación, requerimiento o solicitud correspondiente a fin de salvaguardar la seguridad de los bienes de la citada entidad; en el presente caso, no se advierte que ello haya sido así, por lo que debe concluirse que estos consideraban que las medidas adoptadas eran suficientes, por tanto, no existió inacción y/o negligencia de parte del encausado; distinto sería el criterio si previamente hubieran existido informes o documentación que pusiera en conocimiento en el momento oportuno al titular de la entidad edil de alguna situación de vulnerabilidad en la seguridad edil; en consecuencia, no se verifica la comisión del delito imputado.

OCTAVO: Otro dato relevante, es que en autos no se ha llegado a determinar con precisión la hora en que se habría producido el hurto, además, al verificarse que la puerta de la oficina de Abastecimiento no fue forzada se podría incluir dentro de la inferencia a realizarse que la sustracción incluso pudo suceder en horario de trabajo, o que en dicho acto podría estar involucrado algún trabajador municipal, hecho que pondría en evidencia que la sustracción no se debió necesariamente a la supuesta falta de seguridad; en tal sentido, existen elementos que no han sido debidamente dilucidados, y que representan aspectos que debieron ser comunicados en forma oportuna por los responsables de cada oficina a la autoridad edil, para previo los trámites del caso, adoptarse las medidas razonables y pertinentes, no siendo ello así, no puede estimarse como negligente una conducta, si no es labor directa del alcalde el fiscalizar la seguridad específica de cada una de las oficinas de su comuna.

NOVENO: Que, el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Ticlacayán, obrante a fojas ciento veinticuatro, establece como una de las funciones a cargo del alcalde el defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad; sin embargo, ello debe entenderse dentro de la política general que realiza en el ejercicio de dichas funciones y como titular edil, dependiendo de cada área específica implementar los mecanismos necesarios para el mejor desempeño de las labores, siendo uno de ellos el preservar la seguridad interna, para lo cual estos pueden formular los requerimientos a fin que se adopten las acciones pertinentes; en el presente caso, no se advierte que previo al hecho denunciado haya existido alguna solicitud o requerimiento al alcalde para mejorar el sistema de seguridad, coligiéndose que el existente era el razonable para preservar los bienes de la entidad edil; por lo que siendo ello así, debe mantenerse lo resuelto por el Colegiado Superior.

DÉCIMO: Finalmente, cabe indicar que la Procuraduría Pública Anticorrupción de Pasco interpuso recurso de nulidad contra la sentencia absolutoria dictada a favor de Meza Díaz, pues consideró que la pérdida de la computadora se debió a la falta de vigilancia, siendo el citado encausado el encargado de contratar el personal necesario para tal fin; sin embargo, dicho agravio carece de eficacia en virtud a los fundamentos expuestos precedentemente; asimismo, indica el recurrente que el procesado fue juzgado por el delito de peculado culposo, pero fue absuelto por peculado doloso; que al respecto cabe manifestar que dicha situación constituye un error material, que en nada enerva lo resuelto por el Colegiado Superior, en todo caso, ello puede ser corregido por este Supremo Tribunal. Asimismo, el representante del Ministerio Público indica como sustento de su medio impugnatorio que la sentencia cuestionada vulnera el principio de la debida motivación, pues sin mayores argumentos se absolvió al procesado Meza Díaz, sin embargo, de la revisión de la sentencia dictada por el Colegiado Superior, se advierte que lo decidido se encuentra suficientemente justificado, explicando dicho órgano judicial las razones que sustentan su decisión; por lo que los agravios expuestos por los recurrentes deben ser desestimados.

DECISIÓN:

De conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y dos, del veintisiete de diciembre de dos mil trece, que absolvió a Ronald David Meza Díaz de los cargos contenidos en la acusación fiscal, por el delito contra la Administración Pública-peculado culposo –y no como erróneamente se ha consignado en la recurrida–, en agravio del Estado-Municipal Distrital de Ticlacayán; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Peculado de uso: servidor público utilizaba en su domicilio el bien estatal (DVD) que se le entregó en custodia

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. En el presente caso, el DVD le fue entregado al procesado exclusivamente para su custodia, debido a su condición de responsable de abastecimiento en la Unidad Ejecutora, y estaba destinado a ser entregado –junto con otros aparatos– a los supervisores del proceso de alfabetización. Sin embargo, se constató que el DVD estaba siendo utilizado por el recurrente en su domicilio para fines personales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2149-2013-AMAZONAS

Lima, veinte de abril de dos mil quince

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Edwin Dávila Flores, contra la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, de fojas ochocientos cuarenta y siete, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, representado por el Ministerio de Educación.

Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que el procesado recurrente al formalizar sus agravios mediante escrito de fojas ochocientos ochenta y uno fundamentalmente sostiene que su conducta se ha desarrollado dentro de su competencia y funciones, pues estuvo comprobando en su domicilio la operatividad del DVD presuntamente apropiado, de conformidad al artículo treinta y ocho del Manual de Organización y Funciones - Planificación y Presupuesto, del Área de Gestión Institucional; más aún, si al respecto obra en los actuados una papeleta de autorización de desplazamiento externo del bien mueble cuestionado.

SEGUNDO. Que según los términos de la acusación fiscal se atribuye al procesado Edwin Dávila Flores, que en su condición de Jefe de Abastecimiento de la UGEL-Condorcanqui, durante el año dos mil ocho, teniendo bajo su custodia treinta

televisores y treinta DVD, que le fueran remitidos por el Ministerio de Educación, asignados al Programa Nacional de Movilización y Alfabetización-PRONAMA, destinados a los beneficiarios de la Sede Nieva, siendo sorprendido, con su expreso conocimiento y voluntad, utilizando un DVD N° 802shwa126257 para fines ajenos al servicio que estaba originalmente destinado, el mismo que fuera incautado en su domicilio por el representante del Ministerio Público, conforme se colige del acta de constatación e incautación de fojas diez, siendo devuelto al Director de la UGEL agraviada, según acta de entrega y verificación de fojas doce.

TERCERO. Que el peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. La norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos[1].

CUARTO. Que, en rigor, el recurrente sostiene que su actuación fue conforme a lo dispuesto en la Ley y por tanto, dentro de la eximente de responsabilidad penal, comprendida en el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal. El procesado se refiere al Manual de Organización y Funciones (MOF) - Planificación y Presupuesto - Área de Gestión Institucional, que en una de sus cláusulas dispone, que el servidor encargado de la custodia de los equipos de la institución agraviada, están facultados a verificar su operatividad.

No obstante ello, cuando el referido manual hace dicha precisión, efectivamente se refiere al control de la calidad y funcionamiento de los equipos de la institución agraviada, pero dicha verificación, en estricto, se realiza dentro del ámbito de la propia administración, esto es, dentro del local institucional y no así, en un espacio físico ajeno a ella.

El recurrente también ha sostenido que dicha verificación de la operatividad del DVD se encuentra demostrada con la papeleta de autorización de desplazamiento interno de bienes patrimoniales. Lo argumentado es totalmente falso, pues el documento en mención, que data del veintidós de septiembre de dos mil ocho, está referido a la recepción de la totalidad de los equipos por parte de Marco Antonio Sánchez Bazán, quien a su vez, deja constancia que el día veinticuatro del mismo mes y año, dichos equipos fueron entregados al ahora procesado recurrente para que los guarde en custodia. En ninguno de sus extremos se consigna una supuesta autorización para la movilización o envío de alguno de los DVD al domicilio del encausado, menos aún, para que en su vivienda se verifique la operatividad del mismo.

QUINTO. Que lo cierto es, debido a la naturaleza y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, que el referido DVD, así como veintinueve aparatos electrónicos similares y treinta televisores, le fueron entregados al procesado

(1) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley. Cuarta Edición. Lima, enero de 2007, p. 537.

exclusivamente para su "custodia", debido a su condición de responsable de abastecimiento en la Unidad Ejecutora trescientos dos Condorcanqui, del Gobierno Regional de Amazonas.

Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización; de ahí, que se puede inferir, que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia.

A lo acotado cabe adicionar, que en el acta de constatación e incautación, de fojas diez, su fecha veintiséis de septiembre de dos mil ocho, se consignó que el reproductor de video utilizado indebidamente "estaba con terminaciones conectadas al televisor descrito anteriormente y conectado al enchufe de energía eléctrica", esto es, estaba siendo utilizado por el recurrente para fines personales y distintos al proceso de alfabetización para los que estaba destinado. Tampoco se puede soslayar, que dicho bien le fue entregado en custodia al imputado con fecha veintiocho de mayo de dos mil ocho, fechas distantes por casi cuatro meses a la data en que fue incautado en el domicilio del imputado, dejando sin sustento el argumento de haber retirado el bien a su domicilio para probar su operatividad, dado el tiempo transcurrido.

En consecuencia, está suficientemente desvirtuado el argumento del imputado de haber actuado por disposición de la Ley.

SEXTO. Que, por otro lado, se ha determinado la relación funcional del procesado con el bien utilizado indebidamente, pues su proceder se adecúa a lo que alude la norma sustantiva, de que el bien mueble se hallaba bajo su custodia directa, pues ejercía sobre el mismo acto de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal se hallaba bajo su guarda; por ello, aun cuando apareciera como un acto fútil el proceder del recurrente, lo cierto es que su conducta ha infringido el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, que constituye el bien jurídico protegido por el delito; por lo tanto, la sentencia recurrida es conforme a Ley.

Por estos fundamentos, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, de fojas ochocientos cuarenta y siete, que condenó a Edwin Dávila Flores como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, representado por el Ministerio de Educación, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, por el período de prueba de dos años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta. Con lo demás que contiene, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

Peculado de uso: no se usaron maquinarias del gobierno regional para fines ajenos al servicio

Se imputa a los encausados que permitieron que se usara el cargador frontal del gobierno regional para cargar material agregado, producido con presupuesto de la obra, a un volquete particular, presumiblemente para comercializar dicho material. Sin embargo, esto no se probó; más bien se acreditó que cuando se estaba trasladando el material agregado con el cargador frontal se apersonó un comunero en un volquete para cargar su hormigón; y que se llegó a un acuerdo con él para trasladar dicho material en su volquete hacia un punto dentro de la misma cantera, y posteriormente cargar el hormigón a su volquete con el cargador frontal del gobierno regional, es decir, el cargador no se empleó fuera del fin para el que estaba destinado.

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 770-2014-AYACUCHO

Lima, doce de diciembre de dos mil catorce

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia absolutoria de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, del dos de septiembre de dos mil trece.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. El representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado obrante a fojas cuatrocientos setenta y siete, indica que: i) No se tomó en cuenta el Informe número ciento seis-dos mil diez-GRA-GG-GRI-SGO, del diecisiete de junio de dos mil diez, remitido por el ingeniero Harold Felipe Gálvez Ugarte, que da cuenta de estos hechos, ii) Al revocarse la sentencia se determinar el monto de reparación civil e imponerse esta como de conducta.

SEGUNDO. La acusación fiscal, obrante a fojas doscientos setenta y dos, imputa que el quince de julio de dos mil diez, en una visita inopinada realizada por el ingeniero Harold Felipe Gálvez Ugarte, se constató que la maquinaria del Gobierno Regional de Ayacucho, cargador frontal Caterpillar novecientos veinticuatro F, asignada al

proyecto, venía realizando la carga de material agregado (arena zarandeada) de la cantera Trigopampa a un volquete particular de placa de rodaje número ZM-mil trescientos setenta y dos, presumiblemente para comercializar dicho material en perjuicio de la obra y del Gobierno Regional. Preguntado el conductor del volquete, manifestó que realizaba dicha tarea por indicación del controlador de maquinaria Lucio Sánchez Ramos y para mayor ilustración tomó fotos en el lugar de los hechos, las mismas que obran en autos adjuntado al Informe número ciento seis-dos mil diez-GRA-GG-GRI-SGO/HFGU-RO, por el encargado de residente de la obra, ingeniero Harold Felipe Gálvez Ugarte. Cabe precisar que dichas maquinarias se encontraban asignadas a la obra Pavimentación de la avenida Santa Rosa Las Casuarinas jirón Los Rosales, Jirón Huallaga de la Asociación Los Olivos del Distrito de San Juan Bautista, Ayacucho ejecutado por el Gobierno Regional del Ayacucho.

TERCERO. El tipo penal recogido en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal sanciona al 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. 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.

CUARTO. Lo central del injusto estriba en usar (o permitir usar) la maquinaria para fines ajenos al servicio. Al respecto, en el presente caso concretamente se imputa que se usó el cargador frontal Caterpillar novecientos veinticuatro F para realizar la carga de material agregado a un volquete particular, presumiblemente para comercializar dicho material en perjuicio de la obra y del Gobierno Regional, pero esto no se probó.

QUINTO. Esto es así toda vez que, no obstante que como prueba de cargo del delito se tiene el Informe número ciento seis-dos mil diez-GRA-GG-GRI-SGO/HFGU-RO, de fojas ciento veintiocho, del diecisiete de junio de dos mil diez, de Harold Felipe Gálvez Ugarte, residente de obra a Eduardo Efraín De La Torre Moreno, Gerente Regional de Infraestructura, donde refiere que el quince de junio de dos mil diez, en la cantera de Trigopampa, en una visita inopinada constató que maquinaria del Gobierno Regional de Ayacucho asignada al proyecto venía realizando el carguío de material agregado (arena zarandeada), producida con presupuesto de la obra a un volquete particular, por lo que se presumiría que se haya estado comercializando dicho material en perjuicio de la obra y por ende de la institución, datos que confirma en su manifestación policial y declaración en juicio oral; sin embargo, en el propio informe y en sus declaraciones señala que el controlador había indicado que el traslado del material iba a ser a un solo punto dentro de la misma cantera, no obrando medio de prueba alguno que indique que este iba a ser comercializado.

SEXTO. Al contrario, estos datos abonan a favor de la tesis de Lucio Sánchez Ramos, quien en sus declaraciones (manifestación policial, con fiscal, de fojas treinta y cuatro; instructiva de fojas ciento ochenta y uno y declaración en juicio oral de fojas cuatrocientos tres), así como en el informe número cero cero uno-dos

mil diez-GRA-GRI-SGO/LSR, de fojas trescientos cuarenta y siete, emitido por su persona a José Ávila, Subgerente de Obras, que señala que bajo la coordinación de Félix Prado, Miguel Chichón Jerí, Lucio Sánchez y el operador del cargador frontal se realizó la mezcla de la arena con tierra y la arena lavada, y que cuando se estaba trasladando la arena lavada con el cargador frontal hacia el montículo de arena con tierra se apersonó un comunero y el chofer del volquete de placa de rodaje número ZM-mil trescientos setenta y dos, para hacer el carguillo de su material a su volquete, llegando a un acuerdo con el comunero, para que el operador del volquete realice el traslado de arena lavada hacia la arena con tierra para la mezcla y posteriormente hacer el carguillo de su material hormigón producido por la comunidad al volquete con el cargador frontal, es decir, el uso del cargador no estaría fuera del fin para el que se destinó.

SÉPTIMO. Por tanto, estando a que no existe material probatorio suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia de los procesados al no acreditarse el uso ajeno al servicio, corresponde confirmar la absolución, conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN:

De conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, del dos de septiembre de dos mil trece, que absolvió a Lucio Sánchez Ramos y Félix Francisco Prado Pizarro de la acusación fiscal como autores del delito contra la Administración Publica-peculado de uso, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho, con lo demás que al respecto contiene y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

No es aplicable la duplicación de plazo en el delito de malversación de fondos

El delito de malversación de fondos no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la duplicidad del plazo prescriptorio, puesto que la finalidad de la norma es salvaguardar la eficacia, la buena marcha, la disciplina y organización en la ejecución del gasto y a utilización de los bienes por parte de los servidores públicos, debiendo precisar que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito del dominio de la administración pública (no los pierde como en el caso del delito de peculado), motivo por el cual no le debe ser aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal.

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 1791-2012-ÁNCASH

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pochas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, contra la sentencia del veintisiete de diciembre de dos mil once, de fojas seiscientos setenta y seis, en el extremo que los condenó, por el delito contra la Administración Pública –malversación de fondos e incumplimiento de deberes funcionales–, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente bajo reglas de conducta; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

Que, la defensa técnica de los procesados, Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, fundamentó los recursos de nulidad a fojas setecientos dos, sosteniendo que a fojas ciento doce obra una resolución debidamente motivada, en la que el fiscal solicita el archivamiento definitivo, por cuanto los peritajes y medios probatorios acopiados resultaron insuficientes para

acreditar sus responsabilidades penales; además, precisa que dichos gastos se realizaron en mérito a un acuerdo de Concejo, el mismo que se encuentra dentro de las facultades de la Ley de Municipalidades; en consecuencia, este acuerdo se comprendió dentro del gasto del presupuesto en el rubro de actividades de apoyo social, más aún si se trataba de la celebración del centenario del distrito; además, el fiscal no acreditó que los dineros estuvieron destinados a alguna actividad específica, la cual se haya dejado de hacer para realizar la actividad por la que se les ha sentenciado; además, no han actuado con dolo ni han buscado beneficiarse los sentenciados, ni se ha acreditado el daño causado; también el informe número cero tres guion dos mil siete sostiene que los gastos se encuentran debidamente sustentados y aprobados en la sesión de Concejo, por ende, no se encuentra dentro de los alcances del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Que, según la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho, se le imputa a los procesados, Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, la comisión del delito de malversación de fondos e incumplimiento de deberes funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos, en consideración a que el día catorce de diciembre de dos mil seis, en sesión de Consejo número cuarenta y tres, se autorizó y aprobó el presupuesto de gastos por el ciento cincuenta aniversario de Mancos, por la suma de cinco mil trescientos nuevos soles, el mismo que cubría los gastos por banda de músicos, juegos pirotécnicos –castillo, brindis, misa, arreglos, shacshas y otros–; sin embargo, pese a todo ello, según el Informe número cero tres guion dos mil siete guion GDM oblicua UT, de fojas trece, los gastos ascenderían a cinco mil cuatrocientos cincuenta y ocho nuevos soles con veintisiete céntimos; habiéndose afectado las cuentas corrientes número cero tres cinco tres guion cero cero cero cuatro ocho nueve, comprobante de pago número mil ochocientos diez, sobre fuegos artificiales León Norte, para la elaboración del castillo ETC, por el monto de dos mil trescientos nuevos soles con veintisiete céntimos, comprobante de pago número mil ochocientos treinta y seis, sobre la compra de vino del comercial Urifel, por la suma de ciento cincuenta nuevos soles; comprobante de pago número mil ochocientos treinta y siete, del proveedor Rinconcito del Recuerdo, por concepto de sesenta cenas, por la suma de doscientos cuarenta nuevos soles; cuenta número cero trescientos cincuenta y tres guion cero cero cero quinientos, que según el comprobante de pago número mil ochocientos setenta y uno, de Multiserivicios Rosmark, por concepto de consumo por la suma de cuatrocientos sesenta y ocho nuevos soles; comprobante de pago número dos mil trescientos, por concepto de Banda de músicos del proveedor Roy Aldo Heredia Gonzáles, por la suma de dos mil trescientos nuevos soles e incluso excediéndose un sobregiro de ciento cincuenta y ocho nuevos soles con veintisiete céntimos y conforme al peritaje contable de fojas ciento setenta y tres, ratificado a fojas cuatrocientos sesenta y siete y el ampliatorio de fojas cuatrocientos sesenta y nueve, ratificado a fojas cuatrocientos setenta y tres, la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal dos mil seis - Ley número veintiocho mil seiscientos cincuenta y dos, en

su artículo ocho, prescribe que queda prohibido todo tipo de gastos destinados a celebraciones y agasajos con fondos públicos; aunado a ello, que dicho gasto no se encontraba presupuestado en el Presupuesto Institucional Anual - PIA, sino solo fue bajo acuerdo de Concejo; además del dictamen pericial contable, se advierte que la fuente de financiamiento afectado fue el Foncomún, que no puede ser destinado a fines distintos como lo descrito. Asimismo, los referidos inculpados, incumpliendo con sus deberes funcionales, ilegalmente habrían acordado, aprobado y autorizado el desembolso de dinero no presupuestado para las actividades del ciento cincuenta aniversario del distrito de Mancos, en un claro propósito de no cumplir sus deberes que el cargo les ha conferido, permitiendo la malversación de fondos públicos de la entidad agraviada.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. En primer lugar, cabe precisar que a los procesados, Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, se les imputa que incumpliendo sus funciones acordaron, aprobaron y autorizaron el desembolso de dinero no presupuestado para las actividades del ciento cincuenta aniversario del distrito de Mancos, gastos que efectuaron cometiendo también el delito de malversación de fondos públicos de la entidad agraviada; de lo cual se advierte que por la misma conducta se realizó una doble tipificación, estos son los delitos de malversación de fondos y de incumplimiento de deberes funcionales, lo cual se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, pues los procesados no pueden ser pasibles de una doble valoración del injusto y del reproche penal, sustentada en los mismos hechos, el mismo agraviado, pero con diferente *nomen iuris*, pues atentaría también contra el principio del *non bis in idem* (el cual constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución). "En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento (...). Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada" (sentencia del Tribunal Constitucional número cero setecientos veintinueve guion dos mil tres guion HC, fundamentos jurídicos dos y tres); motivo por el cual, corresponde declarar nula y sin efecto la sentencia en el extremo que condenó a los encausados Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, por el delito de incumplimiento de deberes funcionales.

3.2. Ahora bien, con relación al tipo penal del delito de malversación de fondos, previamente al análisis de los hechos materia de imputación, resulta pertinente precisar conceptos relativos a su configuración; en primer lugar, es llamado también "aplicación oficial diferente de los dineros y bienes del Estado", su origen se encuentra en el Derecho español y francés; asimismo, debe tenerse presente: a) que el

bien jurídico tutelado para algunos autores es la legalidad del ejercicio presupuestal, que los estamentos públicos ejecuten su presupuesto conforme a los lineamientos previstos en la Ley y la Constitución, garantizando el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por ese motivo algunos autores sostienen que "lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, por parte de la administración, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la administración" (PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte especial. Tomo V, Idemsa, Lima, 2011, pp. 381 y 382); similar criterio es el que sostiene Alcócer Povis, al considerar que el bien jurídico protegido es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública (ver: <http//blog.pucp.edu.pe/media/avatar/972.pdf>); b) exige para su configuración, "en primer lugar, un cambio de destino –siempre dentro del ámbito público–, de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta" (Recurso de Nulidad número dos mil trescientos treinta y uno guion dos mil dos Arequipa, del siete de septiembre de dos mil cuatro); c) verbo rector en este tipo penal es el de "aplicar", que comprende dos etapas, la primera de decisión o deliberación de los bienes y la segunda de ejecución; d) el elemento subjetivo es el dolo, pero resulta suficiente con el dolo eventual (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2007, p. 550); e) el sujeto activo será el funcionario o servidor público que debe mantener una relación funcionarial con el dinero o bienes y el sujeto pasivo es el Estado; f) la circunstancia agravante vendría a ser cuando los bienes están destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, pero para esto requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de ello.

3.3. Aunado a ello, cabe analizar si al delito de malversación de fondos le resulta aplicable la duplicidad del plazo prescriptorio o no, previsto en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, en concordancia con el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Perú; al respecto, debemos precisar que el Acuerdo Plenario número uno guion dos mil diez oblicua CJ guion ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, establece que para operar la duplicidad del plazo, se requiere una afectación al patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, no abarcando los delitos en los que solo se lesione el correcto funcionamiento de la Administración Pública o la regularidad y buena marcha de la misma; por lo que, conforme se ha señalado en el párrafo anterior, lo que protege la norma no es el peculio del Estado ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos; por

ende, a criterio de este Supremo Tribunal –por mayoría; al respecto, la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado tiene una posición distinta conforme al voto que se adjunta–, el delito de malversación de fondos no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la duplicidad del plazo prescriptorio, puesto que la finalidad de la norma es salvaguardar la eficacia, la buena marcha, la disciplina y organización en la ejecución del gasto y la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos, debiendo precisar que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito del dominio de la Administración Pública (no los pierde como en el caso del delito de peculado), motivo por el cual no le debe ser aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo ochenta del Código Sustantivo (criterio compartido con el profesor Eduardo Alcócer Povis, en: <http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/972.pdf>), esto es, la duplicidad del plazo prescriptorio; en consecuencia, corresponde efectuar un análisis a partir de la fecha de la ejecución de los hechos delictivos, para determinar si ha operado o no el plazo de prescripción.

3.4. Que, en ese contexto y apreciando de autos que la conducta ilícita atribuida a los imputados Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, es el injusto penal contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, por el desembolso de dinero no presupuestado en el mes de diciembre del dos mil seis para las actividades del ciento cincuenta aniversario del distrito de Mancos, afectando la fuente de financiamiento del Foncomún, tal como se desprende de la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho; advirtiéndose en tal sentido que debe efectuarse el análisis de los hechos, a partir de la fecha de los actos ejecutivos, los mismos que se encontraban tipificados bajo el alcance del primer párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal (vigente al momento de los hechos), el cual establecía una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

3.5. Siendo así, se requiere establecer el plazo de prescripción de la acción penal en relación al delito de malversación de fondos, para ello debe tenerse presente lo preceptuado en el artículo ochenta del Código Penal, que señala: "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad"; por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de cuatro años; sin embargo, el último párrafo del artículo ochenta y tres del mismo cuerpo legal establece que: "la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción", es decir, el plazo extraordinario de prescripción es de seis años, que contabilizados desde la última fecha en la que se habría culminado el evento criminoso, esto es, diciembre del dos mil seis, ha transcurrido un plazo mayor a los seis años; por lo que, en concordancia con lo estipulado en el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, se debe proceder a declarar de oficio prescrita la acción penal.

3.6. Siendo así, este Supremo Tribunal –por mayoría– precisa que no comparte el criterio jurisdiccional expuesto en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de

Nulidad número tres mil doscientos cuatro guion dos mil nueve Junín, del veinticinco de octubre de dos mil diez, en la que se aplicó la duplicidad del plazo prescriptorio para el delito de malversación de fondos; lo cual no da lugar a sanción, tal como lo prescribe el artículo cuarenta y cuatro de la Ley de la Carrera Judicial, en concordancia con el artículo primero del Título Preliminar y el inciso primero del artículo treinta y cinco del mismo cuerpo legal y el artículo ciento cuarenta y seis de la Constitución Política del Estado.

Por estos fundamentos, declararon: I. Por unanimidad NULA Y SIN EFECTO la sentencia del veintisiete de diciembre de dos mil once, de fojas seiscientos setenta y seis, en el extremo que condenó a Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López por el delito contra la Administración Pública –incumplimiento de deberes funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos–, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente bajo reglas de conducta; dos años de inhabilitación para ejercer la función pública e impusieron sesenta días-multa, a razón de un sol por día que abonarán a favor del Estado, fijó en la suma de tres mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria los sentenciados a favor de la entidad agraviada (debiendo tener en consideración los fundamentos esgrimidos en el considerando tres punto uno); II. Por mayoría HABER NULIDAD en la misma sentencia, en cuanto condenó a Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, por el delito contra la Administración Pública –malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos–, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente bajo reglas de conducta; dos años de inhabilitación para ejercer la función pública e impusieron sesenta días-multa, a razón de un sol por día que abonarán a favor del Estado, fijó en la suma de tres mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria los sentenciados a favor de la entidad agraviada; y reformándola: declararon DE OFICIO PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL a favor de Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia –conforme se aprecia de su ficha de Reniec obrante a fojas doscientos cincuenta y cuatro– y Aida Noemí Bendezú López, por el delito y agraviado antes citado; ORDENARON el archivo definitivo de lo actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA BARRIOS ALVARADO, EN CUANTO AL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS, ES COMO SIGUE:

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

PRIMERO: DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

1.1. Que, comparto el criterio jurisprudencial expuesto en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad número tres mil doscientos cuatro guion dos mil nueve Junín, del veinticinco de octubre de dos mil diez, por el delito de malversación de fondos, previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, respecto a que la acción del agente recae directamente sobre el patrimonio del Estado, al disponer una aplicación diferente y definitiva a la ya asignada; que tal presupuesto típico hace viable la aplicación de la duplicidad de los plazos de prescripción, tal como se encuentra regulado en la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal; que, por tanto, encontrándose sancionado el ilícito con una pena privativa no mayor a cuatro años, resulta que el plazo extraordinario de prescripción es de seis años, y con la dúplica del plazo para la prescripción, sería doce años. Que en el caso concreto, los hechos se habrían consumado en diciembre del dos mil seis, fecha desde que a la actual, en el caso concreto no han vencido los plazos prescriptorios; por lo que corresponde pasar a analizar la responsabilidad o irresponsabilidad de los encausados.

1.2. Siendo así, se aprecia que se imputa a los procesados, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Julián Fausto Leandro Guardia, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Aida Noemí Bendezú López y Javier Julián Espinoza Leandro, la comisión del delito de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos, toda vez que en su calidad de regidores de la Municipalidad Distrital de Mancos, en la Sesión Ordinaria de Concejo número cuarenta y tres, realizada el catorce de diciembre del dos mil seis, conforme se aprecia del acta de fojas ciento setenta y nueve y siguientes, aprobaron el gasto por el sesquicentenario aniversario de la creación política del distrito de Mancos, por la suma de cinco mil trescientos nuevos soles, por los conceptos de banda, castillo, brindis, misa y otros, emitiéndose posteriormente el Informe número cero tres guion dos mil siete guion GDM oblicua UT, de fojas trece, mediante el cual adjunta los comprobantes de pago obrantes a fojas catorce y siguientes, y se detalla que los gastos por dicho concepto ascienden a la suma de cinco mil cuatrocientos cincuenta y ocho nuevos soles con veintisiete céntimos, excediéndose en ciento cincuenta y ocho nuevos soles con veintisiete céntimos.

1.3. Que, si bien dicha autorización emitida por los regidores no correspondía con lo prescrito en el artículo ocho, inciso e) de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal dos mil seis - Ley número veintiocho mil seiscientos cincuenta y dos, que establecía que "queda prohibido todo tipo de gasto orientado a celebraciones o agasajos con fondos públicos" y el gasto por el aniversario no fue presupuestado en el PIA –Presupuesto Institucional de Apertura–, tal como concluye la pericia contable y su ampliatoria, obrante a fojas ciento setenta y tres y cuatrocientos sesenta y nueve, respectivamente, suscrita por las peritos Norka

Cochachín Flores y Tania Karina Lázaro Genebroso –las mismas que se ratificaron a fojas trescientos diecisiete y cuatrocientos sesenta y siete–; empero es de resaltar que los encausados, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Julián Fausto Leandro Guardia, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Aida Noemí Bendezú López y Javier Julián Espinoza Leandro, han señalado en el proceso a nivel preliminar e instrucción, y en sus agravios que, como el gasto por la celebración del aniversario del distrito no estaba presupuestado, se aprobó en la sesión de Concejo, fijándose un monto aproximado de cinco mil trescientos nuevos soles, en la que participaron todos los regidores (a nivel de juicio oral, indican que sí estaba presupuestado), lo cual consideran que se encuentra dentro de sus facultades, conforme les confiere la Ley de Municipalidades. Por lo que de lo expuesto se evidencia que el comportamiento desarrollado por los encausados estuvo premunido bajo la premisa de la existencia de un acuerdo de sesión de Concejo, es decir, el desembolso de dinero a fin de celebrar el aniversario del distrito de Mancos se efectuó en la creencia que se encontraba conforme a ley, no existiendo acreditación en el proceso que con el destino de los fondos se afectó la función o el servicio para el que el dinero había sido anteladamente destinado, constituyendo ello un requisito objetivo de punibilidad, razones por las que corresponde absolver a los procesados, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Julián Fausto Leandro Guardia, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Aida Noemí Bendezú López y Javier Julián Espinoza Leandro, de la acusación fiscal que pesa en su contra.

Por estos fundamentos: MI VOTO ES por que se declare: HABER NULIDAD en la sentencia del veintisiete de diciembre de dos mil once, de fojas seiscientos setenta y seis, en el extremo que condenó a Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia y Aida Noemí Bendezú López, por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente bajo reglas de conducta reformándola: se ABSUELVA a Javier Julián Espinoza Leandro, Jesús Cesáreo Pachas Mishti, Rudecindo Albino Sutizal Gonzáles, Julián Fausto Leandro Guardia –conforme se aprecia de su ficha de Reniec obrante a fojas doscientos cincuenta y cuatro– y Aida Noemí Bendezú López de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Mancos; se ordena el archivo definitivo de lo actuado y se anulen los antecedentes policiales y judiciales que dieron lugar al presente proceso; y los devolvieron.

S.S.

BARRIOS ALVARADO

Peculado por extensión: debe absolverse al acusado en casos de apropiación de bienes de exiguo valor patrimonial

Si bien la norma penal peruana no exige un monto mínimo para la configuración típica del delito de peculado, resulta cuestionable en los casos de apropiación de bienes públicos de exiguo valor patrimonial, supuestos que deben evaluarse de conformidad con los principios de mínima intervención, última ratio y subsidiariedad. En el presente caso, más allá de la configuración del delito, la posible afectación del bien jurídico (mediante la apropiación de S/. 194.00) no resulta una afectación grave a la Administración Pública si se considera que la obra se ejecutó satisfactoriamente.

El principio de lesividad limita el poder punitivo del Estado a aquellas acciones consideradas ilícitas no solo por la forma, sino por una concreta puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Debemos recordar que no solo el Derecho Penal debe intervenir en la protección de bienes jurídicos, sino también otros medios de control social (por ejemplo, el Derecho Administrativo sancionador), en tanto el Derecho Penal, al ser la última ratio, debe actuar cuando han fallado todos los demás controles sociales, en razón de las graves sanciones que impone.

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 269-2013-CAJAMARCA

Lima, diez de diciembre de dos mil catorce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Javier Arturo RAMÍREZ VERA, contra la sentencia del veintidós de octubre de dos mil doce –fojas mil ciento cuatro–; interviniendo como ponente el señor juez supremo PARIONA PASTRANA, de conformidad con lo opinado por la Fiscalía Suprema en lo Penal; CONSIDERANDO:

I. HECHOS IMPUTADOS

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal –fojas trescientos dieciocho–: el diecisiete de enero del años dos mil cinco, FONCODES suscribió el convenio

N° 04-2004-0180, por la suma de S/. 126,506.00 nuevos soles, con el Núcleo Ejecutor del Proyecto "Red Secundaria San José JBIC III" representados por los investigados Segundo Israel Delgado Barboza y Héctor Arévalo Burga, en el que FONCODES se comprometió a financiar el proyecto, habiendo celebrado en el Núcleo Ejecutor del Proyecto un Contrato de Locación de servicios con el también investigado Javier Arturo RAMÍREZ VERA, a efectos de que se desempeñe como residente en el ejercicio de dicho proyecto. Cabe precisar que dicho financiamiento fue una donación con cargo, por lo que su cumplimiento debería ser acreditado mediante liquidación final de dicha obra, ocurriendo que, de los informes remitidos a la Jefatura de FONCODES, tanto por el supervisor externo de la obra, ingeniero Julio Edwin Salas Gallegos, así como por la Supervisión Zonal a cargo del ingeniero Carlos Becerra Palomino, se ha tomado conocimiento de que dicha obra está concluida; sin embargo, los investigados hasta la fecha no han entregado la liquidación final de la indicada obra; razón por la que la Jefatura de FONCODES ha cursado sendas notificaciones y requerimientos notariales; empero, al no haber los investigados acudido u cumplido con sus obligaciones, haber sustentado con documentos fehacientes respecto a la culminación de aquella obra y que el dinero otorgado fue utilizado en su integridad en el proyecto citado.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO: El recurrente fundamentó su recurso de nulidad –fojas mil ciento once– señalando: i) No se configuran los elementos objetivos del delito de peculado. ii) No se cumplió con el principio de imputación necesaria, en tanto no basta señalar un determinado hecho, sino precisar el modo, espacio y tiempo en que este se llevó a cabo. iii) el supuesto monto apropiado –por no ser justificado con un documento contable– es de S/. 194, sin embargo, ello es errado en tanto la suma que supuestamente no se justificó es de S/. 8 nuevos soles, monto que fue anotado en el rubro de equipos. Asimismo, señalan que se aumentaron los sueldos de los funcionarios de la Municipalidad, sin embargo, no precisó cuanto es el referido aumento y quienes son los beneficiados. iv) Por lo señalado se puede afirmar que se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

III. EL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO: Para la resolución del presente recurso de nulidad resulta necesario precisar los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado y el de peculado por extensión –este último compete al caso en concreto–.

SEGUNDO: Se debe verificar la concurrencia de los elementos típicos del delito imputado por el Ministerio Público mediante medios probatorios suficientes que puedan quebrantar el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

TERCERO: Asimismo, resulta necesario precisar la importancia del principio y garantía constitucional de lesividad, principio rector del derecho penal, mediante el cual se limita la arbitrariedad del *ius puniendi* estatal.

A. EL DELITO DE PECULADO Y PECULADO POR EXTENSIÓN

PRIMERO: El delito de peculado propio se configura cuando el sujeto activo –necesariamente funcionario público– que en el contexto de una vinculación funcionarial con el caudal o efectos que se hallen en posición material o jurídica del bien, apropiándoselos, usando o sustrayéndolos de la esfera pública.

SEGUNDO: Los verbos rectores del delito de peculado son "apropia" o "utiliza", la configuración de dichos verbos rectores se darán en la medida de que exista una relación funcional entre el sujeto activo y la cosa, mediante la apropiación o utilización del bien se busca un beneficio para sí o para un tercero.

TERCERO: Es necesario precisar que la norma penal peruana no exige un monto mínimo para la configuración típica del delito, en la medida en que el bien jurídico protegido es la Administración Pública, sin embargo, la configuración del delito por la apropiación de bienes públicos de exiguo valor patrimonial resulta cuestionable, es por ello que resulta pertinente evaluar cada caso en concreto, en base a los principios que orientan el derecho penal peruano: mínima intervención, ultima ratio y subsidiariedad[1].

CUARTO: Mediante el tipo penal de peculado por extensión, regulado en el artículo 392 del Código Penal, se amplía el campo de sujetos activos de ciertos delitos, entre ellos el delito de peculado doloso, en tanto el delito también podrá ser cometido por particulares que se encuentren vinculados temporal o circunstancialmente con la Administración Pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o disposición por la autoridad competente[2].

QUINTO: Toda imputación y proceso penal debe estar dentro del marco delimitado por las garantías constitucionales, entre las cuales encontramos al principio de lesividad y la presunción de inocencia. Respecto a la primera garantía, el principio de lesividad, se puede afirmar que limita el poder punitivo del Estado a aquellas acciones consideradas ilícitas no solo por una realización forma, sino por una concreta puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado[3]. Debemos recordar que no solo el Derecho Penal puede intervenir exclusivamente en la protección de bienes jurídicos, sino otros medios de control social (por ejemplo el derecho administrativo sancionador), en tanto el derecho penal a de ser la ultima ratio, debe actuarse cuando han fallado todos los demás controles sociales, en razón de las graves sanciones que se imponen.

SEXTO: Asimismo, se debe resaltar la importancia del principio de presunción de inocencia: "El principio de presunción de inocencia se despliega transversalmente sobre todas las garantías que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. **Y, mediante él, se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias**

(1) Cfr. VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Admistración Pública*, 4ª edición, 2007, p. 503.
(2) Cfr. Con la STC. EXP. N° 1404-96 Ayacucho.
(3) Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, Derecho Penal - Parte General-, 4ª edición, Lima, 2013, p. 94.

o subjetivas, o en medios de prueba, en cuya valoración existen dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, de este modo termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable"[4].

B. EL RECURSO DE NULIDAD EN EL CASO CONCRETO

PRIMERO: De autos se observa que los fundamentos en los que se basa el presente recurso de nulidad, cuestiona la actividad probatoria de la Sala, calificándola de insuficiente para arribar a una sentencia condenatoria, y vulnerando el principio de presunción de inocencia. Por lo que corresponde verificar si los agravios en los que basa su recurso de nulidad tienen asidero legal.

SEGUNDO: De autos se aprecia que el sujeto activo de los hechos imputados sería el recurrente Ramírez Vera por razón de su cargo de ingeniero residente de obra, cargo del cual se desprendía su obligación de velar por la buena utilización de los recursos asignados, tener la dirección técnica de la obra, asesorar y fiscalizar la administración de los recursos de la obra, ello se desprende y queda debidamente certificado del contrato de locación de servicios –fojas dieciséis a dieciocho–.

TERCERO: Sin embargo, la sola disposición, administración o custodia de un bien público no configura el delito de peculado por extensión, pues debe verificarse una utilización o apropiación ilegal de determinado caudal o efecto para beneficio personal o de un tercero, en el caso concreto se tiene que la obra en cuestión "Red Secundaria San José JBIC III", se ejecutó y entregó satisfactoriamente –fojas sesenta y uno, y sesenta y dos–.

CUARTO: Sin embargo, a opinión de la Fiscalía el delito de peculado por extensión se configura en razón al monto pecuniario que se increpó haberse apropiado ilegalmente a RAMÍREZ VERA, que se acreditaría mediante el informe pericial contable N° 001-2003-PPC –fojas quinientos cuarenta y seis, a quinientos cincuenta–, en el cual se precisa una falta de dinero –no justificado–que asciende a S/. 194.15 nuevos soles.

QUINTO: Asimismo, se observa que en la sentencia recurrida en el fundamento octavo, la Sala precisa que se han presentado medios probatorios que justifican la suma pendiente de S/. 194.15 –fojas seiscientos noventa y tres a setecientos ochenta y ocho–; sin embargo, al a ver sido presentados con posterioridad al informe pericial, no se consideraron idóneos para desvirtuar el ya precisado informe pericial. El razonamiento de la Sala resulta errado, pues debieron valorarse los medios probatorios presentados por el recurrente en tanto representan la justificación del monto supuestamente apropiado.

(4) STC. EXP. N° 010-2002-AI/TC.

SEXTO: El delito imputado implica una utilización, o como se increpó en el caso concreto una apropiación de bien o efectos; considerando los fundamentos precedentes se puede afirmar que en el caso concreto no existen medios probatorios suficientes que demuestren la configuración del delito, en tanto el monto que se imputó haberse apropiado al recurrente, fue justificado con documentación pertinente que erróneamente no fueron valorados oportunamente por la Sala.

SÉTIMO: Aunado a ello se aprecia que la imputación fiscal no ha considerado el principio de lesividad, vinculado asimismo con los principios de subsidiariedad u fragmentariedad que rigen el proceso penal; más allá dela configuración o no del delito imputado se tiene que la posible afectación del bien jurídico - mediante la apropiación de un aproximado de S/. 194 nuevos soles, no resulta una afectación grave al bien jurídico Administración Pública, si se considera que el proyecto en cuestión se ejecutó y entregó satisfactoriamente, como se ha mencionado en considerandos anteriores; el control social que se realiza mediante el derecho penal solo se deberá dar en casos de graves afectaciones a bienes jurídicos tutelados.

IV. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

- HABER NULIDAD en la sentencia del veintidós de octubre de dos mil doce –fojas mil ciento cuatro–, que condena a Javier Arturo RAMÍREZ VERA como autor del delito contra la Administración Pública –peculado por extensión, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal– en agravio del Estado; y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida; reformándola:
- ABSOLVIERON a Javier Arturo RAMÍREZ VERA de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención.
- ORDENARON la anulación de sus antecedentes penales generados como consecuencia del presente proceso, y archivo definitivo de la presente causa, y los devolvieron.-

S.S.

VILLA-STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS.

Cohecho pasivo propio: no se acreditó que policía solicitó dinero al agraviado para no involucrarlo en una denuncia por robo

No se ha probado en forma fehaciente que el efectivo policial encausado haya solicitado dinero al denunciante para realizar un acto funcional indebido, puesto que solo existe la sindicación persistente de este, en el sentido de que aquel le pidió cinco mil nuevos soles para no involucrarlo en una investigación policial por delito de robo, sin que consten suficientes indicios periféricos y objetivos de cargo que acrediten su dicho. Además, el encausado niega persistentemente su responsabilidad penal, no pudiendo concluirse certera e indubitablemente que es responsable penalmente, al haberse generado duda razonable en el juzgador, por lo que es de aplicación el principio universal in dubio pro reo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1732-2010-AMAZONAS

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, contra la sentencia del veintiséis de enero de dos mil diez, de fojas trescientos setenta y cuatro, que absolvió a Gerson Ronald Barzola Saciga, de la acusación fiscal como autor del delito de corrupción de funcionarios, en su figura de cohecho pasivo propio, tipificado en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, en agravio del Estado; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

La Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción de funcionarios fundamentó su recurso de nulidad a fojas cuatrocientos veintitrés, sosteniendo que no se ha tomado en cuenta la declaración de Lucero Yngrit Díaz, quien en presencia del representante del Ministerio Público, señaló que el encausado se constituyó a su domicilio, siendo atendido por su conviviente Manuel Isidoro Pereda, quien en el

exterior de su casa le pidió dinero para que no lo lleve al calabozo, lo cual es corroborado con el acta de entrevista personal de Erik Moisés Tuesta Muñoz. Tampoco se tomó en cuenta la declaración de Ángel Petsa Astemio, quien indica que el domingo tres de diciembre de dos mil seis, anotó la denuncia de Manuel Isidoro Pereda en el cuaderno de ocurrencias de vigilancia del Juzgado de Condorcanqui. Tampoco se llevó a cabo la confrontación a nivel de instrucción y juicio oral, entre el encausado Gerson Ronald Barzola Saciga con el agraviado Manuel Isidoro Pereda Briceño, ni se ha recibido la declaración testimonial de Erik Moisés Tuesta Muñoz, por lo que el órgano jurisdiccional no ha recabado los elementos para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados, lo que acarrea la nulidad de la sentencia.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA

Que, según la acusación fiscal obrante a fojas trescientos seis, se le incrimina al encausado Gerson Ronald Barzola Saciga, la autoría del delito contra la Administración Pública, en su figura específica de cohecho pasivo propio, toda vez que el acusado antes nombrado en su condición de Jefe de la comisaría de Santa María de Nieva, ubicado en la provincia de Condorcanqui, ha solicitado al ciudadano Manuel Isidro Pereda Briceño, inicialmente la suma de cinco mil nuevos soles, para luego reducir el monto a la suma de dos mil nuevos soles, con la finalidad de no comprenderlo en la investigación policial, que se encontraba realizando argumentando para ello, que el investigado Eric Moisés Tuesta Muñoz, lo había involucrado en la comisión del delito de hurto agravado, en agravio de Rigoberto López Ticliahuanca; hecho que se produjo cuando el acusado Gerson Ronald Barzola Saciga, el tres de diciembre de dos mil seis, en horas de la madrugada, se dirigió al domicilio de Manuel Isidro Pereda Briceño, para comunicarle que el detenido Eric Moisés Tuesta Muñoz, lo sindicaba como el autor intelectual del delito de hurto agravado, y a fin de no comprometerlo en las investigaciones debía pagarle una suma de dinero; que la persona de Manuel Isidro Pereda Briceño, al no realizar el pago del dinero en las instalaciones de la comisaría de Santa María de Nieva, fue confrontado con Eric Moisés Tuesta Muñoz, quien previamente a esto fue preparado en el interior de su celda por el inculpado Gerson Ronald Barzola Saciga, para que lo involucre en el delito antes señalado.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. La normatividad de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo ocho punto dos, que encuentra respaldo en reiteradas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que "el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales; la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia del veintiséis de noviembre de dos mil diez, página setenta y tres, parágrafo ciento ochenta y dos). Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. En

el mismo sentido, La Sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso Giuliana Flor De María Llamoja Hilares (expediente número setecientos veintiocho - dos mil ocho - PHC/TC - Lima, del trece de octubre de dos mil ocho), señaló que "(...) el texto constitucional establece expresamente en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal e), que 'toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad'. Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene dicho estado o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y aquella debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal. El principio *in dubio pro reo,* por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a este (la absolución por contraposición a la condena). Si bien, el principio *in dubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución Política del Estado, también lo es, que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza de reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo uno de la Carta Fundamental). Que, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no quedó desvirtuada, manteniéndose incólume, y, en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que hubo prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda –la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas–. La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas –presunción de inocencia–, bien porque la insuficiencia de las mismas –desde el punto de vista subjetivo del juez– genera duda de la culpabilidad del acusado –*in dubio pro reo*–, lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente (...)".

3.2. En el presente caso, la incriminación que pesa sobre el procesado Gerson Ronald Barzola Saciga, se fundamenta principalmente con la sindicación de Manuel Isidoro Pereda Briceño, quien lo denunció por acta, conforme se aprecia a fojas dos, el día cuatro de diciembre de dos mil seis, así como en su manifestación policial, obrante a fojas cuatro, el acta de inspección y reconstrucción, de fojas diez, su declaración testimonial, obrante a fojas ciento sesenta y ocho, así como su ampliatoria, obrante a fojas doscientos cuarenta y ocho, sostuvo que el teniente Gerson Ronald Barzola Saciga en compañía de otro efectivo policial (al cual no reconoce), fue a su domicilio el día tres de diciembre del dos mil seis, en horas de la madrugada, indicándole que estaba incurso en una grave acusación por parte del detenido Tuesta, quien dos días antes había robado al señor Datsa, señalando que el autor intelectual del robo era el declarante, por lo que a fin de que no sea detenido le debía pagar al teniente cinco mil nuevos soles, ante ello, acompañó al teniente a

la comisaría, quien sacó al detenido del calabozo con el fin de que se confronte con el declarante, preguntándole "qué tipo de trabajo haces conmigo", respondiéndole el muchacho: "No te hagas Huamachuco", inmediatamente el teniente ordenó que lleven al calabozo al detenido y le dijo al declarante que estaba implicado y que le iba a hacer una rebaja, solicitándole dos mil nuevos soles, para que no aparezca en las declaraciones del detenido, lo cual aceptó, pero le dijo que le iba a entregar el dinero después del izamiento del pabellón; añadió en su declaración testimonial que después de sucedido los hechos, se encontró en la calle cerca al Juzgado con el señor Ángel Petsa Astemio, a quien le comentó lo sucedido, quien le dijo que iba a tomar nota. Lo cual concuerda con la ocurrencia del tres de diciembre de dos mil seis, de fojas veinte, suscrita por Ángel Petsa Astemio (Seguridad del Juzgado, el cual reconoció que suscribió dicho documento, en sus declaraciones testimoniales de fojas ciento noventa y ocho y doscientos cincuenta y cinco), en el cual se dejó constancia que el señor Manuel Isidoro Pereda Briceño, concurrió al Juzgado, informando que el señor teniente PNP Gerson Barzola Saciga, le pidió cinco mil nuevos soles a fin de no detenerlo, porque se encontraba implicado en un delito grave, ya que trabaja con el joven detenido Tuesta, posteriormente, le pide dos mil nuevos soles. Asimismo, la esposa de Manuel Isidoro Pereda Briceño, Lucero Yngrit Quispe Díaz, ha referido en su manifestación policial, de fojas ciento nueve, y en su declaración testimonial, de fojas ciento setenta y tres, que observó cuando el procesado acudió a su domicilio, solicitándole a su esposo que le entregue dinero, a fin de que no sea detenido, identificándolo porque si bien era de noche, no estaba tan oscuro, porque había luna llena y su conviviente tenía una linterna. Al respecto, cabe precisar que la declaración de Ángel Petsa Astemio, solo acredita que el testigo Pereda Briceño, quería denunciar el hecho materia de procesamiento y la declaración de Lucero Yngrit Quispe Díaz no genera convicción, porque es su conviviente y refirió que puede reconocer al encausado a pesar que era de noche, porque no estaba tan oscuro, ya que había luna llena y además, su conviviente tenía una linterna.

3.3. Sin embargo, el testigo Erik Moisés Tuesta Muñoz en su manifestación policial, de fojas sesenta y uno, negó conocer a Manuel Isidoro Pereda Briceño, que no lo ha ido a visitar cuando se encontraba detenido, ni le ha referido tales frases, encontrándose detenido hasta el día tres de diciembre de dos mil seis, por ende no se ratifica en su declaración brindada ante el fiscal, obrante a fojas ocho (en la que indicó que el teniente le dijo que tenía que decir al señor Pereda Briceño: "Huamanchuco no te hagas", refiriéndose a la droga, de lo contrario le iban a pegar). Lo cual se corrobora con su manifestación policial, obrante a fojas treinta y siete, del dos de diciembre de dos mil seis, en la que relató la forma y circunstancias en la que perpetró el hurto en agravio del señor Datsa, precisando que él solo planificó el hecho delictivo, no participando alguna otra persona.

3.4. Aunado a ello, se tiene la negativa persistente del proceso Gerson Ronald Barzola Saciga –ver su manifestación policial, en presencia del representante del Ministerio Público, a fojas setenta y siete, en su declaración instructiva de fojas ciento sesenta y dos, en la diligencia de confrontación con Manuel Isidoro Pereda Briceño de fojas noventa y siete y su declaración brindada en juicio oral, obrante a

fojas trescientos sesenta–, quien refiere que el día tres de diciembre, desde la media noche a las tres de la madrugada se encontraba pernoctando en la comisaría, que no ha acudido al domicilio del señor Manuel Isidoro Pereda Briceño, que este no se encuentra involucrado en la investigación relacionada con la persona de Erick Moisés Tuesta Muñoz, por su presunta participación en el delito contra el Patrimonio, Hurto agravado, que presume que esta persona quiere crearle una mala imagen; añade en su declaración instructiva que resulta contradictorio lo afirmado por el denunciante, a quien conoce con el apelativo de "Huamachuco", y quien en dos oportunidades se ha acercado a la comisaría a indagar sobre hechos relacionados con drogas.

3.5. Estando a lo expuesto, se vislumbra que no se ha probado en forma fehaciente que el procesado Barzola Saciga haya aceptado o recibido el dinero, para realizar un acto funcional indebido (tal como lo establece el Recurso de Nulidad número cinco mil ciento treinta y cuatro guion dos mil seis, del veintisiete de abril de dos mil siete), puesto que solo existe la sindicación persistente de Manuel Isidoro Pereda Briceño, no existiendo suficientes indicios periféricos y objetivos de cargo que acrediten su dicho, ya que el testigo Erik Moisés Tuesta Muñoz en su manifestación policial, de fojas sesenta y uno, negó conocer a Manuel Isidoro Pereda Briceño, que no lo han ido a visitar cuando se encontraba detenido, ni le ha referido tales frases, lo cual concuerda con su manifestación policial brindada en el caso del hurto agravado perpetrado en perjuicio del señor Datsa, obrante a fojas treinta y siete, del dos de diciembre de dos mil seis, en la que relató la forma y circunstancias en la que perpetró dicho delito, no haciendo mención al señor Manuel Isidoro Pereda Briceño, y en el que precisó que él solo planificó el hecho delictivo y no participó alguna otra persona; aunado a ello, se tiene la negativa persistente de responsabilidad del inculpado, no pudiendo concluir certera e indubitablemente respecto a su responsabilidad penal, tal como lo exige el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis. En consecuencia, se ha generado duda razonable en el Juzgador, por tal motivo, es de aplicación el principio universal *in dubio pro reo*, contemplado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; siendo así, este Supremo Tribunal considera que la sentencia recurrida se encuentra con arreglo a Ley.

Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia del veintiséis de enero de dos mil diez, de fojas trescientos setenta y cuatro, que absolvió a Gerson Ronald Barzola Saciga, de la acusación fiscal como autor del delito de corrupción de funcionarios, en su figura de cohecho pasivo propio, tipificado en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
CEVALLOS VEGAS

Cohecho pasivo específico: se acreditó que perito solicitó dinero a justiciable para favorecerlo

El segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal extiende el ámbito de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo a los peritos y árbitros. En el primer caso, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativo, por ser de competencia de un magistrado, fiscal o autoridad competente, su informe debe estar sometido al principio de objetividad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N.° 2773-2013-HUÁNUCO

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Luis Abel Arcos Lazo, contra la sentencia de fecha veintitrés de julio de dos mil trece, de fojas setecientos ochenta y ocho, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado - Ministerio Público y Flavio Froilán Leiva Honores, a ocho años de pena privativa de libertad.

Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que el recurrente, en su escrito formalizado de fojas ochocientos once, cuestiona la sentencia condenatoria dictada en su contra. Argumenta que no puede ser autor del delito contra la Administración Pública, por no tener la condición de funcionario o servidor público, pues no es perito oficial del Estado; aún más, su sola designación como perito no lo equipara como autor de un delito especial. Tampoco se ha tenido en cuenta que no se evacuó pericia alguna, menos aún que haya sido merituada por la autoridad pública competente, y que haya influido

en la decisión final. Añade que recibió el dinero en virtud a un trabajo que iba a realizar; esto es, una pericia de parte.

SEGUNDO. Que conforme se tiene de la acusación fiscal, de fojas seiscientos sesenta y ocho, se atribuye al procesado Luis Abel Arcos Lazo haber solicitado a Segundo Froilán Honores la suma de ochocientos nuevos soles, con la finalidad de favorecerlo en la decisión pericial que la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Huánuco le había encargado realizar, en la investigación preliminar seguida en contra de Froilán Honores, para determinar si tiene responsabilidad penal en la comisión del delito contra la Fe Pública y otros, en agravio de Marisol Gómez Mallqui; y poder establecerse si la firma y huella dactilar que aparecían en una escritura pública pertenecían o no a la presunta agraviada del delito de falsificación.

TERCERO. Que el segundo párrafo, del artículo trescientos noventa y cinco, del Código Penal, propende una extensión de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo, comprendiendo también a los peritos y árbitros. En el primer caso, referido a los peritos, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativo, por ser de competencia de un Magistrado, Fiscal o autoridad competente, su informe debe estar sometido al principio de objetividad.

CUARTO. Que cabe precisar, que el recurrente no cuestiona la autenticidad del acta de registro personal e incautación de fojas quince a veintidós, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil tres, en donde se consigna que personal policial, en presencia del representante del Ministerio Público, como consecuencia del operativo organizado y ejecutado, en virtud a una denuncia formulada por Segundo Flavio Froilán Honores, halló en el bolsillo del imputado la suma de ochocientos nuevos soles, que el encausado había solicitado a Froilán Honores para favorecerlo en el dictamen pericial que iba a expedir.

Durante sus declaraciones ha sido persistente en explicar, como argumento de defensa, que dicho dinero lo recepcionó de Froilán Honores, en atención a que le había solicitado realizar una pericia de parte. Esta explicación es entendible, pues debido a la contundencia de las pruebas obtenidas durante su intervención, no podía negar que fue sorprendido con dinero de una de las partes procesales. Aunado a ello, es inaceptable su argumento cuando de los actuados, a fojas veintiocho, se observa la resolución de designación de fecha siete de octubre de dos mil diez, como perito oficial de la Fiscalía. Posteriormente, fue requerido el día diecisiete de diciembre de dos mil diez, de fojas treinta, para la aceptación del cargo, requerimiento que se reiteró el día veintitrés de diciembre de dos mil diez, de fojas treinta y tres, provocando que este, con fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, mediante escrito de fojas treinta y dos, aceptó el cargo de perito oficial, antes de su intervención y del requerimiento económico que le hacía a Froilán Honores para favorecerlo.

QUINTO. Que el tipo penal en comentario se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla vinculado por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado, como lo pretende objetar el procesado. En similar sentido, debe merituarse el hecho de que se haya o no expedido el dictamen pericial favorable.

Por tales razones, los agravios propuestos por el recurrente devienen en inatendibles; pues lo cierto es que está suficientemente probada la solicitud de dinero, a la cual el procesado pretende dar otra connotación, como lo es la ejecución de una pericia de parte, cuando tenía expreso conocimiento que desde meses antes había sido designado como perito por la autoridad fiscal, conforme se infiere del cargo de notificación de fojas treinta y uno, de fecha diecisiete de diciembre de dos mil diez, data anterior a la fecha en que ocurrieron los hechos.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha veintitrés de julio de dos mil trece, de fojas setecientos ochenta y ocho, que condenó a Luis Abel Arcos Lazo como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado - Ministerio Público y Flavio Froilán Leiva Honores, a ocho años de pena privativa de libertad, la misma que vencerá el veintidós de julio de dos mil veintiuno; con lo demás que sobre el particular contiene, los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO

Enriquecimiento ilícito: intervención posterior de terceros para ocultar el patrimonio del funcionario no constituye un acto de complicidad

El enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber porque la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado, existiendo una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que origina el surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no solo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de lesión.

La participación del extraneus *que se presente con posterioridad a los hechos de enriquecimiento ilícito y que consista en actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial –v. gr. cuando se coloca a terceros como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito– no constituyen actos de complicidad o de colaboración para la ejecución, pues el delito ya se consumó. En todo caso, esta aportación posterior configurará un delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso.*

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1051-2011-LIMA

Lima, siete de diciembre de dos mil once

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; los recursos de nulidad interpuestos: a) por el acusado Yanqui Cervantes y el Procurador Público ad hoc contra la sentencia condenatoria de fojas once mil ciento ochenta del catorce de mayo de dos mil diez –tomo diecinueve–; y b) por los procesados Jave Huangal, Montesinos Torres y el Procurador Público Ad Hoc, contra la sentencia condenatoria de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez –tomo veintidós–; de conformidad en parte con los dictámenes del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con relación a la primera sentencia, el acusado Yanqui Cervantes en su recurso formalizado de fojas once mil cuatrocientos treinta y tres –tomo nueve–, sostiene que dicha decisión final le causa agravio, ya que no se consideró como ingreso percibido los montos por combustible, chofer, mayordomo y la ganancia obtenida por las ventas del vehículo Mercedes Benz, y del lote ubicado en Las Conchitas; así como la venta de acciones de Casalino, y se estimó como egresos los depósitos bancarios por ciento veintitrés mil quinientos cincuenta y cinco dólares americanos con noventa y cuatro centavos en mil novecientos noventa y cuatro; que en algunos casos se omitió analizar sobre sus argumentos de defensa y en otros se sustenta la condena con argumentos subjetivos, vulnerándose el principio de motivación de las resoluciones judiciales; siendo que al no estar acreditado el desbalance de su patrimonio solicita ser absuelto de la acusación fiscal. Por su parte, el Procurador Público Ad Hoc en su recurso formalizado de fojas once mil cuatrocientos noventa y cuatro –tomo veinte– sostiene que en el presente proceso se encuentra plenamente acreditada la responsabilidad penal del sentenciado Yanqui Cervantes, exteriorizada en un desbalance patrimonial ascendente en su totalidad, desde mil novecientos noventa y dos al dos mil, a un millón doscientos sesenta mil quinientos siete nuevos soles con noventa y tres céntimos, por lo que impugna el monto de la reparación civil, que comprende no solo dicho desbalance, sino también los intereses legales y el daño moral causado al Estado peruano, por lo que solicita que dicho concepto se incremente en cinco millones de nuevos soles.

SEGUNDO: Que, en cuanto a la segunda sentencia, el acusado Jave Huangal en su recurso formalizado de fojas trece mil setecientos cuarenta y seis –tomo veintitrés–, arguye que el Colegiado no tomó en cuenta la pericia de parte y el informe técnico contable que desvirtúan la imputación del cargo de enriquecimiento ilícito; asimismo, no consideró como sus ingresos los arriendos, beneficios y préstamos percibidos; que desde mil novecientos noventa y cuatro a la actualidad han transcurrido más de dieciséis años desde el momento de la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, por lo que se excedió el plazo extraordinario de prescripción, que en este caso es de quince años, por lo que debió declararse de oficio extinguida la acción penal; no pudiendo operar la duplicidad del plazo por cuanto en este delito no se afecta directamente el patrimonio estatal además esta figura recién se insertó en el Código Penal en setiembre de mil novecientos noventa y cuatro; que el veinte de febrero de dos mil tres formuló ante el Juzgado observaciones a la pericia de oficio, sin que se haya resuelto; que al instalarse la audiencia en setiembre de dos mil cuatro la defensa ofreció un nuevo perito a fin de que amplíe el peritaje de parte debido a que no se había considerado un examen del movimiento financiero, no obstante la Sala Superior de manera ilegal exigió la presentación de la pericia; que los ingresos y egresos presentaban un balance positivo a su favor, habiéndose desvirtuado el supuesto desbalance patrimonial por lo que solicita ser absuelto de la acusación fiscal; y la defensa técnica del acusado Orlando Montesinos Torres en su recurso formalizado de fojas trece mil ochocientos siete –tomo veintitrés–, sostiene que se infringió el debido proceso al no haberse dado una correcta apreciación de las pruebas que obran en el proceso como los testimonios, peritajes, documentos,

y porque se dispuso la realización de una ilegal segunda pericia contable, desconociendo la prueba de cargo ya actuada por el Ministerio Público y negando el examen pericial solicitado; asimismo, se vulneró el principio de legalidad porque consideró que el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito tiene como elementos típicos la justificación (o no justificación), la presunción del citado ilícito en función a un desbalance patrimonial con base en la declaración de bienes y rentas y al requerimiento; igualmente, se vulneró el principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales, dado que el Tribunal de instancia incurrió en incoherencia argumentativa, al efectuar fundamentaciones contradictorias con sus propias conclusiones numéricas sobre el balance patrimonial; y se infringió el principio de la presunción de inocencia de su patrocinado porque, según la concepción dogmática del tipo penal del delito invocado, los integrantes del órgano jurisdiccional superior consideraron que es un delito de no justificación de la licitud del patrimonio, con lo que consagraron una presunción de culpabilidad en contra de lo que establece la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos; por lo que al no existir pruebas respecto a la comisión del delito, ni sobre la vinculación de su defendido, corresponde su absolución. Igualmente, el Procurador Público Ad Hoc en su recurso formalizado de fojas trece mil setecientos ochenta y ocho –tomo veintitrés– afirma que el Colegiado omitió ciertas cantidades de dinero que abonaron al desbalance patrimonial de los sentenciados Orlando Montesinos Torres, Jave Huangal y Rivas Luna de Jave; que el monto fijado por reparación civil es insuficiente, pues no se tomó en cuenta que el desbalance patrimonial de los procesados es mayor, por lo tanto, debe incrementarse dicho concepto al no constituir la suma impugnada, un monto reparador para el gran daño ocasionado al Estado.

TERCERO: Que, en la acusación fiscal de fojas dos mil trescientos noventa y uno –tomo cuatro–, aparece lo siguiente: i) Vladimiro Montesinos Torres desde su cargo como asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, ejerció un control absoluto sobre el aparato estatal, contando para ello con la autorización del Presidente de la República, encontrándose dentro de las facultades delegadas por el gobernante de turno, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, la designación de oficiales que serían promovidos al grado inmediato superior dentro de su institución armada, como se puede apreciar en la transcripción de los videos mil doscientos noventa y nueve y mil trescientos uno además de los signados con los números mil trescientos y mil trescientos dos. Es así que haciendo abuso de dicha atribución favoreció, vulnerando los procedimientos establecidos por el Ejército peruano, a sus coprocesados en su mayoría excompañeros de promoción de la Escuela Militar, como Walter Ramón Jave Huangal, Carlos Indacochea Bollón, Walter Chacón Málaga y Luis Delgado de la Paz, además de su hermano Orlando Montesinos Torres y su esposa Estela Alicia Fátima Mariela Zimmermann Delgado, su cuñado Luis Alberto Cubas Portal, por ser esposo de Karelia Montesinos Torres, Juan Yanqui Cervantes y Abraham Cano Angulo, habiéndolos colocado en cargos estratégicos dentro de la jerarquía del Ejército peruano, desde donde aprovecharon sus cargos para enriquecerse ilícitamente durante el periodo mil novecientos noventa al dos mil, lo que se demuestra con el desbalance patrimonial que se observa en

las pericias que obran en autos, quedando comprometidos con el procesado Montesinos Torres para acceder a sus requerimientos económicos y funcionales cuando este lo considerase conveniente. ii) Se determinó que Juan Yanqui Cervantes, oficial del Ejército peruano en retiro, que fuera favorecido por Montesinos Torres colocándolo en puestos claves dentro de su institución, como Director de la Dirección de Inteligencia del Ejército desde mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, luego en mil novecientos noventa y nueve fue nombrado Comandante de la Región Militar de Bagua y Comandante General del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército - Coinde, habiéndose conocido con Vladimiro Montesinos cuando en mil novecientos noventa y cuatro fue asignado como Director Nacional del Frente Interno en el Servicio de Inteligencia Nacional, siendo que durante su desempeño como oficial militar adquirió diversas propiedades, en sociedad conyugal, además de abrir cuentas bancarias a su nombre en forma conjunta con su esposa Carmen Julia Martínez de Yanqui; del mismo modo, su hija María Esther Yanqui Martínez compró el inmueble ubicado en la avenida Nazarenas número quinientos sesenta y siete - Las Gardenias, el veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, por setenta mil dólares, habiendo cancelado el precio señalado mediante la donación de treinta mil dólares de su abuelo materno Alberto Martínez Vásquez, en tanto que el resto de dinero le fue entregado por su padre Juan Yanqui Cervantes; sin embargo, en el dictamen pericial se evidenció un desbalance patrimonial entre los ingresos debidamente obtenidos por el citado oficial y las inversiones o egresos realizados durante el periodo mil novecientos noventa y dos al dos mil. iii) En cuanto a Walter Ramón Jave Huangal, se tiene que como compañero de promoción de Montesinos Torres fue favorecido con altos cargos en el Ejército, como Inspector General del Ejército, Presidente de la IV Zona Judicial del Ejército, Director Nacional de Frente Interno del Servicio de Inteligencia Nacional, Jefe de Servicio de la Intendencia del Ejército, Jefe del Estado Mayor en la V Región Militar y Comandante General de Instrucción y Doctrina del Ejército (Coinde), habiéndose evidenciado un desbalance patrimonial entre sus ingresos como oficial del Ejército peruano y los vehículos y bienes inmuebles que registra a su nombre, o conjuntamente con su esposa Carmen Rivas Luna de Jave, en las ciudades de Iquitos y Lima, además de las cuentas bancarias, valores y fondos mutuos que se verifican y detallan según el informe pericial de fojas mil cuatrocientos sesenta y ocho –tomo tres–. iv) Con relación a Orlando Montesinos Torres, hermano de Vladimiro Montesinos Torres, este se desempeñó como Jefe de la Unidad de Presupuesto de la Oficina de Economía del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, advirtiéndose en el punto dos del informe pericial de fojas ciento noventa y cuatro –tomo uno–, que desde mil novecientos noventa y siete en que se inician sus operaciones bancarias se originó un desbalance patrimonial acumulado de setenta y un mil ochocientos cincuenta y cinco dólares americanos con cincuenta y nueve centavos, asimismo, se establece que carece de documentación sustentatoria respecto a los préstamos realizados a Green Ortiz y Soto Delgado, y sin tomarlos en cuenta, existiría un déficit que se originó en mil novecientos noventa y tres por nueve mil quinientos cincuenta dólares americanos con dieciséis centavos y

un desbalance acumulado desde mil novecientos noventa y tres al año dos mil, de ciento diecinueve mil trescientos cinco dólares americanos con diecinueve centavos.

CUARTO: Que, los ámbitos materia de pronunciamiento se delimitan: a) respecto a las impugnaciones promovidas por el encausado Yanqui Cervantes y la parte civil contra la sentencia de fojas once mil ciento ochenta –tomo diecinueve–, del catorce de mayo de dos mil diez, –extremos de la condena y reparación civil, respectivamente–; b) con relación a las impugnaciones interpuestas por los acusados Jave Huangal, Montesinos Torres y la parte civil, contra la sentencia de fojas trece mil setenta y uno –tomo veintidós–, del siete de diciembre de dos mil diez –extremos de la condena y reparación civil, respectivamente-.

QUINTO: Que, en lo referente al primer ámbito, de la revisión y análisis de autos, se advierte que tanto el delito –enriquecimiento ilícito– cuanto la responsabilidad penal del encausado Yanqui Cervantes, están acreditados con el balance patrimonial efectuado respecto a sus ingresos y egresos –fojas mil quinientos diecinueve, tomo tres–, en su ampliación –fojas cuatro mil ochocientos noventa y dos, tomo once–, en la que los peritos luego del análisis de los documentos que obran en autos concluyeron que no existen documentos adicionales que permitan variar los comentarios y conclusiones de su primer informe, por lo que evidenciándose un desbalance patrimonial, la condena impuesta se encuentra conforme a ley.

SEXTO: Que si bien frente a dicha conclusión de culpabilidad, existe la negativa del recurrente –ver fojas ochenta y uno, ciento veintinueve, ochocientos sesenta y nueve, tomo dos, mil trescientos diecinueve, tomo tres y tres dos mil ochenta y uno, torno seis–, sin embargo, no probó el origen legítimo de los bienes que posee, por lo que las pruebas plenas existentes como los bienes patrimoniales, inmuebles, cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera, vehículos y por supuesto el desequilibrio entre sus posibles ingresos y su patrimonio, no hacen más que revertir su presunción de inocencia, por lo que los agravios consignados en su recurso impugnatorio resultan infundados.

SÉPTIMO: Que, referente a la cuestión previa, se tiene que la defensa técnica del acusado Jave Huangal en su escrito de fojas catorce mil veintinueve –tomo veintitrés–, al amparo del artículo cuatro del Código de Procedimientos Penales, deduce cuestión previa, con base en que en el delito de enriquecimiento ilícito, la denuncia debe ser interpuesta por el Fiscal de la Nación, lo que no se realizó en el presente proceso; que si bien es cierto el citado dispositivo legal señala que la cuestión previa procede cuando no concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa, no obstante, tal omisión inicial fue regularizada por la Fiscalía de la Nación a través de la resolución número ochocientos dieciséis-dos mil dos-MP-FN, del veinte de mayo de dos mil dos, es decir, hace más de nueve años, tiempo en el cual los implicados y sus defensas no hicieron mayor objeción a dicha subsanación, más aún si el abogado patrocinante del encausado, don Lucas Luis López Pérez, es el mismo que asesoró al recurrente en la etapa de instrucción, habiéndose, por lo tanto, convalidado tal regularización; por lo que dicho medio técnico de defensa debe desestimarse.

OCTAVO: Que, en cuanto a la impugnación del monto de la reparación civil, en el primer ámbito, se advierte que en la sentencia recurrida se fijó la suma de cien mil nuevos soles, lo cual satisface los presupuestos señalados por el artículo noventa y tres del Código Penal, que comprende el daño causado y la indemnización derivada de aquel, por lo que dicho extremo se encuentra arreglado a ley.

NOVENO: Que, con relación al segundo ámbito, se tiene que si bien los encausados Jave Huangal [fojas setenta y cuatro, ciento trece, ciento veinticuatro, ciento setenta y seis –tomo uno–, tres mil setecientos cincuenta y cuatro –tomo siete–], y Montesinos Torres [fojas ochenta y seis, ochenta y nueve, ciento tres, ciento cinco, ciento treinta y cinco –tomo uno–, mil cuatrocientos dieciocho, tres mil novecientos setenta y siete –tomo ocho–], rechazan los cargos incoados en su contra; empero, el desbalance patrimonial existente en el encausado Jave Huangal asciende a seiscientos cuarenta y tres mil setecientos sesenta y seis dólares americanos con ochenta y tres céntimos de dólar, y en cuanto a Montesinos Torres, es de seiscientos noventa y cinco mil setecientos setenta y cuatro dólares americanos con cincuenta y tres céntimos de dólar, conforme se advierte de las pruebas documentales que obran en autos y que han sido materia de un análisis exhaustivo por el Tribunal de Instancia.

DÉCIMO: Que, en consecuencia, los elementos de descargo señalados por los encausados Jave Huangal y Montesinos Torres, en sus recursos impugnatorios carecen de fundamentos valederos que desvirtúen la conclusión de culpabilidad señalada precedentemente, por lo que es de inferir que la condena impuesta a estos se encuentra conforme a ley.

DECIMOPRIMERO: Que, con relación al monto impugnado por la parte civil respecto al segundo ámbito, se observa que el mismo comprende los presupuestos fijados en el artículo noventa y tres del Código Penal, que alcanza el daño causado y la indemnización derivada de aquel, por lo que tal extremo también se encuentra arreglado a ley.

DECIMOSEGUNDO: Que, en lo concerniente a la excepción de prescripción deducida por el imputado Jave Huangal en su recurso impugnatorio, se advierte que por dicho medio técnico de defensa se extingue la posibilidad de persecución procesal del hecho imputado por el transcurso del tiempo, lo cual opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad, y de dos años si el delito es sancionado con pena no privativa de libertad, caso de la denominada prescripción ordinaria –artículo ochenta del Código Penal–. Sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público o el órgano judicial, la acción penal prescribe de manera extraordinaria al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo ochenta y tres del Código sustantivo.

DECIMOTERCERO: Que, en el caso sublitis, el ilícito atribuido al excepcionante se trata de un delito continuado, conforme a lo previsto en el artículo cuarenta y nueve del Código Penal, iniciado desde el año mil novecientos noventa,

y que concluyó en el año dos mil; por lo que en atención a las penas previstas en la ley para el delito de enriquecimiento ilícito [privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años], conforme al artículo cuatrocientos uno del Código sustantivo, es de inferir que el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, a la actualidad no se encuentra vencido. Por estos fundamentos, declararon, **POR MAYORÍA: I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas once mil ciento ochenta, del catorce de mayo de dos mil diez –tomo diecinueve–, que por mayoría condenó a Juan Yánqui Cervantes como autor del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios– enriquecimiento ilícito en agravio del Estado a siete años de pena privativa de libertad, y fijó en cien mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor del Estado; con lo que demás que contiene; **II. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez, en el extremo que condenó a Walter Ramón Jave Huangal y Orlando Montesinos Torres, como autores del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios– enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, impuso por unanimidad a los dos primeros siete años de pena privativa de libertad para cada uno, y fijó en cinco millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, que deberán pagar en forma solidaria los sentenciados Jave Huangal y Montesinos Torres a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; **III. INFUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal, deducida por el acusado Jave Huangal; **IV. INFUNDADA** la cuestión previa formulada por la defensa técnica del encausado Jave Huangal; y los devolvieron.

SS.

PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

EL VOTO DEL SEÑOR JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO, RESPECTO A LA CONDENA DE LOS INCULPADOS JUAN YANQUI CERVANTES, WALTER RAMÓN HUANGAL Y ORLANDO MONTESINOS TORRES ES COMO SIGUE:

Lima, siete de diciembre de dos mil once

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los siguientes sujetos procesales: [i] el acusado Juan Yanqui Cervantes y el Procurador Público Ad Hoc contra la sentencia de fojas once mil ciento ochenta, del catorce de mayo de dos mil diez, que condenó al primero por delito contra la Administración Pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado a siete años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el periodo de tres años, así como fijó en cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; [ii] los acusados Walter Ramón Jave Huangal, Orlando Montesinos Torres y el Procurador Público Ad Hoc contra la sentencia de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez, que condenó a los dos primeros por delito contra

la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado a siete años de pena privativa de libertad a los dos primeros y cuatro años suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años a la tercera de las mencionadas, inhabilitación por el periodo de tres años, así como fijó en cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente los condenados Walter Ramón Jave Huangal y Carmen Rivas Luna de Jave a favor de la entidad agraviada, y la misma cantidad el sentenciado Orlando Montesinos Torres a favor del Estado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

I. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO: Que el inculpado Juan Yanqui Cervantes en su recurso formalizado de fojas once mil cuatrocientos treinta y tres alega lo siguiente: **A.** No se consideró como parte de sus ingresos percibidos los que recibió por concepto de combustible, chofer, mayordomo y la ganancia obtenida por las ventas de un vehículo Mercedes Benz y de un lote ubicado en las Conchitas, así como por la negociación de acciones de la empresa "Casalino" y se estimó como ingresos los depósitos bancarios por ciento veintitrés mil quinientos cincuenta y cinco dólares americanos con noventa y cuatro centavos de dólar, en el año de mil novecientos noventa y cuatro. **B.** En algunos casos se omitió analizar los argumentos de su defensa técnica y en otros se sustentó la condena con argumentos subjetivos, lo que vulneró el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Por lo tanto, en el expediente no se acreditó el desbalance de su patrimonio.

SEGUNDO: Que el Procurador Público Ad Hoc en su recurso formalizado de fojas once mil cuatrocientos noventa y cuatro alega que el monto de la reparación civil impuesto contra el sentenciado Juan Yanqui Cervantes es ínfimo y no se estimó que el desbalance patrimonial ascendió a un millón doscientos sesenta mil quinientos sesenta y siete nuevos soles con noventa y tres céntimos. Añade que se tiene que considerar además los intereses legales y el daño moral que se generó al Estado, por lo que este concepto debe incrementarse hasta cinco millones de nuevos soles.

TERCERO: Que el acusado Walter Ramón Jave Huangal en su recurso formalizado de fojas trece mil setecientos cuarenta y seis alega lo siguiente: **A.** El Tribunal Superior no consideró el examen pericial de parte que presentó y el informe técnico contable, que desvirtuaron la imputación del representante del Ministerio Público por el delito de enriquecimiento ilícito. **B.** Tampoco se estimó sus ingresos por concepto de arriendos, beneficios y préstamos que recibió. **C.** Presentó un escrito formulando observaciones al dictamen pericial oficial, pero su petitorio nunca fue resuelto. **D.** El examen de los ingresos y egresos establecieron un balance positivo a su favor, lo que descartó el presunto desbalance patrimonial que le atribuyó el fiscal. **E.** El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra prescrito, pues los hechos ocurrieron en el año de mil novecientos noventa y cuatro e incluso ha trascurrido en exceso el plazo extraordinario de prescripción: quince años. Por lo tanto, debe declararse de oficio extinguida la acción penal. **F.** Asimismo, deduce una cuestión previa –por escrito de fojas catorce mil veintinueve– y afirma que se omitió un requisito de

procedibilidad en la promoción de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, pues según el artículo cincuenta y uno de la Constitución Política del Perú, el Fiscal de la Nación es el encargado de formular los cargos ante el Poder Judicial, no obstante, en el caso concreto lo hizo el Fiscal Provincial Penal. Añade que se trató de regularizar esa infracción con la emisión de la Resolución número ochocientos dieciséis - dos mil dos - MP - FN, del veinte de mayo de dos mil dos, por medio de la cual se delegó a las Fiscalías Provinciales Penales las investigaciones por el delito de enriquecimiento ilícito. Por lo tanto, solicita la nulidad del proceso.

CUARTO: Que el imputado Orlando Montesinos Torres en su recurso formalizado de fojas trece mil ochocientos siete alega lo siguiente: A. No se valoró correctamente los testimonios, peritajes y documentos que obran en el expediente. B. Se ordenó ilegalmente que se realice una segunda pericia contable, a pesar de que la prueba de cargo ya había sido ofrecida por el Ministerio Público. C. La sentencia contiene fundamentaciones contradictorias con las conclusiones respecto al desbalance patrimonial, lo que afectó la debida motivación de las resoluciones judiciales.

QUINTO: Que el Procurador Público Ad Hoc en su recurso formalizado de fojas trece mil setecientos ochenta y ocho alega que el monto de la reparación civil impuesto contra los sentenciados Walter Ramón Jave Huangal, Orlando Montesinos Torres y Carmen Rivas Luna de Jave es ínfimo y en la sentencia no se consideró ciertas cantidades de dinero que abonaron al desbalance patrimonial.

II. IMPUTACIÓN

SEXTO: Que se imputa a los acusados Walter Ramón Jave Huangal, Juan Yanqui Cervantes y Orlando Montesinos Torres, oficiales retirados del Ejército peruano –los dos primeros– y Jefe de la Oficina de Presupuesto del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, respectivamente, haber incrementado ilícitamente sus patrimonios durante el ejercicio de sus funciones en los periodos de mil novecientos noventa - dos mil, pues no pudieron justificar con sus ingresos remunerativos como funcionarios públicos la acumulación de sus bienes. Asimismo, se incriminó a la acusada Carmen Rivas Luna de Jave haber colaborado con su cónyuge, el inculpado Walter Ramón Jave Huangal, para ocultar el patrimonio ilícitamente obtenido a través de la adquisición de bienes inmuebles, acciones, títulos y valores, así como con la creación de empresas y aperturas de cuentas bancarias mancomunadas en nombre propio y con depósitos que excedían los ingresos percibidos por la sociedad conyugal. Esta conducta fue tipificada como delito contra la Administración Pública, en su modalidad de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal.

III. CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO

A. CUESTIONES JURÍDICAS

a.1. Rango de las normas jurídicas

SÉTIMO: Dentro de la jerarquía normativa, la Constitución Política del Perú es la máxima norma del ordenamiento jurídico –construido sobre la base de la pirámide

jurídica de Kelsen [contenida en su famoso libro "Introducción a la teoría pura del Derecho"], con los matices y reajustes pertinentes–. Esta hegemonía de la dogmática constitucional nace del principio de subordinación escalonada, pues la norma inferior siempre encuentra en la superior la razón de su validez. Esta regla se encuentra contenida en el artículo cincuenta y uno de la Constitución, que prescribe lo siguiente: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la Ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)". Este precepto establece un orden a las normas esenciales del ordenamiento del sistema jurídico peruano e instituye las líneas generales de jerarquía y ubica a la Constitución Política como la de más alta rango dentro del ordenamiento positivo del Estado. Luego sigue descendentemente el segundo rango dentro de la legislación nacional: la Ley y dentro de estas tienen que distinguirse varias por su importancia, contenido y relación con la Constitución. El artículo ciento dos de la *norma normarum* prescribe que es atribución del Congreso dar leyes –salvo aquella excepción a favor del Poder Ejecutivo contenida en el artículo ciento cuatro de la Constitución: Decretos Legislativos y de Urgencia– y aprobar los tratados, por la importancia que de ellos emana. Dentro de estas se encuentran las leyes ordinarias sobre cualquier materia, las leyes orgánicas y especiales previstas en el artículo ciento tres y cientos seis de la Constitución. Es de acotar que el artículo cincuenta y uno del citado cuerpo legal establece la primacía de la ley sobre las normas de inferior categoría. En tercer lugar se ubican las Resoluciones que comprende el ámbito del Poder Ejecutivo: [i] Decretos, que son disposiciones de carácter general emanadas de los órganos vinculados con la Administración del Estado. [ii] Decretos Supremos, que son preceptos de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional y se encargan de normar y supervigilar la organización y funcionamiento de los servicios públicos nacionales o las actividades de dichas instituciones. [iii] Las Resoluciones Supremas, las Resoluciones Ministeriales, las Resoluciones de Órganos Autónomos no Descentralizados.

OCTAVO: El profesor Víctor García Toma afirma que las normas del texto fundamental tienen supremacía sobre cualquier otra norma del sistema, por lo que cuando una norma de inferior jerarquía se les oponga de alguna manera, se aplicará la norma constitucional sobre aquella: "(...) Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución" [*Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 79]. El profesor Enrique Bernales Ballesteros sostiene que "en la sucesión jerárquica vienen después de la Ley, los decretos y resoluciones, que obviamente no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley [*La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 2ª edición, ICS Editores Lima, 1996, p. 292]. Es evidente que no existen normas de supremacía constitucional. El profesor Marcial Rubio Correa sostiene que "por debajo de las normas con rango de ley en el sistema legislativo del nivel nacional se hallan los decretos y resoluciones, que no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley [*Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 105].

NOVENO: No debe olvidarse que el segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú prescribe que "en todo proceso,

de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

a.2. Delito de enriquecimiento ilícito: Formulación de cargos por el Fiscal de la Nación

DÉCIMO: Que el segundo párrafo del artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Perú fija expresamente lo siguiente: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial". Esta disposición constitucional guarda absoluta congruencia con el inciso tres del artículo sesenta y seis de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe lo siguiente: "Son atribuciones del Fiscal de la Nación formular cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento lícito de los funcionarios y servidores públicos". De la lectura de estos preceptos –el primero de naturaleza eminentemente constitucional– se evidencia un mandato expreso y obligatorio: solo al Fiscal de la Nación le corresponde formular la denuncia penal contra un funcionario o servidor público por el delito de enriquecimiento ilícito. Esto quiere decir que la formulación de cargos en este tipo de delitos es un deber constitucionalmente atribuido al Fiscal de la Nación para la iniciación del proceso penal, lo que no excluye que esta autoridad pueda delegar, a través de una resolución, la investigación del hecho criminal a fiscales de menor jerarquía, pero será finalmente este quien formule los cargos ante el Poder Judicial, en tanto y en cuanto este último acto es indelegable, salvo una expresa autorización para casos excepcionales que provenga de la propia norma constitucional –como ocurre, por ejemplo, con la facultad exclusiva del Congreso de dictar las leyes, no obstante lo cual el artículo ciento cuatro de la norma constitucional permite delegar esta atribución al Poder Ejecutivo para materias específicas–. Esto no significa que el Fiscal de la Nación tenga que intervenir activamente en todo el desarrollo del proceso penal, sino que después de esa promoción de la acción penal ante la autoridad jurisdiccional cesará su intervención en el proceso respectivo y asumirá competencia el fiscal inferior correspondiente. El profesor César San Martín Castro sostiene que "la Constitución, como se ha visto no solo confiere al Fiscal de la Nación la dirección o presidencia del Ministerio Público (...) además, le atribuye la promoción de la acción penal cuando se presume enriquecimiento ilícito, por denuncia de terceros o de oficio, cometidos por funcionarios o servidores públicos" [SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 342].

b. Cuestiones de hecho

DECIMOPRIMERO: De la revisión del expediente se advierte lo siguiente: Que el Fiscal Provincial Penal denunció a Vladimiro Montesinos Torres, Silvana Montesinos Becerra, Estela Alicia Fátima Mariela Zimmermann Delgado de Montesinos, Karelia Montesinos Torres, Luis Alberto Cubas Portal, Orlando Montesinos Torres, Walter Ramón Jave Huarangal, Luis Manuel Delgado de la Paz, Jesús

Manuel Delgado Medina y Luis Manuel Delgado Medina, por la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública –cohecho propio– y contra la función jurisdiccional –encubrimiento real– en agravio del Estado. Posteriormente, por dictamen de fojas setecientos veintiuno, del veintiséis de julio de dos mil uno, el Fiscal Provincial Penal formalizó denuncia ampliatorio contra –entre otros– Walter Ramón Jave Huangal, Juan Yanqui Cervantes, Orlando Montesinos Torres y Carmen Rivas Luna de Jave por delito contra la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado. Luego, por dictamen de fojas mil treinta, del uno de abril de dos mil dos, el Fiscal Provincial Penal formalizó denuncia ampliatorio contra –entre otros– Carmen Rivas Luna de Jave por delito contra la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado.

DECIMOSEGUNDO: El Fiscal Provincial Penal no tenía atribución para formular cargos por delito de enriquecimiento ilícito contra funcionarios y servidores públicos, pues es una facultad constitucional exclusiva –y regulada en el mismo sentido dentro de la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, como ya se anotó– que le correspondía al Fiscal de la Nación –véase fundamento jurídico número sétimo–. Al advertir dicha irregularidad, el Fiscal Provincial Penal, elaboró un informe de fojas doce mil trescientos cuarenta y dos, del veintitrés de abril de dos mil dos, que dirigió a la Fiscal de la Nación, Nelly Calderón Navarro. Sin embargo, la máxima autoridad del Ministerio Público –intentando enmendar la grave infracción constitucional efectuada– emitió la resolución número ochocientos dieciséis - dos mil dos - MP - FN, del veinte de mayo de dos mil dos –cuando el proceso penal ya se encontraba avanzado–, que resolvió delegar a las Fiscalías Provinciales Penales la formulación de cargos ante el Poder Judicial por el delito de enriquecimiento ilícito, y en ese contexto indicó que debía entenderse regularizada la transgresión de la norma constitucional indicada.

DECIMOTERCERO: Que del relato de los hechos se evidencia palmariamente tres aspectos importantes: [i] Que el Fiscal Provincial Penal se atribuyó una facultad constitucional que no tenía e ilegítimamente formuló cargos ante el Poder Judicial por delito de enriquecimiento ilícito, vulnerando flagrantemente la disposición contenida en el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Perú –explicada extensamente en el fundamento jurídico número sétimo de la presente Ejecutoria Suprema–. [ii] Que la Fiscal de la Nación no solo avaló esa conducta ilegal, sino que inobservó el rango jurídico de las normas previsto en el artículo cincuenta y uno de la *norma normarum* –explicada extensamente en el fundamento jurídico número cuarto de la presente Ejecutoria Suprema–, en tanto y en cuanto emitió una Resolución de Fiscalía de la Nación antagónica y discordante con el precepto del citado artículo y le otorgó legitimidad y mayor validez que la disposición Constitucional –sin existir una autorización expresa de la propia norma Constitucional–, a pesar de que dicha resolución dentro de la base de la pirámide jurídica –establecida bajo el principio de subordinación escalonada– se ubica en el último lugar, pues por encima de esta se encuentra la ley y la Constitución. Esta conducta también vulneró el segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, que regula la incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma

legal o de rango inferior. [iii] que la Resolución de Fiscalía de la Nación número ochocientos dieciséis-dos mil dos-MP-FN, del veinte de mayo de dos mil dos, no está fundamentada, pues no explica cuáles son los elementos de prueba que revelan la existencia del delito y la calificación del mismo, así como la identificación del presunto autor o partícipe; que esa actuación transgrede la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones en todas las instancias judiciales ordenada por el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú [reconocida en las normas internacionales: artículo diez de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y artículo cuarenta y uno del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos]. Es de acotar que la exigencia de motivación impone a los funcionarios públicos en todas las instancia la obligación que tienen de expresar las razones de hecho y de derecho de la decisión que adopten, y de apoyarse en criterios suficientes y esenciales, así como además constituye un derecho de quienes intervienen en un proceso –tiene una doble función–. El incumplimiento de esa obligación, constituye evidentemente una vulneración de este derecho.

DECIMOCUARTO: Que estas anomalías constituyen causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, pues dicho vicio nulificante es suficientemente grave como para invalidar la solución del caso judicial. Asimismo, esos motivos son aptos e idóneos para estimar fundada la cuestión previa –regulada en el inciso "a" del artículo cinco del Código de Procedimientos Penales– planteada por el acusado Walter Ramón Cave Huangal a fojas catorce mil veintinueve, pues en el caso concreto se omitió un requisito de procedibilidad para el inicio del proceso penal. En este contexto, la decisión genera dos efectos importantes: [i] se anulará todo lo actuado y se tendrá por no presentada la denuncia; [ii] esa decisión beneficia a los demás procesados, porque se encuentran en igual situación jurídica.

DECIMOQUINTO: Que, por otro lado, de la revisión del expediente se advierte que el acusado Walter Ramón Jave Huangal, antes de la emisión de la sentencia condenatoria, asistió al juicio oral como reo libre, por lo que corresponde ordenar su inmediata libertad.

DECISIÓN: Por estos fundamentos, mi voto es el siguiente: I. Se declare NULO todo lo actuado hasta la denuncia, en el extremo que se formalizó proceso penal contra los imputados Walter Ramón Jave Huangal, Juan Yanqui Cervantes y Orlando Montesinos Torres por delito contra la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado. II. SE TENGA por no presentada las denuncias de fojas setecientos veintiuno y mil treinta, del veintiséis de julio y uno de abril de dos mil uno, respectivamente, en el extremo de los citados inculpados. III. SE ORDENE la inmediata libertad del acusado Walter Ramón Jave Huangal, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno emanado de autoridad competente, o esté cumpliendo pena privativa de libertad en otro proceso, oficiándose para tal efecto. IV. SE DECRETE que el Tribunal de origen remita el expediente al despacho del Fiscal de la Nación para que proceda de acuerdo a sus atribuciones legales, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos en

la presente Ejecutoria Suprema. V. SE DISPONGA que se notifique a las partes la presente Ejecutoria y se devuelvan los actuados. Hágase saber.

S.

LECAROS CORNEJO

EL VOTO DE LOS SEÑORES PRADO SALDARRIAGA, CALDERÓN CASTILLO Y SANTA MARÍA MORILLO EN CUANTO A LA CONDENA DE CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE ES COMO SIGUE:

Lima, siete de diciembre de dos mil once

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad interpuesto por la procesada Rivas Luna de Jave contra la sentencia condenatoria de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez –tomo veintidós–; de conformidad con el dictamen –fojas cincuenta del cuadernillo– del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la defensa técnica de la acusada Rivas Luna de Jave en su recurso formalizado de fojas trece mil ochocientos –tomo veintitrés–, sostiene que no existe delito de enriquecimiento ilícito ni base probatoria que justifique la ampliación del tipo penal (complicidad), tampoco que se encuentren acreditados actos de ocultamiento o de colaboración con el delito que se le atribuye, por lo que solicita que se le absuelva de la acusación fiscal, pues en autos ha expuesto en forma ordenada y coherente los elementos que permiten concluir la inexistencia de un desbalance patrimonial y porque en la sentencia no se precisó en qué consistió la configuración, la disimulación y la retroalimentación en el proceso de enriquecimiento ilícito.

SEGUNDO: Que en la acusación fiscal de fojas dos mil trescientos noventa y uno –tomo cuatro–, aparece que Walter Ramón Jave Huangal, como compañero de promoción de Vladimiro Montesinos Torres fue favorecido con altos cargos en el Ejército, como Inspector General del Ejército, Presidente de la IV Zona Judicial del Ejército, Director Nacional de Frente Interno del Servicio de Inteligencia Nacional, Jefe de Servicio de la Intendencia del Ejército, Jefe del Estado Mayor en la V Región Militar y Comandante General de Instrucción y Doctrina del Ejército (Coinde), habiéndose evidenciado un desbalance patrimonial entre sus ingresos como oficial del Ejército peruano y los vehículos y bienes inmuebles que registra a su nombre, o conjuntamente con su esposa Carmen Rivas Luna de Jave, en las ciudades de Iquitos y Lima, además de las cuentas bancarias, valores y fondos mutuos que se verifican y detallan según el informe pericial de fojas mil cuatrocientos sesenta y ocho –tomo tres–.

TERCERO: Que, frente a dicha imputación, se tiene que si bien la encausada Rivas Luna de Jave –fojas mil doscientos treinta y siete, tres mil quinientos noventa y dos –tomo siete–, rechaza los cargos incoados en su contra, sin embargo, su desbalance patrimonial existente asciende a seiscientos cuarenta y tres mil setecientos sesenta y seis dólares americanos con ochenta y tres céntimos de dólar, como se

verifica de las pruebas documentales que obran en autos y que han sido materia de un análisis exhaustivo por el Tribunal de Instancia.

CUARTO: Que, siendo así, los elementos de descargo expuestos por la condenada Rivas Luna de Jave en su recurso impugnatorio carecen de fundamentos valederos que reviertan la conclusión de culpabilidad señalada precedentemente, por lo que es de inferir que la sentencia recurrida en tal extremo se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos, nuestro voto es porque se declare: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez –tomo veintidós–, en el extremo que por mayoría condenó a Carmen Rivas Luna de Jave, como cómplice secundaria del delito contra la Administración Pública - corrupción de funcionarios - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y también por mayoría impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución el periodo de tres años, sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco millones de nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán pagar en forma solidaria con el condenado Walter Ramón Jave Huangal a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

EL VOTO DE LOS SEÑORES JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO Y ELVIA BARRIOS ALVARADO EN CUANTO A LA CONDENA DE CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE ES COMO SIGUE:

Lima, siete de diciembre de dos mil once

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la acusada Carmen Rivas Luna de Jave contra la sentencia de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez, que la condenó como cómplice secundaria por delito contra la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por el periodo de tres años, así como fijó en cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente con el condenado Walter Ramón Jave Huangal a favor de la entidad agraviada. Con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO:

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO: Que la encausada Carmen Rivas Luna de Jave en su recurso formalizado de fojas trece mil ochocientos alega lo siguiente: **A.** No se probó el delito de enriquecimiento ilícito y tampoco existe en medio probatorio que justifique la ampliación del tipo penal. **B.** En la sentencia no se explicó en qué consistió la

configuración, la simulación y la retroalimentación en el proceso de enriquecimiento ilícito. C. Durante todo el proceso expuso de manera ordenada, uniforme y coherente la imposibilidad de la existencia del desbalance patrimonial.

II. IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

SEGUNDO: Que se imputa a la acusada Carmen Rivas Luna de Jave haber colaborado con su cónyuge acusado, Walter Ramón Jave Huangal, oficial retirado del Ejército peruano para ocultar el dinero que este obtuvo ilícitamente de los fondos públicos en el periodo de mil novecientos noventa a dos mil. Dentro de este contexto, adquirió bienes inmuebles, acciones, títulos y valores y participó en la creación de empresas y la apertura de cuentas bancarias mancomunadas en nombre propio y con depósitos que excedían los ingresos percibidos por la sociedad conyugal.

III. FUNDAMENTOS

TERCERO: Que la conducta de la imputada Carmen Rivas Luna de Jave fue tipificada como delito de enriquecimiento ilícito –en su calidad de cómplice–, previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal. Al respecto debe hacerse algunas precisiones conceptuales del tipo penal y de la prueba: A. Se trata de un tipo penal comisivo y subsidiario, pues la acción típica consiste en enriquecerse ilícitamente de manera injustificada por razón del cargo y la conducta se estructura siempre que no constituya otro delito. B. La norma sanciona al funcionario o servidor público que se enriquece ilícitamente durante el ejercicio de su cargo –se exige este nexo causal– en tanto se descubre un aumento notoriamente desproporcional de su patrimonio y/o gasto económico personal –en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas rendida al tomar posesión del cargo– en comparación a los ingresos que 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 –según la descripción típica primigenia–. C. El Ministerio Público solo tendrá que acreditar esa desproporción patrimonial o incremento patrimonial injustificado que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto activo calificado del delito –cumpliendo con la carga de la prueba que le corresponde–, y el imputado probara, si lo estima conveniente, el origen lícito de sus bienes, sin que ello signifique la inversión de la carga de la prueba, sino el ejercicio del derecho de defensa, pues es el único que puede acreditar la licitud del origen de sus bienes cuando estos son ajenos a los ingresos percibidos en su actividad pública regular. Esta acreditación se forjará a través de los diversos medio probatorios, como las pericias contables, informes financieros u otros. D. Este delito se consuma cuando se cumple la totalidad de los elementos del tipo penal, es decir, será necesario que el agente especial se haya enriquecido ilícitamente por razón del cargo y haya logrado un incremento real y significativo de su patrimonio. E. La participación del *extraneus* o del tercero que se presente con posterioridad a los hechos descritos y que constituyan concretamente actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial –cuando se coloquen como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario o servidor público– no constituyen actos de complicidad o colaboración para la ejecución del delito examinado, pues este ya

se consumó, y en todo caso la aportación posterior entrara como delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso.

CUARTO: Que, en el presente caso, de la lectura de la acusación se advierte que se imputa a la acusada Carmen Rivas Luna de Jave haber ocultado el caudal después que entró en control y dominio del agente especial, lo que de ninguna forma constituye complicidad del delito de enriquecimiento ilícito, así como tampoco se conoce cuál fue el modo y la oportunidad de enriquecimiento ilícito del agente especial, por lo que no es posible establecer en qué consistió la participación del supuesto cómplice –y tampoco la presencia de la complicidad intelectual o promesa anterior a la consumación de encubrimiento después de cometido el delito, que ejerza influencia psíquica en el autor para cometer el delito–; por lo tanto, la determinación de la complicidad deviene en imposible.

DECISIÓN: Por estos fundamentos nuestro voto es el siguiente: **I.** Se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez, que condenó a Carmen Rivas Luna de Jave como cómplice secundaria del delito contra la Administración Pública –enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por el periodo de tres años, así como fijó en cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente con el condenado Walter Ramón Jave Huangal a favor de la entidad agraviada, reformándola: se la **ABSUELVA** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado. **II. SE DISPONGA** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa.

SS.

LECAROS CORNEJO
BARRIOS ALVARADO

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ EN CUANTO A LA CONDENA DE CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE ES COMO SIGUE:

Lima, veinte de junio del dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la procesada Carmen Rivas Luna de Jave contra la sentencia condenatoria de fojas trece mil setenta y uno, del siete de diciembre de dos mil diez –tomo veintidós–, que la condena a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en ejecución, por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por el periodo de prueba de tres años, así como fijó en cinco millones de soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente, con el condenado Walter Ramón Jave Huangal a favor de la entidad agraviada, con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el suscrito conoce del presente proceso al subsistir la discordia surgida entre los señores Jueces Supremos miembros de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia y ser el llamado por ley, debiendo emitir pronunciamiento respecto a lo que es materia de grado.

SEGUNDO: Que, como principio de todo juzgamiento oral, los límites y circunstancias de la pretensión punitiva del Estado, contra un procesado lo delimita el Ministerio Público, en su acusación escrita, y más concretamente en la requisitoria oral del juzgamiento.

TERCERO: Que, el Fiscal Superior atribuye como cargo incriminatorio Carmen Rivas Luna de Jave, la comisión del delito de enriquecimiento ilícito en calidad de cómplice, conducta prevista y sancionada en el artículo 401 del Código Penal.

CUARTO: La acusada es una persona que no ostenta la calidad de funcionario público, es decir, estamos ante un *extraneus*, consecuentemente al tratarse de un agente con dicha calidad, deberá acreditarse que su participación como cómplice se produjo durante la realización del delito, más nunca con posterioridad a su consumación.

QUINTO: Si la participación del *extraneus* se concreta en conductas ejercidas luego de haberse consumado el delito, no se puede sostener que estamos frente a un caso de complicidad.

SEXTO: Según los cargos de la acusación fiscal, el comportamiento atribuido a la recurrente Carmen Rivas Luna de Jave, es haber prestado su colaboración para ocultar el patrimonio ilícitamente incrementado de su coprocesado y cónyuge Walter Ramón Jave Huangal, oficial retirado del Ejército peruano para ocultar el dinero que este obtuvo ilícitamente de los fondos públicos. Dentro de este contexto, adquirió bienes inmuebles acciones, títulos y valores y participó en la creación de empresas y la apertura de cuentas bancarias mancomunadas en nombre propio y con depósito que excedían los ingresos percibidos por la sociedad conyugal. Este comportamiento de ocultamiento posterior del patrimonio ilícito no constituye complicidad, pues el delito ya se consumó.

SÉTIMO: Que al no haberse acreditado la participación como *extraneus* en calidad de cómplice durante la consumación del delito de enriquecimiento ilícito que se le imputa al ya condenado Walter Ramón Jave Huangal; consecuentemente, **MI VOTO** es por que se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia materia de recurso; y reformándola: se la **ABSUELVA** de los cargos formulados en su contra, disponiendo lo anulación de sus antecedentes policiales y judiciales que se dieron lugar en el presente proceso; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

S.

MORALES PARRAGUEZ

LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO DIRIMENTE DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA TELLO GILLARDI EN CUANTO A LA CONDENA DE CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE ES COMO SIGUE:

Lima, trece de setiembre de dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la inculpada Carmen Rivas Luna de Jave, contra la sentencia de folios trece mil setenta y uno, del siete de diciembre del dos mil diez, que por mayoría la condenó como cómplice secundaria del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios - enriquecimiento ilícito– en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, e inhabilitación por el plazo de tres años, así como fijó en cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente a favor del Estado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la procesada Carmen Rivas Luna de Jave, en su recurso formalizado de folios trece mil ochocientos sostiene: i) Que en autos no se ha probado la existencia de enriquecimiento ilícito, ni existe medio probatorio que justifique la ampliación del tipo penal. ii) Que, en la sentencia recurrida no se explicó en que consistió la configuración, la simulación y la retroalimentación en el proceso de enriquecimiento ilícito. iii) Que, durante el proceso expuso de manera ordenada, uniforme y coherente la imposibilidad de que existiera un desbalance patrimonial.

SEGUNDO: Que, conforme a los términos de la acusación de folios dos mil trescientos noventa y uno, integrado a folios dos mil cuatrocientos ochenta y cinco - A, se imputa a Walter Ramón Jave Huangal y otros, como oficiales del Ejército que: "habiéndose llegado a establecer la existencia de un desbalance patrimonial, pues no se encuentra justificado lícitamente, que con ingresos normales y bonificaciones percibidos como funcionarios públicos, hayan podido acumular los bienes que poseen, todo lo cual se encuentra descrito de manera detallada en los informes (...) elaborados por los peritos de la Contraloría General de la República"; y, en el caso particular de la encausada Carmen Rivas Luna de Jave, se precisa: "(...) quienes han prestado su colaboración para ocultar el patrimonio ilícitamente acopiado por sus cónyuges, a través de la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, creación de empresas, adquisición de acciones, títulos y valores, además de la apertura de cuentas bancarias mancomunadas o a nombre propio con depósitos que exceden los ingresos percibidos por la sociedad conyugal, conforme se ha detallado en los informes periciales que obran en autos y que demuestran su desbalance patrimonial".

TERCERO: Que, en este contexto y centrados los términos de la acusación, corresponde tratar el contenido típico del delito de enriquecimiento ilícito, así como lo correspondiente a la participación en complicidad, a fin de delimitar los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales que se abordarán en la presente resolución final; así, se tiene que el delito de enriquecimiento ilícito, descrito por el artículo

cuatrocientos uno del Código Penal, se encuentra entre aquellas conductas ilícitas que reflejan una "infracción de deber", ello porque la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino mediante el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado, existiendo una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que originan el surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no solo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de lesión[1]. Es por ello que el delito se consuma con un enriquecimiento patrimonial apreciable, que además debe ser injustificado, pues no se trata de un simple enriquecimiento obtenido durante el periodo investigado, entendiéndose como aquel que resulta destacable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con la evolución normal de sus posibilidades durante el tiempo de la función que ejerce; por lo que ese aumento patrimonial debe ser desproporcionado respecto de sus ingresos legítimamente obtenidos. Por ello, el delito se configura cuando el sujeto activo se enriquece patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando la probidad requerida en la función, injustificación que se expresa, en principio, de la comprobación –sobre la base de lo actuado en juicio– de que tal incremento patrimonial no encuentra sustento en los ingresos del agente delictivo; pues tal aumento excede apreciablemente las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, sin causa lícita comprobada. En este sentido, se expresa la Ejecutoria Suprema número nueve - dos mil uno, del dieciséis de mayo del dos mil tres, cuando sostiene que: "El enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y (...) en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a Derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público"[2].

CUARTO: Que, conforme al contenido típico del delito en referencia, se tiene que el ilícito se consuma cuando el funcionario público se enriquece de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos; así, la Suprema Corte ha sostenido en el Recurso de Nulidad número veintinueve - dos mil cuatro: "(...) esta figura penal exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo– a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias– o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí la nota de ilicitud del enriquecimiento,

(1) GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, Bosch, 1999, p. 43.

(2) Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año judicial 2003, Tomo XCII, Centro de Investigaciones Judiciales - Área de Investigación y Publicaciones, Lima, 2007.

es de entender que el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio"[3].

QUINTO: Que, en cuanto a la figura de la complicidad en este delito, debe precisarse que el artículo veinticinco del Código Penal señala: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado (...). A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia, (...)", entendiéndose que es cómplice primario quien presta auxilio para la realización del hecho punible y cómplice secundario quien de cualquier otro modo presta asistencia para dicha consecución del hecho. El tratadista peruano Hurtado Pozo, señala que: "El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla. (...). Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. (...) Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada"[4].

SEXTO: Que, en este sentido, cabe determinar cuál es el momento en el que interviene una persona en la acción delictiva de otra, para que se la considere como cómplice; siendo así, en el caso del delito de enriquecimiento ilícito que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia ha tomado posición, al sostener que: "(...) constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución (...) que, en consecuencia, en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultáneo, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior (...) siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo"[5][5]. Es por ello que la doctrina considera que en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, no resulta posible sancionar a quienes intervienen para ocultar o disimular el estado de enriquecimiento del funcionario, pues solo es posible aceptar su sanción por encubrimiento real. Así Caro Coria señala: "Conforme al delito de infracción del deber, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no solo funcionario, sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *extraneus*. Debe pues entenderse que el delito se consuma con el enriquecimiento del funcionario, sin exigirse que sea este el poseedor formal o titular de los bienes, solo se exige que el *intraneus* ostente una relación de poder o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio encubierto, y en consecuencia sobre el sujeto interpuesto, si esa condición no existe o está en duda, sencillamente no habrá testaferro ni participación criminal.

(3) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 651

(4) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Grijley, Lima, 2005, p. 896.

(5) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 651.

Finalmente, si el delito ya está consumado, la responsabilidad del testaferro podrá discutirse dentro de las formas del artículo cuatrocientos cinco del Código Penal"[6].

SÉTIMO: Que, en el caso concreto, se observa que de autos se llegó a acreditar que Walter Jave Huangal incrementó ilícitamente su patrimonio, sin embargo, la conducta realizada por la recurrente Carmen Rivas Luna de Jave, de adquirir bienes, acciones, aperturas cuentas y constituir empresas, corresponde a actos posteriores a dicho enriquecimiento, pues, como menciona la acusación, se realizaron para ocultar el patrimonio del que se había apoderado el funcionario público, esto es, dinero sobre el que el autor ya ejercía dominio (por lo que el incremento patrimonial ilícito ya existía); ello habría permitido que utilizara ese caudal en la adquisición de bienes en los que intervino su cónyuge, por lo que la conducta de la recurrente no constituye complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito, pues con lo realizado no prestó asistencia para que este se apropiara del patrimonio ilícito, sino que lo hizo luego de que el delito se consumara; hecho que en todo caso habría configurado otro ilícito penal, como el delito de encubrimiento real o el de lavado de dinero, que al no ser materia de acusación, impide tomar una posición al respecto. Por estos fundamentos: MI VOTO es por que se declare HABER NULIDAD en la sentencia de folios trece mil setenta y uno, del siete de diciembre del dos mil diez, en cuanto condenó por mayoría a Carmen Rivas Luna de Jave como cómplice secundaria del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios– enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba, e inhabilitación por el plazo de tres años, así como fijó en cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente a favor del Estado; y reformándola: se la ABSUELVA de la acusación fiscal formulada en su contra por el mencionado delito; disponiendo la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que el proceso hubiere generado, archivándose definitivamente la causa en cuanto a este extremo; y los devolvieron.

S.

TELLO GILARDI

(6) CARO CORIA, Dino Carlos. "El delito de enriquecimiento ilícito". En: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista, Lima, 2002, pp. 247-248.

Índice general

Prólogo 5

PROBLEMAS PROCESALES Y PENALES EN LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO DEL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL

César Augusto Nakazaki Servigón

I. Introducción 17

II. La prueba del grave peligro como causa de la declaración de situación de emergencia del artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado 20

1. Presentación del problema 20
2. Doctrina jurisprudencial que proponemos 20

III. La determinación de los criterios de admisión de prueba nueva en el procedimiento de apelación de sentencia 36

1. Antecedentes procesales en el caso del ex Presidente Regional de Ayacucho 36
2. Doctrina jurisprudencial que proponemos 38

IV. El rol del particular en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399 del Código Penal, para la verificación del elemento típico acción, en la modalidad del interés particular indebido de tercero 56

1. Presentación del problema 56
2. Doctrina jurisprudencial que proponemos..... 56
V. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399 del Código Penal 63
1. Presentación del problema 63
2. Doctrina jurisprudencial que proponemos..... 64
VI. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho..... 65
1. Funcionamiento de la imputación objetiva dentro del tipo penal..... 65
2. Filtro de imputación objetiva: principio de confianza... 69
3. Aplicación del principio de confianza como filtro de imputación objetiva en el Gobierno Regional de Ayacucho al presidente regional..... 76
4. Doctrina jurisprudencial que proponemos..... 83
VII. El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia..... 84
1. Presentación del problema 84
2. Doctrina jurisprudencial que proponemos..... 84

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO DETERMINADO. PROLEGÓMENOS PARA UN DERECHO PENAL GARANTISTA

Jorge B. Hugo Álvarez

I. Breves consideraciones generales que caracterizan al tipo.. 89
II. De otras consideraciones con relación a su naturaleza constructiva basada en conceptos bastante discutibles e inacabados..... 93

III. Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual 97
IV. De algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos..... 100
V. De la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión..... 105
VI. De las características esenciales del tipo penal: abuso de autoridad..... 112
VII. De situaciones probables que puedan presentarse en la aplicación del tipo 116
VIII. Del concepto de acto arbitrario..... 119
IX. Del bien jurídico tutelado 122
X. Del sujeto activo 125
XI. Del sujeto pasivo..... 129
XII. Del supuesto agravado por circunstancias especiales 131
XIII. De la pena..... 133

ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS EN EL MARCO DE PROGRAMAS PÚBLICOS DE APOYO SOCIAL

Alonso R. Peña Cabrera Freyre

Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios en el marco de programas públicos de apoyo social..... 135

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE BIENES INMUEBLES - LEY N° 30327

Alonso R. Peña Cabrera Freyre

I. Parte introductoria..... 144
II. Tipicidad objetiva 147
III. Tipicidad subjetiva..... 153

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN, REHUSAMIENTO Y RETARDO DE FUNCIÓN

Betty S. Huarcaya Ramos

I. Consideraciones generales con relación al constructo del tipo penal en cuestión 155
II. Características y descripción del tipo 161
III. De los conceptos de omitir, rehusar o retardar 170
IV. De la autoría, coautoría e instigación y la complicidad 176
V. Del bien jurídico tutelado 178
VI. Del sujeto activo 178
VII. Del sujeto pasivo 179
VIII. De la pena 179

EL DELITO DE EXACCIÓN ILEGAL

Betty S. Huarcaya Ramos

I. Algunas consideraciones generales con relación al tipo penal exacción ilegal 183
II. De las características del tipo 190
1. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal 191
2. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal 191
III. De los verbos rectores indicativos de la acción dolosa del agente 193
IV. Del bien jurídico tutelado 196
V. Del sujeto activo 197
VI. Del sujeto pasivo 198

VII. De la pena 199
VIII. El injusto en la jurisprudencia nacional 199
Jurisprudencia 201

EL DELITO DE COLUSIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROBATORIOS

Roberto Cáceres Julca

I. Introducción 205
II. El delito de colusión 205
1. Bien jurídico 206
2. Sujeto activo 207
3. La concertación 208
4. Distinción entre colusión agravada y colusión simple ... 220
5. El perjuicio 221
III. Aspectos probatorios del delito de colusión 222
1. Los indicios y la concertación 223
2. La pericia 237

EL DELITO DE PECULADO

Silfredo Jorge Hugo Vizcardo

I. Introducción 245
II. Antecedentes históricos 247
III. El bien jurídico tutelado 250
IV. Modalidades típicas 253
V. Autoría y participación 254
VI. Peculado por apropiación o utilización 262
1. Conceptualización 262
2. Acción típica 262

3. Tipicidad objetiva 262
4. Tipicidad subjetiva 267
5. Tipo agravado 268
VII. Peculado culposo 268
VIII. Peculado de uso 270
IX. Malversación 271
X. Retardo injustificado de pago 272
XI. Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad 273

EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PERUANA

Ramiro Salinas Siccha

I. Cuestión previa 275
II. Tipo penal 277
III. Tipicidad objetiva 278
1. Modalidades del delito de peculado doloso 278
2. Perjuicio patrimonial 282
3. Destinatarios de la apropiación o usar 286
4. Relación funcional 287
5. Relación funcional de hecho 289
6. Caudales o efectos 292
7. Percibir, administrar y custodiar 293
8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público constituye peculado? 295
9. Bien jurídico protegido 302
10. Sujeto activo-autoría 304
11. Sujeto pasivo 311
IV. Tipicidad subjetiva 311
V. Antijuridicidad 313
VI. Culpabilidad 314

VII. Consumación 314
VIII. Tentativa 316
IX. Agravante del peculado doloso por el valor del objeto del delito 316
X. Agravante del peculado doloso por la finalidad del objeto del delito 317
XI. Peculado culposo 318

EL DELITO DE PECULADO DE USO. ANÁLISIS AL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Elky Alexander Villegas Paiva

I. Descripción legal 323
II. Tipicidad objetiva 325
1. Sujeto activo y sujeto pasivo 325
2. Conductas criminalizadas 330
3. Fines particulares o privados 333
4. Bien jurídico protegido penalmente 333
III. Tipicidad subjetiva 336
IV. Consumación y tentativa 336
V. Causal de atipicidad de peculado de uso. Especial referencia al caso Torres Gonzales, exalcalde de Chiclayo 336
1. La causal de atipicidad del peculado de uso 336
2. El caso del exalcalde de Chiclayo: Roberto Torres Gonzales 337

PECULADO POR EXTENSIÓN O PECULADO IMPROPIO

Jorge A. Pérez López

I. Introducción 359
II. Bien jurídico protegido 362

III. Fundamento de punición 363
IV. Equiparación de sujetos particulares y bienes privados a públicos 365
V. Comportamientos típicos 367
VI. Sujetos pasibles de imputación jurídico-penal 369
1. Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares 370
2. Depositarios o administradores de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares 373
3. Los ejecutores coactivos 375
4. Persona o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.. 376
VII. Sujeto pasivo 378
VIII. Consumación 378
IX. Distinción entre la apropiación ilícita en su forma agravada con el delito de peculado por extensión. Análisis del precedente vinculante contenido en el Recurso de Nulidad N° 3396-2010-Arequipa 381
X. Crítica a la tipificación del peculado por extensión 389

EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO Y SUS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Elky Alexander Villegas Paiva

I. Introducción 391
II. El delito de cohecho pasivo propio 392
1. Definición de cohecho 392
2. Clasificación de los delitos de cohecho 392
3. El delito de cohecho pasivo propio 393
III. La prescripción en el delito de cohecho pasivo propio 398

1. La prescripción penal: definición. 398
2. Clases de prescripción. 401
3. Los plazos de la prescripción. 405
4. La duplicación de los plazos prescriptorios 407

LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL MARCO DE PROCESOS DE CONTRATACIONES PÚBLICAS INFORMALES

Leonardo Calderón Valverde

I. Apunte previo 425
II. Aspectos generales del delito de negociación incompatible 426
1. Bien jurídico protegido 426
2. ¿Delito de daño o de peligro? 428
III. Elementos del tipo objetivo 429
1. Regulación actual 429
2. Sujetos 430
3. El ámbito de aplicación (contrato u operación) 431
4. Comportamiento típico 433
IV. Respecto de la vinculación funcional 434
V. Elementos del tipo subjetivo 435
VI. Participación 435
VII. Concursos 436
VIII. Tentativa y consumación 436
IX. Cuestiones a la configuración del delito de negociación incompatible en contrataciones públicas informales 437
1. Posición jurisprudencial 437
2. Contrataciones públicas informales: ¿irregularidad o violación de la Ley de Contrataciones Públicas? 440
3. ¿Contrato u operación? 441

4. La configuración del comportamiento típico 442
5. ¿Dolo directo, indirecto o eventual? 443
X. Conclusiones 444

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Jorge A. Pérez López

I. Introducción 447
II. Bien jurídico protegido 450
III. La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito 452
IV. Tipo objetivo 457
1. Sujeto activo: el funcionario o servidor público. Problemas de autoría y participación 459
2. Sujeto pasivo: el Estado 462
3. Modalidad típica 463
V. Tipo subjetivo: el dolo como elemento del tipo 469
VI. Grados de desarrollo del delito: consumación y tentativa.. 470
VII. Regla indiciaria de enriquecimiento ilícito 473
VIII. Consecuencias jurídicas del delito 474
IX. Agravante por la calidad del agente 475
X. Críticas al enriquecimiento ilícito como ilícito penal 477

JURISPRUDENCIA

- Funcionarios públicos pueden ser sancionados en sede penal y administrativa por los mismos hechos sin quebrantar el *non bis in idem*
R.N. Nº 2659-2011-AREQUIPA 485
- Absolución por colusión ilegal: procesada no tuvo injerencia en las adquisiciones de bienes
R.N. Nº 2543-2013-ÁNCASH 493

- No es posible realizar una concertación o colusión defraudatoria mediante una conducta omisiva
  R.N. N° 2587-2011-CUSCO 499
- Delito de colusión: características del acuerdo colusorio
  R.N. N° 1969-2012-LA LIBERTAD 510
- Nula absolución por colusión: existen indicios del delito pese a la imposibilidad de realizar una pericia contable
  R. N. N° 1830-2012-LAMBAYEQUE 515
- Peculado: no basta tener un cargo dentro de la Administración Pública, es necesario poseer competencia funcional
  R.N. N° 2787-2012-ICA 519
- Principio de subsidiariedad: no configura delito de peculado la apropiación de cantidades ínfimas de fondos estatales
  R.N. N° 1336-2012-APURÍMAC 524
- Peculado doloso: agente no justificó documentalmente la utilización de los caudales públicos recibidos
  R.N. N° 1852-2012-CAJAMARCA 528
- Absolución por peculado doloso: el dinero utilizado no fue apartado de la esfera de la Administración Pública
  R. N. N° 1889-2012-LORETO 532
- Peculado: pericia valorativa solo acredita la materialidad del delito, no la responsabilidad penal del encausado
  R.N. N° 3387-2012-SULLANA 539
- Absolución por peculado culposo: no se comunicó al encausado de alguna situación de vulnerabilidad en la seguridad en el local municipal
  R.N. N° 765-2014-PASCO 542
- Peculado de uso: servidor público utilizaba en su domicilio el bien estatal (DVD) que se le entregó en custodia
  R.N. N° 2149-2013-AMAZONAS 546
- Peculado de uso: no se usaron maquinarias del gobierno regional para fines ajenos al servicio
  R. N. N° 770-2014-AYACUCHO 549

- No es aplicable la duplicación de plazo en el delito de malversación de fondos
  R.N. N° 1791-2012-ÁNCASH 552
- Peculado por extensión: debe absolverse al acusado en casos de apropiación de bienes de exiguo valor patrimonial
  R.N. N° 269-2013-CAJAMARCA 560
- Cohecho pasivo propio: no se acreditó que policía solicitó dinero al agraviado para no involucrarlo en una denuncia por robo
  R.N. N° 1732-2010-AMAZONAS 565
- Cohecho pasivo específico: se acreditó que perito solicitó dinero a justiciable para favorecerlo
  R.N. N° 2773-2013-HUÁNUCO 570
- Enriquecimiento ilícito: intervención posterior de terceros para ocultar el patrimonio del funcionario no constituye un acto de complicidad
  R.N. N° 1051-2011-LIMA 573

Índice general 595