Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y asociación para delinquir

- Aspectos Sustantivos y Procesales -

CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO
Profesor de Derecho Procesal Penal
en la PUCP y en la UPC

DINO CARLOS CARO CORIA
Profesor de Derecho Penal
en la PUCP y en la UPC

JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA
Profesor de Derecho Penal
en la PUCP y en la UPC

Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir

- ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES -

Lima, 2002

JURISTA editores

Edición abril de 2002

© Composición y Diagramación, Diseño de carátula.
Mirtha Ríos de Arrascue / Víctor Arrascue C.

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley

Hecho el Depósito Legal conforme a Ley

JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín Nº 201 Lima - Perú
Teléfono 427-6688 Fax: 426-6303

PRESENTACIÓN

Nuevamente, siguiendo la metodología iniciada en el libro «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» (Caro/San Martín, Lima 2000), nos acercamos desde una perspectiva interdisciplinar a un sector del ordenamiento punitivo particularmente complejo en nuestro país. Confluyen en este libro el tratamiento penal material y de Derecho procesal penal de dos delitos contra la administración pública problemáticos en la jurisprudencia peruana, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito de funcionario. A ello se añade el análisis del delito de asociación ilícita para delinquir que, pese a su larga tradición en los Códigos penales occidentales y en la legislación complementaria relativa a la criminalidad organizada, sigue planteando problemas desde la perspectiva de la imputación plurisubjetiva. Se trata de temas particularmente polémicos que han cobrado reciente importancia en el país con motivo de la llamada «lucha contra la corrupción» que, guardando todas las distancias del caso, hace recordar el famoso proceso de «*mani pulite*» vivido en Italia entre 1992 y 1994, principalmente[1].

El libro consta de cuatro capítulos. El primero, dada la pluralidad de temas tratados, es abordado conjuntamente por los tres autores. El segundo capítulo es de responsabilidad de Carlos Caro. El

1 DELLA PORTA, Donatella, Alberto VANNUCCI. Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani pulite. Roma-Bari, Laterza 1999, pp. 16-27.

tercero corresponde a Leandro Reaño. El cuarto y último capítulo ha sido trabajado por César San Martín. Pese a ello, y si bien la responsabilidad de los textos corre a cargo de cada autor en cuanto a los apartados individuales, hemos compartido puntos de vista sobre cada tema, de modo que muy bien puede decirse que se trata de un trabajo que expresa una responsabilidad ideológica común.

El primer capítulo está dedicado al estudio del delito de tráfico de influencias. Tres son los ámbitos tratados. Inicialmente se analiza la cuestión del bien jurídico penal y la idoneidad de recurrir a un tipo de peligro abstracto como técnica de protección. A continuación se examina la punición del interesado, quien pacta con el traficante la intercesión ante la autoridad que conoce un caso judicial o administrativo. Finalmente se considera el importante tema procesal de la prueba videográfica, especialmente crucial, tanto porque la legislación procesal penal no la aborda en concreto, cuanto porque en el denominado «caso Montesinos» la discusión mayor está centrada en la validez constitucional de todos los vídeos que Montesinos Torres tenía y que fueron incautados a propósito de una diligencia de allanamiento intensamente cuestionada.

El segundo capítulo persigue el análisis del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, tomando en cuenta los diferentes aportes del Derecho penal latinoamericano y europeo. Aquí se plantea una situación bastante curiosa en la doctrina nacional, partiendo de interpretaciones principalmente derivadas de la doctrina argentina y colombiana, se insiste en que estamos ante un delito que presenta holgadas dudas de constitucionalidad, cuando no insuperables, y cuando parece que se va a arribar a conclusiones consecuentes con este punto de partida, es decir la inconstitucionalidad del art. 401 del CP, la doctrina peruana evade este final y pasa renglón seguido a la mera glosa de la ley, en algunos casos ahondando aún más el problema constitucional mediante la exigencia, directamente importada de las interpretaciones argentinas, de un deber de justificación del funcionario en torno a su enriquecimiento patrimonial, es decir una obligación que no sólo no existe en nuestro ordenamiento sino que

además conllevaría a una grave violación del principio «*nemo tenetur se ipsum prodere*» (nadie está obligado a traicionarse) o de no autoincriminación. Pero no hace falta llegar a tanto, si se entiende que el enriquecimiento es el resultado de un comportamiento potencialmente lesivo de los bienes de la administración, entonces deberá entenderse que ese resultado debe ser objetivamente imputable al ejercicio funcional, lo que permitirá otorgar relevancia inclusive al enriquecimiento producido antes del efectivo ejercicio del cargo y después de haber cesado en este, siempre que exista ese nexo funcional. A propósito de todo esto, se reflexiona en esta parte del libro sobre otros aspectos esenciales como la delimitación de los objetos protegidos en los delitos contra la administración pública y el concepto penal de funcionario, las consecuencias para la participación de la dogmática de los delitos de infracción de deber o el tratamiento del error sobre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global, aspectos sin duda polémicos pero que, a propósito del delito analizado, merecen un análisis particular teniendo presente las fuentes nacionales.

En el tercer capítulo se abordan cuestiones particularmente relevantes en materia de autoría y participación, tal como el título de imputación del «extraneus» en los delitos especiales de funcionarios públicos, cometidos en el marco de un aparato organizado de poder. A continuación se examina el delito de asociación para delinquir como tipo alternativo e idóneo para hacer frente al complejo fenómeno de la criminalidad organizada, en tanto permite sancionar de modo autónomo la mera pertenencia a una asociación delictiva, sin perjuicio de la responsabilidad atribuible a cada integrante por las infracciones penales que se cometan en el marco de la actividad del aparato criminal.

El cuarto capítulo es un ensayo de exclusiva raigambre procesal, dedicado al proceso penal por delitos contra la administración pública. No sólo se trata la perspectiva general de la persecución penal de la corrupción, sino que –enfrentando problemas de nuestro ordenamiento jurídico- se investigan temas relevantes de ese ámbito punitivo. Entre los diversos aspectos del capítulo, existen apartados dedi-

cados a la persecución penal contra los altos funcionarios del Estado, a la intervención de la Fiscal de la Nación, a la función investigadora del Congreso, al papel de la Procuraduría Pública del Estado, a las relaciones entre el régimen administrativo sancionador y el proceso penal, con especial incidencia en el *ne bis in idem*, al decomiso y su tutela cautelar y al análisis procesal constitucional del delito de enriquecimiento ilícito en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y la garantía constitucional del nemo tenetur.

Hemos querido presentar al público lector no sólo un análisis dogmático de los tres delitos estudiados acudiendo al desarrollo penal extranjero, sino fundamentalmente valorando lo que nuestros juristas han planteado. Asimismo, se incorpora masivamente la jurisprudencia de nuestros tribunales, que sirve no sólo como referencia específica de la labor judicial sino como pauta central para entender y criticar en su día cómo se enfocan y resuelven los complejos problemas jurídico penales del conjunto de delitos analizados.

Mucha de la información procesal y de la orientación asumida en ese ámbito disciplinario se debe a las dos últimas estancias de investigación que César San Martín realizó en la Universidad de Alicante, gracias al apoyo de los Doctores José María Asencio Mellado, Catedrático de Derecho Procesal, y Olga Fuentes Soriano, Profesora Titular de Derecho Procesal, que las hicieron posible y que en todo momento incentivaron y apoyaron. Asimismo, los trabajos preliminares de la investigación de Carlos Caro han podido reforzarse durante la primeras semanas de su estancia en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg im Breisgau/Alemania, gracias a un *Forschungstipendium* de la *Max Planck Gesellschaft* y al decidido apoyo del Privatdozent Dr. Kai Ambos y la hospitalidad del Prof. Dr. Dres. h.c. Albin Eser.

Agradecemos también al Estudio Benites, Mercado & Ugaz, por las facilidades ofrecidas para la elaboración de esta obra y por su permanente apoyo a las labores académicas, que entiende siempre ligadas al diario quehacer profesional. Igualmente expresamos nues-

tro reconocimiento a nuestra asistente Pilar Olavide Galdós (PUCP), por su colaboración en la ordenación de las citas bibliográficas, en la confección de la bibliografía y en el cuidado de la edición. Finalmente, nuestra gratitud a la firma Jurista Editores por asumir el riesgo de la publicación.

Miraflores/Freiburg.i.Br., 5 de marzo de 2002

ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJ	Anales Judiciales
AP	Actualidad Penal
art./arts.	artículo/artículos
BJ	Boletín Judicial de la Corte Suprema
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
Const.	Constitución
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPP	Código de Procedimientos Penales
CS	Corte Suprema
DJ	Diálogo con la Jurisprudencia
DJu	Diario Judicial
DoP	Doctrina Penal
DP	Derecho Penal
EJ.SUP.	Ejecutoria Suprema
Exp	Expediente
JP	Juzgado Especializado en lo Penal
JurP	Jurisprudencia Penal
JurTC	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
NDP	Nueva Doctrina Penal
NFP	Nuevo Foro Penal
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RF	Revista del Foro
RJP	Revista de Jurisprudencia Peruana
RJur	Revista Jurídica del Perú
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RT	Revista de los Tribunales
S	Sentencia
SCS	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú
SCSL	Sentencia de la Corte Superior de Lima
SJ	Serie de Jurisprudencia
SSP	Sala Superior Penal
StGB	Código Penal Alemán
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StPO	Ordenanza Procesal Penal Alemana
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUO	Texto Único Ordenado

ÍNDICE GENERAL

Presentación 7
Abreviaturas 13

CAPÍTULO PRIMERO
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES
DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
CON RELACIÓN AL «CASO MONTESINOS»

1. Aproximación inicial 21
2. Técnicas de protección y bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias 24
3. Especial referencia a la punición del interesado en el delito de tráfico de influencias 43
4. La prueba videográfica 76
5. Validez de la prueba videográfica 86

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. Generalidades 103
2. Antecedentes y regulación en el derecho comparado 106
3. La convención interamericana contra la corrupción 120
4. El bien jurídico tutelado y técnicas de tipificación 123
5. Elementos del tipo objetivo 156
   5.1 El funcionario o servidor público como sujeto activo 156
   5.2 El Estado como sujeto pasivo 183

5.3 La ilicitud de la conducta funcional («por razón del cargo») como atributo del comportamiento penalmente relevante 184
5.3.1 La infracción del deber vinculado al cargo como fundamento de la autoría 186
5.3.2 El criterio de imputación «por razón del cargo» 194
5.3.3 Fuentes del enriquecimiento «por razón del cargo» 203
5.4 El resultado material de enriquecimiento 206
5.4.1 Noción de enriquecimiento 206
5.4.2 El objeto material del «enriquecimiento» 210
5.4.3 Momento del enriquecimiento 212

6. El dolo como elemento del tipo subjetivo 221
7. La autoría y participación 228
8. Las formas imperfectas de ejecución 248

CAPÍTULO TERCERO
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMETIDOS EN EL MARCO DE ORGANIZACIONES CRIMINALES: UN ANÁLISIS DOGMÁTICO A PARTIR DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

1. Consideraciones preliminares. 253
2. Autoría y participación en delitos cometidos a través de un aparato organizado de poder. 255
3. El título de imputación del *«extraneus»* en los delitos especiales de funcionarios públicos. 270
4. El delito de asociación ilícita para delinquir. 279
4.1 Aproximación inicial. 279
4.2 Bien jurídico y técnica de protección. 283
4.3 Elementos materiales del injusto. 293

CAPÍTULO CUARTO
EL PROCEDIMIENTO PENAL POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Aspectos generales. 309
   1.1 Ámbito de la persecusión penal. 309
   1.2 Algunas observaciones para mejorar la persecución penal. 310
2. El procedimiento penal contra altos funcionarios públicos. 319
   2.1 Inmunidad de arresto y procesamiento. 320
   2.2 Acusación Constitucional. 327
3. La intervención del Fiscal de la Nación. 342
4. El procurador público del Estado. 352
5. El sistema nacional de control y persecución penal. 362
   5.1 Prejudicialidad Administrativa. 363
   5.2 Carácter del informe especial. 370
6. Procedimiento penal y procedimiento administrativo sancionador. 375
7. Procedimiento penal y Comisión Parlamentaria de Investigación. 390
8. Aspectos procesales del decomiso y su tutela cautelar. 394
9. El tipo penal de enriquecimiento ilícito y el derecho constitucional a la presunción de inocencia. 412
10. Delito de enriquecimiento ilícito y derecho a la no autoincriminación. 430

Bibliografía 445

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS CON RELACIÓN AL «CASO MONTESINOS»

José Leandro Reaño P.
Dino Carlos Caro C.
César Eugenio San Martín C.

1. APROXIMACIÓN INICIAL.

§ 1. El inicio consistente de una gran cruzada contra la corrupción política y empresarial tuvo lugar cuando, en el mes de setiembre del año pasado, fue entregado un «vladi-video» a los líderes del Frente Independiente Moralizador -y ulteriormente, el 14 de dicho mes, visionado en presencia de la prensa local y extranjera-, conteniendo una filmación realizada a instancias del Ex Asesor Presidencial y jefe de facto del Sistema de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, en el local de dicha institución pública, en la que aparece el momento en que aquél entregaba dinero al congresista de «oposición» Alberto Kouri Boumachar, a fin de que se cambie de bancada política y se pase al bloque parlamentario oficialista. Esas escenas, de claro «transfuguismo político», conmovieron a la opinión pública y dieron lugar, conjuntamente con otros factores concurrentes, a la caída del régimen corrupto de Alberto Fujimori Fujimori[2].

En los momentos finales de la innoble huida al Japón del ex presidente Fujimori Fujimori, y luego de nombrar –a instancias de su

---

2 César ARIAS QUINTOT indica, desarrollando un análisis politológico, que «a partir de los 'vladi-videos' el país ha pasado por una especie de catarsis cívica y, al igual que los ciudadanos que pasaron, en otras latitudes, por la traumática experiencia del fascismo, aquí también muchos se preguntaron: ¿Cómo fue posible?, lo cual, en verdad, quiere decir: ¿Cómo fue posible que aceptáramos e incluso apoyáramos a semejante régimen?» («Origen, desarrollo y caída del fujimorato». En: Las tareas de la transición democrática. Lima, Comisión Andinas de Juristas 2001, p. 17).

Ministro de Justicia- un pool de Procuradores Ad Hoc para perseguir a su socio Montesinos Torres, interfirió y suplantó -mediante mecanismos ostensiblemente delictivos- una diligencia de allanamiento y registro ordenada por el Juez que investigaba a Montesinos Torres, a quien se le había abierto instrucción por diversos delitos graves. El ex presidente Fujimori Fujimori no sólo evitó y desvió la intervención oficial y regular de la Policía Judicial al domicilio del imputado en referencia e hizo intervenir a personal de la Casa Militar, sino que además dispuso se suplante a un Fiscal, cuya concurrencia obligatoria había dispuesto el Juez de la causa en la correspondiente resolución judicial habilitadora.

§ 2. El registro domiciliario, aun cuando ilegalmente ejecutado al vulnerarse los términos de la autorización judicial, deparó al país y al mundo una gran sorpresa. En esa ocasión se incautaron cientos de videos que Montesinos Torres guardaba con mucho celo y que, precisamente, para evitar su vulnerabilidad –pues en el caso del famoso vídeo «Kouri/Montesinos» se había producido una «fuga de seguridad», terminando en manos de la oposición política- los había trasladado, con el sigilo correspondiente, del local oficial a su domicilio conyugal.

Los vídeos, según han sido mostrados a la opinión pública por el Congreso, revelaban numerosas entrevistas y encuentros sostenidos por Montesinos Torres con políticos, empresarios y militares en las dependencias del Servicio de Inteligencia Nacional. En muchas de ellas el propio Montesinos Torres hacía entrega a sus interlocutores de dinero mal habido, conspiraba con ellos y, en varias ocasiones, se le pedía o proponía y, al fin se concordaba, la realización de diversas gestiones y actividades –verdaderos actos de interferencia- ante la Administración Pública y el sistema judicial.

Los vídeos incautados, luego de un transitar dudoso por Palacio de Gobierno y una retención indebida de tres días, fueron remitidos, previa intervención notarial, al Juez de la causa, que con presencia del Ministerio Público levantó el acta de recepción correspondiente.

§ 3. Las investigaciones preliminares y judiciales instauradas a partir de noviembre de 2000 contra Vladimiro Montesinos Torres y su compleja red de corrupción, evidenciaron la presencia de una organización criminal enquistada en las principales instituciones del aparato de poder estatal, integrada por altos funcionarios del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, e importantes empresarios, quienes se beneficiaron indebidamente del patrimonio del Estado y coadyuvaron al sostenimiento político del mencionado régimen gubernamental.

En el curso de las investigaciones llevadas a cabo por el subsistema denominado «anticorrupción», se hizo manifiesta la participación activa del Ex Asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional durante la gestión presidencial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, habiéndose erigido como el artífice de una red de corrupción organizada a nivel gubernamental, que utilizó a su favor recursos del erario público, e instrumentalizó a parlamentarios y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público para la consecución de objetivos políticos y crematísticos.

En torno a las denuncias formalizadas del Ministerio Público y a las decisiones judiciales dictadas al efecto, una de los temas más arduos del debate dogmático, tanto desde la perspectiva material cuanto de la lógica probatoria, ha girado en torno al delito de tráfico de influencias, previsto y sancionado en el art. 400 del CP. Sobre este delito y el alcance de la prueba videográfica se han suscitado posiciones jurídicas diametralmente opuestas, que inclusive han contado con la intervención de prestigiosos juristas iberoamericanos que, mediante sendos y enjundiosos informes jurídicos, terciaron en la polémica de publicitados casos. Entre ellos, destacan principalmente los Dictámenes elaborados por los profesores Francisco Muñoz Conde, Fernando Velásquez Velásquez, Juan Bustos Ramírez, Jesús María Silva Sánchez, Ujala Joshi Jubert, y Felipe Villavicencio Terreros, que han sido aportados a los procesos respectivos.

§ 4. En términos generales, en estos documentos se sustenta dogmáticamente la impunidad del interesado a partir de la consideración de que es sólo el traficante quien utiliza sus influencias para obtener una resolución judicial o administrativa favorable. Inclusive, quienes niegan la relevancia penal del comportamiento del interesado, afirman que éste es en realidad una víctima del traficante de influencias[3], y que el descrédito de la administración pública que la norma penal trata de impedir no deriva de la acción del interesado sino de la del traficante de influencias[4], lo cual –a nuestro juicio- es parcialmente correcto, ya que sólo el traficante de influencias puede ser autor del delito, mas ello no es suficiente para descartar la relevancia penal -a título de partícipe- de la conducta del interesado.

§ 5. En cuanto al Derecho procesal penal, se ha cuestionado la validez de la denominada «prueba videográfica», tanto por el hecho de filmarse escenas sin autorización de uno de los interlocutores, cuanto por haberse obtenido en el curso de un allanamiento ilícito. Ello ha llevado a plantear, de modo más riguroso, el complejo tema de la «prueba prohibida» y de sus consecuencias jurídico procesales.

2. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN Y BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

§ 6. El art. 400 del CP castiga al que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté

3 Vid. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. «Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias (Art. 400 del CP)». En: Actualidad Jurídica. T. 88 / marzo 2001, p. 61.

4 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 2ª ed. Lima, Grijley 2001, pp. 435-440. El carácter de víctima del interesado en el tráfico de influencias es sostenido por ANTOLISEI, quien afirma que es una variedad de la estafa. (Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Manual de DP. PE. Madrid, Akal 1993)

conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En consecuencia, el autor del delito es propiamente el traficante de influencias, quien como acto ejecutivo simplemente ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias, reales o simuladas, a cambio de lo cual recibe una ventaja u obtiene una promesa determinada, la que no necesariamente ha de tener una connotación económica. La redacción del precepto no exige que el autor lleve a la práctica el ofrecimiento o que haya conseguido el propósito buscado con la intercesión, esto es, la provocación en el funcionario influido de una determinada decisión favorable al interesado.

Al tratarse de un delito común, la calidad de funcionario público del traficante de influencias sólo es relevante para la aplicación de la agravante genérica del art. 46-A del CP[5], pues el comportamiento incriminado se desarrolla íntegramente en la esfera privada.

§ 7. Con relación a la fase consumativa del delito de tráfico de influencias, es de puntualizar que el tipo del art. 400 CP constituye un delito mutilado de dos actos, cuya estructura típica es similar a la de los delitos de corrupción pasiva de funcionarios (arts. 393 y 394 CP). En efecto, el perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias, *primero* reciba una ventaja o promesa de donativo por parte del interesado, y *posteriormente* se comprometa a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento de intercesión se haga efectivo. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende al propio ámbito del dolo, en la medida que la fase consumativa no

5 Al tratarse el tráfico de influencias de un delito común, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito, en aquellos supuestos de abuso de poder «por razón del cargo», en los que el agente se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer el hecho punible, sin que ello implique una doble valoración de la condición de funcionario público del autor.

exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante, las cuales pueden ser incluso irreales. Se trata, pues, de un delito de «tendencia interna trascendente» o «delito de intención», cuya configuración exige obrar con el ánimo, finalidad o intención adicional de llevar a cabo una actividad distinta y posterior a la conducta típica[6].

En los esfuerzos por sistematizar los tipos con elementos subjetivos, la clasificación más aceptada es la formulada por MEZGER, quien distingue delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión[7]. En términos generales, el delito de tráfico de influencias es uno de *intención*, pues la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, y en tanto el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior irrelevante para la fase consumativa, se trata de un delito con tendencia interna trascendente, mutilado de dos actos[8].

En el delito de tráfico de influencias, la intercesión efectiva ante el funcionario o servidor público por parte del traficante constituye

---

6 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de DP. PG. T. I. Madrid, Universitas 1996, p. 396. Dentro de la categoría de los delitos de tendencia interna trascendente, este autor distingue entre «delitos cortados de resultado», aquellos en los que el tipo requiere el ánimo de producir con la conducta típica un ulterior resultado (p.e. el delito de falsedad documental del art. 427 del CP, en tanto debe derivarse algún perjuicio potencial del uso del documento falsificado), y «delitos mutilados de dos actos», aquellos en los que lo requerido es el ánimo o especial intención de llevar a cabo una ulterior actividad distinta de la conducta típica. En esta última subcategoría se incardinan los delitos de corrupción pasiva y activa de funcionarios, pues la solicitud, recepción, entrega, o promesa de la ventaja indebida ha de realizarse con la especial intención de ejecutar u omitir -posteriormente- actos reñidos o no con las obligaciones del funcionario autor del delito.

7 Vid. ROXIN, Claus. DP. PG. T. I. 2ª ed. Madrid, Civitas 1997, pp. 316-317.

8 La categoría de delitos con tendencia interna trascendente se subdivide, a su vez, en delitos mutilados de dos actos y delitos cortados de resultado. En los delitos mutilados de dos actos el resultado adicional ha de ser provocado por una acción posterior (p.e. el delito de cohecho pasivo propio, en el que el acto u omisión que realiza el funcionario público en violación de sus obligaciones, debe ser provocado por una conducta distinta a la solicitud o recepción de dádivas, aunque subjetivamente exista un nexo causal entre ambos comportamientos). En cambio, en los delitos cortados de resultado el segundo resultado posterior debe producirlo la propia acción típica, sin que se requiera una segunda acción adicional. Con mayor detalle, vid. ROXIN, Claus, cit., pp. 315 y ss.

una finalidad ulterior al comportamiento típico, que no integra la estructura objetiva del tipo, y, en su caso, importará la realización de un comportamiento adicional, cuya relevancia jurídico penal deberá ser abarcada por un tipo distinto al del art. 400 CP.

§ 8. La criminalización del tráfico de influencias como delito de peligro, evidencia la decisión político criminal de anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de inferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado en el ámbito de la Administración Pública. Al respecto, MIR PUIG, comentando el art. 404 bis c) del Código penal español derogado[9], considera que la tipificación del tráfico de influencias pone de manifiesto la gran sensibilización de la sociedad ante el tema de la corrupción, aunque su práctica generalizada entre abogados y litigantes le confieran un valor meramente simbólico[10].

El recurso a la anticipación de la barrera de punibilidad y la equiparación de comportamientos que pueden constituir meros actos preparatorios de algún delito de corrupción de funcionarios, colusión desleal o prevaricato a la categoría de tipo penal, ha motivado que

9 Cuyos elementos materiales son similares a los de nuestro tipo penal de tráfico de influencias, con la diferencia que la consumación del tipo penal peruano siempre exige la aceptación del interesado. Así, «Art. 404 bis c): Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaran de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor (...)».

10 Vid. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública. Barcelona, J.M. Bosch 2000, p. 261. En este mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Lima, Palestra 2001, p. 462, concluye que la inclusión del tipo de tráfico de influencias llena un vacío de punición para abarcar comportamientos frecuentes «en una sociedad inundada por la corrupción». En contra: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, cit., pp. 60-61, se muestra contraria a la criminalización del tráfico de influencias, y llega a sostener que «en realidad, lo que se está sancionando no es más que una práctica cotidiana característica de nuestra idiosincrasia, que cuando llega a concretarse, supera los límites del tráfico de influencias, para convertirse en un delito más grave, como el de prevaricato o corrupción de funcionarios, en cualquiera de sus modalidades».

parte de la doctrina se pronuncie por su descriminalización[11]. Quizás sea posible reconocer cierto asidero a esta posición en la dogmática española, pues si se prescindiese de esta modalidad delictiva no se dejaría en total ayuno a valiosos intereses institucionales, pues existen otros tipos penales que sancionan el tráfico de influencias[12].

No obstante, en el caso peruano, la insuficiencia del estatuto penal anticorrupción impide que las figuras de cohecho recojan adecuadamente el espectro de comportamientos de ejercicio de influencias en funcionarios públicos, de suerte que la destipificación del tráfico de influencias supeditaría la sanción penal a la verificación de la intercesión efectiva ante el funcionario público o a la emisión del pronunciamiento influenciado. La realización los actos ulteriores al acuerdo entre traficante de influencias e interesado, pueden subsumirse en los tipos de cohecho activo y pasivo, siempre y cuando el medio corruptor consista en donativos, promesas o cualquier ventaja.

Cabe acotar, como materia de reflexión político criminal, que el ordenamiento jurídico penal peruano no prevé como típico el caso del particular que influencia en las decisiones de funcionarios públi-

---

11 MORALES PRATS, Fermín, María José RODRÍGUEZ PUERTA. «Del tráfico de influencias». En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). Comentarios a la PE del DP. Pamplona, Aranzadi 1999, pp. 1277-1278, para quienes la figura delictiva de tráfico de influencias previsto en el art. 430 CP español (de similar redacción a la de nuestro tipo penal) ejerce una función meramente simbólica, «exponente del recurso al Derecho Penal para tranquilizar la conciencia colectiva; pobre y distorsionada misión para el Derecho Penal, convertido en ocasiones en *prima ratio* no ya jurídica sino moral».

12 «Art. 428: El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas (...). Si obtuvo el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior». «Art. 429: El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas (...). Si obtuvo el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

cos, cuando tal intercesión se ejecuta a título gratuito. Al suscribir y ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción el Perú se comprometió a considerar la tipificación de «toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí, o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado» [art. XI, num. 1), lit. c) de la CICC]. En este dispositivo se detallan una serie de conductas lesivas a los intereses de la administración pública, cuya tipificación en el ordenamiento interno de los Estados miembros deberá ser evaluada progresivamente.

En este escenario, la despenalización del tráfico de influencias ocasionaría para *la imparcialidad u objetividad de la administración pública* una situación de indefensión material frente a los graves ataques de quienes utilizan sus influencias para torcer la voluntad de Magistrados judiciales y funcionarios a cargo de casos administrativos. En nuestro medio, no obstante, algunos autores se han pronunciado por la conveniencia de retrasar la intervención punitiva a una fase de mayor lesividad para intereses institucionales, incluso considerando suficiente el alcance actual de los restantes tipos penales de corrupción de funcionarios[13]. Desde una perspectiva contraria a esta última postura, abordaremos el estudio del bien jurídico penal tutelado en el delito comentado, a fin de determinar los supuestos en los que la represión punitiva se erige como necesaria.

§ 9. El recurso a la técnica de los delitos de peligro -concreto y abstracto- en la tipificación del tráfico de influencias, ha llevado a algunos autores a cifrar el bien jurídico tutelado en el «prestigio y buen nombre de la Administración»[14], que puede resultar lesionado cuando

13 GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, cit., pp. 60-61.

14 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias». En: Cuadernos de Derecho Judicial. T. IV. Madrid, CGPJ 1994, p. 209. En la doctrina nacional, ROJAS VARGAS, Fidel, cit., p. 435, identifica como objeto de tutela penal al «prestigio y regular funcionamiento de la administración pública».

«se manifiesta» tener influencias sobre las autoridades o funcionarios públicos[15]. Aunque, atendiendo a la lejanía entre el comportamiento típico del traficante de influencias y los intereses de la Administración, dentro de esta posición algunos afirman que en realidad se ha criminalizado un «peligro remoto», de tal suerte que se ha elevado a la categoría de delito un mero acto preparatorio[16]. Por otra parte, en nuestro medio, ABANTO VÁSQUEZ entiende que el tráfico de influencias importa un atentado lejano contra la *imparcialidad* del funcionario y el *carácter público* de la función, presuponiendo el tipo penal peruano un «peligro», que según el caso puede ser abstracto o concreto[17]. Finalmente, hay quienes consideran que el tipo peruano de tráfico de influencias no atenta contra bien jurídico penal alguno, pues «ni siquiera se exige que haya un funcionario público involucrado»[18].

Ciertamente, la confusión existente en torno al bien jurídico y a la técnica de protección en el delito de tráfico de influencias obedece a un tratamiento unívoco, que soslaya su carácter complejo y las características propias de cada modalidad. A nuestro juicio, desentrañar el interés objeto de verdadera tutela penal sólo es posible a partir del tratamiento diferenciado de cada modalidad.

§ 10. La comisión de la primera modalidad, consistente en el «tráfico de influencias simuladas», no lesiona interés jurídico alguno de carácter institucional, pues, ante la ineficacia de las influencias invocadas, el peligro para el funcionamiento de la administración pública es nulo o imposible. Precisamente, éste es el supuesto que la doctrina italiana denomina «venta de humo» o *«vendita di fumo»*[19], en el que el

15 MORALES PRATS, Fermín, María José RODRÍGUEZ PUERTA, cit., p. 1277.

16 Vid. ORTS BERENGUER, Enrique. «Delitos contra la Administración Pública II». En: Vives Antón, Tomás Salvador (dir). DP. PE. 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, pp. 765-766.

17 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 463.

18 GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, cit., p. 60.

19 Efectivamente, en el terreno del tráfico de influencias, el CP italiano sólo criminaliza -como tipo autónomo- la venta «simulada» de influencias. Así, el art. 346 del CP italiano, ubicado dentro del Capítulo II (De los delitos de los

interesado aparece como víctima de un delito de estafa, siempre que se acepte la estafa sobre negocio jurídico con causa ilícita.

En la modalidad de «tráfico de influencias simuladas» es realmente problemática la identificación de un bien jurídico protegido, pues, en términos concretos, la influencia invocada nunca podrá materializarse en una afectación -ni siquiera abstracta- a los intereses de la administración pública. Al respecto, únicamente podrá postularse una afectación al «prestigio y buen nombre de la administración pública», en tanto que el interesado crea que las decisiones judiciales y administrativas pueden ser distorsionadas por las gestiones del traficante. Sin embargo, en todos los casos, tal afectación poseerá una entidad irreal, y por tanto carente de lesividad. Por lo demás, la referencia al prestigio y buen nombre de la administración pública constituye un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible[20]. En este sentido, entendemos que VILLAVICENCIO TERREROS, en

particulares contra la administración pública) del Título Segundo (De los delitos contra la administración pública), señala: «El que, simulando influencias ante un funcionario público, o ante un empleado público que preste algún servicio público, reciba o haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, como precio de su propia mediación ante el funcionario o empleado público, será castigado con reclusión de uno a cinco años y con multa de tres mil a veinte mil liras. La pena será reclusión de dos a seis años y multa de cinco mil a treinta mil liras, si el culpable recibe o hace dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que tiene que comprar el favor de un funcionario o empleado público, o de que tiene que remunerarlo». Vid. MAGGIORE, Giuseppe. DP. PE. Vol. V. Bogotá, Temis 1972, p. 399. La denominación «venta de humo» fue acuñada en tiempos del emperador romano Alejandro Severo, con ocasión de la pena impuesta a un súbdito del Imperio Romano, que -aprovechándose de su amistad con el emperador- vendía influencias y privilegios. Fue condenado a morir en la hoguera, colocándose sobre ella la siguiente inscripción: *«funo punitur qui fumun vendidit»*. Referencia histórica recogida por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 460-461; y, ROJAS VARGAS, Fidel, cit., p. 433. Actualmente, se asimila la expresión «venta de humo» a la intercesión ofrecida por el traficante influencias, precisamente, por el carácter inmaterial de tal prestación.

20 Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. DP. PE. 12ª ed.. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 981. En este sentido, Vid. también ORTS BERENGUER, Enrique, cit., p. 765.

un informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de tráfico de influencias contra el señor Manuel Delgado Parker, señala que es muy difícil, *sino imposible*, sostener que el delito de tráfico de influencias afecte a la administración pública. De ahí que se haya buscado, añade este autor, el bien jurídico tutelado ya no en la afectación concreta a la administración pública, sino simplemente en un abstracto «prestigio y buen nombre de la administración».

Definitivamente, la modalidad de tráfico de influencias simulada constituye un supuesto de tentativa inidónea, y por lo tanto impune de conformidad con el art. 17 del CP. Efectivamente, en tanto el agente carece del medio adecuado, esto es, la influencia capaz de afectar la imparcialidad de la administración pública, el proceso causal emprendido es inadecuado al tipo. En este caso, sólo existe un propósito del agente que, desde una perspectiva *ex ante*, obviamente no puede alcanzar en virtud de la inidoneidad absoluta del medio.

El comportamiento inocuo del traficante irreal de influencias, ha motivado que se busque el interés merecedor de tutela en el patrimonio del interesado. Ello ha sido posible a partir de la aceptación de la estafa sobre negocio jurídico con causa ilícita[21], pues, en definitiva, el hecho que la víctima de la defraudación pretendiera con el acto de disposición patrimonial realizar un hecho delictivo, no impide el castigo como autor del delito de estafa de quien mediante engaño idóneo produjo la defraudación[22].

Empero, la admisión de la estafa en los casos de negocios jurídicos con causa ilícita no es unánime y, ciertamente, depende de la

---

21 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit.; QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de la PE del DP. T. II. Madrid, Reus 1972; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Manual de DP. PE. Vol. II. Madrid, Ceura 1987.

22 Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, cit., p. 182. En virtud de este razonamiento, QUINTANO RIPOLLÉS, A., cit., concluye que «no es ilógico castigar al ladrón por su robo, y al estafador que luego le engañó, por *su estafa*; al traficante de estupefacientes por su *tráfico* y al que le defrauda en tal criminal mercancía por su *estafa*, y así sucesivamente, dado que las conductas fueron diversas y estrictamente individuales».

concepción de «patrimonio» que se asuma como bien jurídico penal[23]. Así, MANZINI se muestra reticente a aceptar la estafa en caso de negocio jurídico con causa ilícita, argumentando que la víctima actuó libremente cuando pactó la prestación ilícita y efectuó la disposición patrimonial, por lo que no puede quejarse de su pérdida pecuniaria, puesto que cambió su dinero por una esperanza que el ordenamiento jurídico no reconoce como derecho[24].

A nuestro juicio, la tesis que se decanta por la protección penal del patrimonio del «comprador de humo» debe descartarse, en atención a los siguientes fundamentos: *a)* la ubicación sistemática del delito de tráfico de influencias no corresponde a los delitos patrimoniales, ni siquiera a los delitos contra el patrimonio público; *b)* el tipo no exige que la prestación sea de carácter patrimonial (puede ser un favor político), tampoco exige una prestación efectiva (basta la promesa), la prestación dada u ofrecida podría ser en sí misma ilícita (comisión ilegal en un contrato público, influir para el nombramiento en un cargo público, etc.); *c)* si se tratara de una prestación patrimonial efectivamente entregada, tampoco podría alegarse estafa porque a partir del acuerdo entre el traficante y el comprador de humo, no puede alegarse la presencia de una relación jurídica obligatoria que determine su protección y exigibilidad conforme al derecho privado. Conforme al carácter secundario o subsidiario del Derecho penal, no pueden protegerse relaciones que, de plano, carecen de tutela a través de medios menos violentos que el penal; y, *d)* si se tratara de una

23 Cuestión que, como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios a la PE del DP. 2ª ed.. Pamplona, Aranzadi 1999, p. 475, no es baladí, pues de la noción patrimonio que se asuma en términos jurídico penales dependerá el momento de consumación de la estafa. Siendo un delito patrimonial en sentido estricto, la configuración del tipo de estafa exige la lesión material y efectiva del patrimonio de la víctima. Por su parte, la doctrina penalista -en forma mayoritaria- se decanta por una concepción mixta (económica y jurídica) de patrimonio, que incluye bienes y derechos de contenido patrimonial puestos a disposición de una persona.

24 MANZINI, Giuseppe, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Manual de DP. PE. T. III. Madrid, Akal 1993, p. 25.

estafa, no se comprende por qué motivo se estaría privilegiando con una norma especial al vendedor de humo y con una menor sanción (de 2 a 4 años de pena privativa de libertad), frente a la del delito de estafa, que prevé una pena conminada de 1 a 6 años.

En definitiva, desde una perspectiva teleológica, consideramos que la modalidad de «tráfico de influencias simuladas» no posee entidad lesiva para el bien jurídico institucional que se pretende proteger, debiéndose optar -*sólo en este caso*- por la impunidad del traficante e interesado, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material[25]. En consecuencia, de cara a una reforma de la legislación vigente, debe pensarse en su destipificación a fin de sancionarse únicamente los casos de compraventa de influencias reales[26].

§ 11. La segunda modalidad típica prevista en el art. 400 del CP, consistente en el «tráfico de influencias reales», incrimina el comportamiento del particular que se ofrece a interferir en la decisión de un funcionario jurisdiccional o administrativo, valiéndose de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial[27].

---

25 Ante las limitaciones del carácter formal de la antijuricidad, expresada en la mera contradicción entre un acto y una norma positiva, la noción «material» de antijuricidad exige que la conducta -que ha transgredido la norma positiva- lesione o ponga en peligro un bien jurídico que el Derecho tutele. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir). Manual de DP. PG. Pamplona, Aranzadi 1999. p. 278.

26 En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, cit., p. 766, quien comentando el art. 430 del CP español, cuyos elementos materiales son similares a los de nuestro art. 400, con la diferencia que la consumación del delito no requiere la aceptación del interesado, afirma que la titularidad real de las influencias es presupuesto ineludible de este delito, pues de lo contrario podría haber una estafa, pero no tráfico de influencias.

27 Nótese que este tipo penal no castiga la conducta del funcionario que cede ante la interferencia del traficante, ni la conducta de este último cuando formula la solicitud al funcionario.

En torno a la cuestión del bien jurídico en el tipo penal peruano de tráfico de influencias, autores como SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT no descartan la protección de un interés espiritual, al considerar que en este delito el objeto tutelado está dado por «la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y *el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública*»[28]. En esta línea de razonamiento, MUÑOZ CONDE al comentar el art. 400 de nuestro texto punitivo, el cual califica de delito *sui generis* por ser una especie de mezcla entre delito especial y delito de propia mano, concluye que el interés objeto de tutela jurídica está dada por «el prestigio y el buen nombre de la Administración»[29]. Este último autor apoya tal conclusión en una premisa errónea, pues afirma que el «contenido de injusto del delito en cuestión (art. 400 del CP peruano) es ofrecerse a alguien para ejercer influencia sobre un tercero. Por tanto, el bien jurídico protegido en este precepto no puede ser otro que, como ya puse de relieve en un primer comentario al delito homólogo introducido en el CP español por reforma de 22 de marzo 1991 (...), "el prestigio y el buen nombre de la Administración"»[30].

Al referirse al contenido del injusto del tipo penal nacional de tráfico de influencias, MUÑOZ CONDE no advierte que la configuración del art. 400 del CP peruano, a diferencia del art. 430 del CP español, exige la aceptación del interesado frente a la propuesta del traficante. Efectivamente, para la consumación del art. 430 del CP español: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en

28 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen emitido a petición del abogado Sr. Julio Rodríguez Delgado, p. 5, y que fuera presentado por la defensa del Sr. Manuel Delgado Parker en la instrucción que se le sigue ante el Primer Juzgado Penal Especial Anticorrupción, por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias, en agravio del Estado.

29 MUÑOZ CONDE, Francisco. Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del art. 400 del CP, presentado en el curso de un proceso penal seguido ante el circuito judicial anticorrupción. Igualmente, el mismo autor, «Revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada». En: Los nuevos delitos de tráfico de influencias. (Apéndice a la 8ª ed. del Manual de DP. PE). Valencia, Ed. Tirant lo Blanch 1991, p. 15.

30 ibid., p. 15

los artículos anteriores (que sanciona al funcionario o particular que influyera en funcionario público o autoridad prevaliéndose de sus influencias, para conseguir resolución favorable), solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados (...)», basta el ofrecimiento del traficante, siendo irrelevante la respuesta del interesado. Antes al contrario, la consumación del tipo penal peruano sí exige una respuesta afirmativa por parte del interesado, pues de otro modo el traficante no recibiría la dádiva o la promesa de ventaja a la que se refiere el art. 400 del CP nacional.

Por su parte, BERNAL PINZÓN es concluyente al afirmar que el traficante de influencias ofende dos intereses diversos: en *primer lugar*, atenta contra el buen nombre de la administración de justicia, cuyas instituciones se denigran cuando se considera que es posible obtener el favor de sus representantes; y, en *segundo término*, existe una lesión a un interés patrimonial del cliente al que fraudulentamente se solicita el dinero[31].

De modo similar, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ entiende que el delito comentado posee un carácter pluriofensivo, pues el comportamiento del traficante de influencias afecta tanto la administración pública como el patrimonio del interesado. Este autor también se decanta por la protección de un bien jurídico espiritual y etéreo en el delito de tráfico de influencias, pues considera que su criminalización obedece al interés del Estado de *preservar su buen nombre, velando por el honor y el prestigio de la Administración Pública*, «lo cual lo lleva a combatir todos aquellos brotes criminosos que comporten deslucimiento, mengua o descrédito para ella»[32]. Al referirse al patrimonio del interesado como objeto de tutela, este autor pareciera aludir a la modalidad de tráfico de influencias simuladas, pues afirma que el Estado «también tiene

31 BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Temis 1965. pp. 25-26.

32 Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Dictamen presentado en el curso de un proceso penal seguido ante el circuito judicial anticorrupción.

interés en que no se juegue con los particulares a los que se les burla por inescrupulosos que terminan, finalmente, obteniendo prebendas y remuneraciones a las que no debe haber lugar»[33]. A partir de una interpretación teleológica del precepto estudiado, la afirmación de este autor resulta manifiestamente disfuncional, pues el interesado que acepta o solicita la intercesión ante un Magistrado judicial o funcionario a cargo de una caso administrativo es tan *inescrupuloso* como el traficante que ofrece sus influencias.

Ciertamente, entendemos que la modalidad de «tráfico de influencias reales» impide asimilar como bien jurídico tutelado al «prestigio y buen nombre de la Administración»[34], por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado social y democrático de Derecho[35], pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de Administración de Justicia prestigioso, cuya intangibilidad quiere ser preservada: ¡nada más lejos de la realidad social peruana!. Son válidas para este planteamiento las críticas que formula JAKOBS a la validez del principio de «exclusiva protección de los bienes jurídico-penales». Este autor recurre al ejemplo del Juez que comete un delito de prevaricato, señalando que en tal supuesto el Magistrado no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con denominación «correcta administración de justicia», sino que no ha generado aquella «administración de justicia» que debe existir, pues, en rigor, el Juez ha abandonado su rol, lesionando las expectativas que existían frente a él en tanto titular de un determinado rol[36]. De entrada, resulta artificial equiparar a la categoría

33 Vid. ibid.

34 Al comentar el art. 430 del Código penal, similar al 400 de nuestro texto punitivo, MORALES PRATS, Fermín, María José RODRÍGUEZ PUERTA. «Del tráfico de influencias», cit., p. 1277, concluyen que «la incriminación de esta clase de comportamientos únicamente puede responder a la tutela del prestigio y buen nombre de la administración».

35 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., pp. 462-463.

36 Vid. JAKOBS, Günther. «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 1 / 2000, pp. 154-156, pp. 161-164.

del bien jurídico penal un interés inexistente, traducido en una «prestigiosa» Administración Pública, que por su inmaterialidad es imposible de colocar en una situación de riesgo.

§ 12. Por el contrario, entendemos que el objeto de protección en la modalidad de tráfico de influencias reales ha de concretarse en «la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas»[37], como interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional[38], consagrado en el art. 139, inc. 2), de la Constitución. Esta modalidad, caracterizada por la idoneidad del acuerdo entre traficante e interesado -sobre la base de la veracidad de las influencias invocadas-, lleva consigo una afectación -en términos de peligro abstracto[39]- a la autonomía de los Magistrados judiciales y funcionarios encargados de decidir casos administrativos.

37 En similar sentido, MORILLAS CUEVA, PORTILLA CONTRERAS. «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias». En: Comentarios a la Legislación Penal, XVI. Madrid, Edersa, 1994, p. 192 y ss., para quien el bien jurídico está constituido por «el correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad».

38 Consagrado en el artículo 139, inciso 2), de la Constitución de 1993.

39 Sobre los delitos de peligro, véase TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho Penal de la Empresa, Madrid, Trotta 1995, p. 51. Para este autor la técnica de los tipos de peligro responden «al deseo de no consagrar la ineficacia que se derivaría de exigir la constatación de perjuicio a un orden global que, considerado en su integridad, no es susceptible de menoscabo apreciable. (...), no puede esperarse al resultado de perjuicio, porque la lesión de los mecanismos básicos de funcionamiento y la pérdida de confianza colectiva en ellos depositada se producirá, y de modo irreparable, antes». Por su parte, ROXIN, Claus, cit., p. 60., precisa que la vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de **lesión** de bienes jurídicos, siendo suficiente una **puesta en peligro** de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto el propio tipo convierte en requisito de punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto los bienes jurídicos protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. BARBERO SANTOS, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N° III / 1973, p. 489, maneja un concepto residual de peligro abstracto -el no concreto, entendido como aquel en el que el peligro

La imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas, como bien jurídico penal, tiene relevancia constitucional a partir de lo dispuesto en el art. 39 de la Carta Magna, según el cual «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación», servicio que debe prestarse en condiciones de igualdad, como bien se deduce del art. 2.2 de la propia Constitución.

En consecuencia, no debe discutirse la relevancia de este bien jurídico, sino, únicamente los límites de su protección. En esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que el art. 400 del CP no exige la efectiva intercesión o influencia sobre el funcionario público por parte del vendedor de influencia, y menos exige que dicho funcionario realice una actuación antijurídica como producto de la influencia. De esta forma, el delito en mención no afecta en sí mismo, no lesiona específicamente la imparcialidad de la función pública.

---

es un elemento del tipo, de modo que, para que pueda hablarse de realización típica, se exige la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo-, al que se recurre prescindiendo de la existencia de auténtico riesgo para un bien jurídico. Esta definición debe, a su vez, ser matizada con el correctivo introducido por ARROYO ZAPATERO, Luis. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Madrid, Trotta 1981, p. 251, cuando señala que si el legislador prescinde del resultado lesión o del resultado peligro, y castiga la mera infracción de las normas de seguridad, por presumir que esta infracción dará lugar a la producción de un resultado de peligro, viola principios básicos rectores del sistema penal, pues se estaría criminalizando el «peligro de la producción de un peligro para un bien jurídico». Al respecto, resulta interesante la referencia a los denominados «delitos de peligro hipotético» que hace TORÍO LÓPEZ, A. «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1981, pp. 835-840, en los que la posibilidad de producción de peligro es elemento necesario, esto es, la presunción de peligrosidad existente, tiene carácter *iuris tantum*, admite prueba en contra; entendiendo -con TERRADILLOS BASOCO, Juan, cit., p. 58- que el empleo de tipos de peligro hipotético, esto es aquellos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) en una consideración *ex ante* para producir un resultado lesivo, es lícito «cuando no es posible, o no es conveniente, supeditar la intervención penal a la constatación de peligro para un bien jurídico concreto, por ejemplo, porque su lesión va a producirse en un futuro más o menos lejano o porque afectará a objetos materiales que se saben existentes pero no son identificables -como ocurre en los delitos ambientales-».

Debe asimismo admitirse que tampoco lo pone en peligro concreto, lo que seguramente ocurrirá sólo si el traficante ejerce efectivamente la influencia sobre el funcionario o servidor público. Sólo desde ese momento puede decirse que el autor del delito (vendedor de la influencia) pierde el dominio o control sobre el peligro que entraña su actuación. Dicho de otro modo, sólo desde ese momento, como se destaca aplicando la actual concepción de peligro concreto de DEMUTH[40], el bien jurídico tutelado ingresa dentro del radio de la acción peligrosa.

En esa línea de pensamiento, queda claro que el comportamiento descrito por el art. 400 del CP peruano *equivale a un comportamiento de peligro abstracto o peligrosidad ex ante de la conducta*, pues basta invocar las influencias reales (en este caso) y recibir el donativo o la promesa de ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor, para que el injusto quede configurado.

§ 13. En definitiva, la modalidad de tráfico de influencias reales constituye un caso de adelantamiento de la barrera criminal a un estadio previo a la lesión del bien jurídico que se desea tutelar, pero a nivel de la abstracta peligrosidad, lo que en sí mismo puede ser cuestionado en el plano constitucional, en tanto se defienda la plena vinculación del Derecho penal al principio de lesividad.

Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS estima que la tipificación nacional del delito de tráfico de influencias presenta un escaso merecimiento de pena y supone un adelantamiento sumamente excesivo de la punibilidad, produciéndose una «difuminación» del bien jurídico, pues la fórmula legal del artículo 400 del CP admite un sujeto privado, influencias simuladas, la posibilidad de que el resultado buscado por el interesado sea lícito, y el mero ofrecimiento de determi-

40 DEMUTH, Heinrich, citado por CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente -delitos y técnicas de tipificación-. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 443-444. El citado autor alemán entiende el peligro como «la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa».

nada ventaja como fase consumativa; concluyendo que, para otorgar alguna «racionalidad» al precepto comentado, la doctrina ha acudido a un concepto abstracto y vago como es el *prestigio y buen nombre de la administración pública* como objeto de tutela[41].

Empero, a nuestro juicio, tal adelantamiento de la intervención penal es necesario de cara a la efectiva tutela del bien jurídico, pues, de lo contrario quedarían impunes muchos comportamientos lesivos a intereses institucionales, al constituir meros actos preparatorios de delitos de cohecho activo (art. 399 del CP)[42]. En definitiva, la tipificación del delito de tráfico de influencias como uno de peligro abstracto y de tendencia interna trascendente no constituye un caso excepcional en el estatuto penal anticorrupción, pues, como ya ha sido anotado, en los delitos de corrupción pasiva propia (art. 393), corrupción pasiva impropia (art. 394) y corrupción activa (art. 399), el comportamiento típico se ejecuta «para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones»[43], «para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación»[44], o «para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones»[45]. En estos delitos, la conducta típica objetiva se agota o consuma con la sola solicitud o aceptación de donativos, promesa o cualquier otra ventaja por parte del funcionario público (delitos de corrupción pasiva), o con el sólo ofrecimiento de dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase al funcionario o servidor público (corrupción activa).

En esta línea, CEREZO DOMÍNGUEZ, comentando los delitos corrupción pasiva de funcionarios del Código penal español[46], entiende

41 Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de tráfico de influencias y en el delito de asociación ilícita en contra del señor Manuel Delgado Parker, pp. 25-26.

42 En este sentido, véase también ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 462.

43 Cohecho pasivo propio (art. 393 del CP).

44 Cohecho pasivo impropio (art. 394 del CP).

45 Cohecho activo (art. 399 del CP).

46 Previstos en los arts. 419 y 420 del CP español, cuyos elementos materiales coinciden con los tipificados en los arts. 393 y 394 del CP peruano. Así, «Art. 419: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un

que estos ilícitos se consuman tanto cuando se lleva a cabo la solicitud de la dádiva por parte del funcionario que no es aceptada por el particular (auto-ofrecimiento o autocorrupción), como cuando las partes han dado su consentimiento y el funcionario acepta o recibe la dádiva o la promesa de ella conforme al acuerdo con el particular[47]. En términos generales, las expresiones relativas a la finalidad ulterior al comportamiento típico no integran la estructura objetiva del tipo, sino que refieren a elementos subjetivos diferentes del dolo[48].

En el caso específico del tipo penal de tráfico de influencias, la norma persigue sancionar el acuerdo de intercesión, sin necesidad de que se ejerza la futura e incierta influencia sobre el funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo, lo cual obedece a objetivos netamente preventivos acordes con el sentido del Derecho penal, conforme lo expresan los artículos I y IX del Título Preliminar del CP[49]. Lo contrario significaría retrasar innecesariamente la inter-

---

tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en (...)». «Art. 420: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en (...)».

47 Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa». En: Revista La Ley – Actualidad Penal N° 21 / 2001.

48 De modo mayoritario la doctrina identifica en algunos delitos la presencia de requisitos anímicos que son auténticos elementos subjetivos del injusto. Por todos: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir). Manual de DP. PG, cit., pp. 350-351.Para este autor, los elementos subjetivos del injusto adicionales al dolo van referidos a fines y propósitos, mientras que el dolo va referido a todo aquello que compone la parte objetiva del tipo. Por su parte, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de DP. PG., cit., p. 395, define los elementos subjetivos del injusto como ánimos o fines específicos distintos del simple dolo y requeridos expresamente por la descripción legal, sin los cuales la conducta es atípica.

49 «Art. I: Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad». «Art. IX: La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación».

vención del Derecho Penal, en desmedro de la función protectora de bienes jurídicos que establece el art. IV del TPCP.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PUNICIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

§ 14. Un tema especialmente controvertido en la interpretación del tipo de tráfico de influencia se cifra en la admisión de la relevancia penal del comportamiento del interesado o comprador de la influencia. Este aspecto viene discutiéndose ante el Poder Judicial, por ejemplo en el proceso seguido contra los Sres. Luis Fernando Pacheco Novoa, Gonzalo Menéndez Duque y Andrónico Mariano Luksic Craig, altos funcionarios de la empresa Lucchetti, y contra los Sres. Manuel Delgado Parker y Ernesto Schütz Landázuri, casos en los que la defensa de la imputados ha ofrecido la opinión de importantes juristas iberoamericanos que defienden la tesis de la impunidad del llamado comprador de influencias, perspectiva que independientemente de los hechos de tales casos, amerita una reflexión desde la perspectiva jurídico-penal.

Sin embargo, como podrá apreciarse seguidamente, conforme al estado actual de la dogmática y la política criminal, es posible postular la tesis de la punición de la conducta del llamado comprador de humo, siempre que lo ofertado sea una influencia real pues en los casos de influencias simuladas no existe bien jurídico que proteger, al menos desde la perspectiva de los delitos contra la administración pública.

§ 15. Conforme al art. 400 del CP peruano puede ser sujeto activo cualquier persona, a diferencia del CP español de 1995 que distingue supuestos de comisión por parte del funcionario público (arts. 428 y 429) y del particular (art. 430). Antes bien, la intervención como funcionario o servidor, en tanto sea abusiva del cargo, puede determinar en nuestra legislación la aplicación de la agravante del art. 46-A del CP.

Mas allá de entenderse que el interesado que compra la influencia no puede ser coautor del ilícito, al no ser quien «invoca» ni ofrece «interceder»[50], no reina acuerdo en cuanto a su punición como partícipe, esto es como instigador o cómplice. En el caso de la doctrina española ello ha venido aparejado de una profunda crítica al tipo penal del art. 430 del CP de 1995 que prevé una sanción simbólica de prisión de 6 meses a 1 año para quien ofreciéndose a influenciar a un funcionario público, solicita de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o acepta ofrecimiento o promesa. En tal sentido, se ha señalado que el precepto es ilegítimo porque sanciona el acto preparatorio de un delito que tiene una pena bastante leve y porque no existe proporción entre estos actos preparatorios y la efectiva realización de influencias[51].

Sin embargo, en el ámbito hispano una parcela doctrinal admite la relevancia penal de la participación delictiva en el tráfico de influencias. De esa manera, MUÑOZ CONDE ha sostenido, interpretando la correspondiente norma del CP español de 1995 que «Si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito pre-

50 En la doctrina nacional véase por todos, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 472. De modo excepcional, SERRANO GÓMEZ, Alfonso. DP. PE. Madrid, Dykinson 1999, pp. 752-753, quien llega a sostener que «El sujeto activo del delito, que son tanto quien se ofreciere a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores como quienes aceptan el ofrecimiento o promesa, han de ser particulares (...) aquí se sanciona tanto a quien ofrece como a quien acepta el ofrecimiento». En similar sentido, a propósito del art. 147 del CP colombiano de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la administración pública. 3ª ed. Bogotá, Temis 1995, p. 116, para quien estamos ante un «tipo plurisubjetivo». Críticamente en torno a la opinión de Ferreira, PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Gustavo Ibañez 1995, p. 191, señala que «la plurisubjetividad no es concepto de naturaleza ontológica sino jurídica».

51 Vid. por todos FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. «Del tráfico de influencias». En: Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir). Comentarios al CP. Madrid, Civitas 1997, p. 1146.

visto en el art. 430 y no como autor en sentido estricto»[52]. De tal manera, a juicio del citado autor español, el interesado puede ser sancionado, según el grado de intervención, como instigador o cómplice del delito de tráfico de influencias[53]. En la misma perspectiva se ha pronunciado CARLOS MIR PUIG, para quien «Si el "tercero" acepta la solicitud del sujeto activo o autor del delito, aquél es un cooperador necesario del art. 430, en concurso ideal con el art. 423.2 (cohecho activo de respuesta)». Mientras que «Si el tercero ofrece o promete, es un inductor»[54].

En la doctrina nacional recientemente REAÑO PESCHIERA ha defendido la tesis de la punición del interesado o comprador de influencias[55]. Por su parte, VILLAVICENCIO TERREROS parecía admitir tal opción cuando señaló en mayo de 2000, a propósito de la implementación de la CICC en nuestra legislación, que en el delito de tráfico de influencias «resultan de aplicación las disposiciones referidas a la participación, especialmente en relación a la complicidad y a la autoría mediata (arts. 23 y 25 del CP)», siendo por ello, a su juicio, innecesaria «una reforma de la legislación penal nacional a efectos de acoger lo previsto en el Artículo XI, 1.c. de la

52 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 11ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, p. 886. También en la 12ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 982. Esta opinión es citada también por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 472, n. 1148 *in fine*, como representativa de la orientación doctrinal que «admite la participación del comprador de influencia».

53 Tales conclusiones serían luego revisadas por Muñoz Conde en mayo de 2001 en su Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del art. 400 del CP Peruano a las conversaciones mantenidas entre representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres, donde sostiene la impunidad de la participación en el tráfico de influencias, véase pp. 5 y ss.

54 MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. Barcelona, J.M. Bosch 2000, p. 274.

55 REAÑO PESCHIERA, José Leandro. «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?». En: Ius et Veritas, N° 23 / 2001, pp. 296-298

CICC»[56] [57], norma que indudablemente plantea la sanción del comprador de humo al tipificar como actos de corrupción «toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, (...) *por persona interpuesta*, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado».

Menos clara resulta la opinión de ABANTO VÁSQUEZ, para quien «el interesado es "partícipe necesario"» y «no responderá como cómplice de este delito»[58], de lo que podría deducirse la posibilidad de sancionarlo a título de instigación, opción que sí acepta expresamente GARCÍA CANTIZANO[59]. Tajante es en todo caso la opinión de ROJAS VARGAS[60] y BRAMONT ARIAS[61], quienes defienden la tesis de la atipicidad del comportamiento del interesado. Antes bien, un sector de la doctrina nacional no se ha pronunciado sobre este problema, como es el caso de HUGO ALVAREZ[62], RAÚL PEÑA CABRERA[63], FRISANCHO APARICIO y ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA

56 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe. Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lima, mayo de 2000, pp. 33-34. Luego publicado bajo el título: Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lima, PUCP/IDEI 2001, p. 48.

57 Esta opinión sería luego revisada por Villavicencio Terreros en agosto de 2001, a través de su Informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de tráfico de influencias y en el delito de asociación ilícita en contra del Sr. Manuel Delgado Parker, Vid. pp. 37 y ss. donde sostiene la imposibilidad jurídica de toda forma de participación delictiva en el tráfico de influencias.

58 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 472.

59 GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, cit., p. 62.

60 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 439.

61 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. Temas de DP. T. 4. Lima, San Marcos 1990, p. 75.

62 HUGO ALVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública: análisis sistemático de los tipos delictivos. Lima, Gaceta Jurídica 2000, pp. 205-212.

63 PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PE. Vol. IV. Lima, Sagitario 1990, pp. 317-318.

F.[64], PORTOCARRERO HIDALGO[65], ANGELES GONZÁLES y FRISANCHO APARICIO[66].

§ 16. En el terreno jurisprudencial las opiniones son también divergentes. En las pocas oportunidades en que la Corte Suprema ha evaluado el delito de tráfico de influencias, no se ha realizado mención alguna en cuanto al interesado. Así lo refleja la ejecutoria de 28 de enero de 1998, exp. N° 5002-97, Lima, 1ª Sala Penal Transitoria, que consideró acreditado el delito de tráfico de influencias así como la responsabilidad del procesado, quien en su condición de auxiliar de la Corte Suprema de Justicia prometió a la justiciable influir en la causa seguida en su contra, habiendo recibido una suma de dinero para tal efecto[67]. De modo similar, la ejecutoria de 20 de mayo de 1998, exp. N° 638-98, Lima, Sala «C», excluye el tratamiento del interesado cuando expresa que «En nuestro medio se ha constatado que personas inescrupulosas, trafican con la justicia valiéndose de la debilidad de algunos encargados de administrar justicia, los que atentan contra la correcta administración de justicia y se aprovechan de la desesperación del litigante que acude a resolver su problema de cualquier manera; que casos como estos deterioran la imagen del Poder Judicial»[68].

En ese sentido, la problemática relativa a la punición del interesado es reciente en la jurisprudencia peruana, concretamente a partir de los casos vinculados al Sr., Montesinos Torres[69] en donde se cuen-

64 FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA F. Tratado de DP. Delitos contra la administración pública. Lima, Fecat 1999, pp. 351-353.

65 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero 1997, pp. 238-240.

66 ANGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. Código Penal. Volumen VII. Lima, Ediciones Jurídicas 1998, pp. 3279-3281.

67 En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Lima, Gaceta Jurídica 1999, p. 486.

68 ibid., p. 489.

69 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, cit., pp. 294 y ss.

ta con material fílmico de las reuniones que éste sostenía con diferentes empresarios que lo buscaban para solucionar sus litigios judiciales y administrativos, a sabiendas de su enorme poder sobre las diferentes dependencias del Estado.

De esta manera, el auto de 24 de mayo de 2001 del Tercer Juzgado Penal Anticorrupción, exp. 41-2001, en la denuncia interpuesta contra altos funcionarios de la empresa Lucchetti Perú S.A., Sres. Luis Fernando Pacheco Novoa, Gonzalo Ménendez Duque y Andrónico Mariano Luksic Craig, declaró no ha lugar a abrir instrucción por el delito de tráfico de influencias debido a la atipicidad de la conducta de los denunciados, «toda vez que el injusto en su descripción fáctica, no contempla de modo alguno, sin que con esto se pretenda argumentar una flagrante omisión en su tipificación, respecto de aquella o aquellas personas que recurren o requieren los "servicios" del sujeto activo, es decir de las interesadas en obtener un pronunciamiento favorable en el proceso judicial o administrativo instaurado (...) ergo nuestra legislación no reprime a aquél individuo o individuos que recurren a estos traficantes de influencias para obtener un beneficio y aquello emerge de la sola interpretación literal descrita en el numeral cuatrocientos del Código Penal vigente»[70].

Pero esta resolución parece contener luego una contradicción interna cuando señala, desde una «interpretación teleológica», «que esta conducta antijurídica solamente reprime a todos aquellos sujetos, cuyos grados de intervención se encuentran previstos en el rubro referido a la autoría y participación previstos por el numeral veintitrés y siguientes del Código sustantivo»[71], con lo que se estaría admitiendo la relevancia penal de la participación delictiva.

En todo caso, este auto fue revocado mediante la Resolución N° 127 de la Sala Penal Especial Anticorrupción de la Corte Superior de

70 Fundamentos décimo primero y décimo segundo.
71 Fundamento décimo tercero.

Lima, de 3 de agosto de 2001, exp. 32-2001-A, por entender que «se evidencia una presunta participación punible de los denunciados a título de instigador-inductor, toda vez, que el artículo veinticuatro del CP vigente, sanciona como forma de participación delictiva, la realización dolosa de un comportamiento idóneo, para determinar en otro una resolución criminal, hipótesis que se adecua a los hechos cuando los denunciados solicitan al inculpado Montesinos Torres su intercesión en el sistema judicial para solucionar favorablemente los procesos judiciales que afrontaba la empresa Lucchetti, otorgándole a cambio su apoyo incondicional en señal de reciprocidad y agradecimiento»[72]. En ese sentido, la resolución superior admite la criminalización de la participación en el tráfico de influencias.

Sin embargo, en la denuncia interpuesta contra el Sr. Dionisio Fernando Romero Seminario por supuesta instigación en el delito de tráfico de influencias que habría cometido el Sr. Vladimiro Montesinos Torres para determinar el nombramiento del administrador judicial de la empresa Hayduk, el auto de 27 de noviembre de 2001 del Segundo Juzgado Penal Anticorrupción, exp. N° 8-2001, declaró no ha lugar a abrir instrucción contra el Sr. Romero por considerar «Que, de acuerdo a la descripción típica del artículo cuatrocientos del Código Penal, autor del delito de tráfico de influencias sólo puede ser la persona que invoca las influencias, en el caso materia de la denuncia tal calidad sólo la tiene Vladimiro Montesinos Torres. El denunciado Dionisio Romero Seminario resulta ser el interesado, sujeto cuya conducta no se encuentra descrita en el indicado tipo penal, de modo tal que la norma no prescribe la conducta prohibida con relación al interesado, por lo tanto no puede ser autor del delito de tráfico de influencias (...) Tanto más, si el tipo penal de tráfico de influencias es una figura de adelantamiento o anticipación excesiva de la punibilidad y por consiguiente excepcionalísimo, por lo que no resulta coherente con el principio de legalidad su amplificación en lo referente al interesado»[73].

72 Fundamento sétimo.

73 Fundamentos octavo y décimo segundo.

§ 17. Como puede observarse, el problema de la punición del llamado «comprador de humo» no es una cuestión baladí en nuestro ordenamiento jurídico, al extremo de haber motivado, como se advirtiera anteriormente, estudios a cargo de importantes juristas iberoamericanos que, frente a imputaciones contra determinados empresarios peruanos o extranjeros que habrían sostenido reuniones con el Sr. Montesinos para pactar el destino de sus causas judiciales o administrativas, defienden la atipicidad de la compra de humo.

En esa perspectiva, MUÑOZ CONDE, quien ha venido defendiendo la punición del interesado a través de sus trabajos sobre la Parte Especial del ordenamiento español, en su reciente Dictamen vinculado al caso Lucchetti sostiene que el tipo de tráfico de influencias del art. 400 del CP peruano no permite la sanción del comprador de humo por ausencia de merecimiento de pena. Así señala que «la conducta del particular al que se le ofrece la influencia debe quedar impune, no tanto porque no encaje literalmente en los conceptos de inducción o complicidad de los arts. 24 y 25 del Código penal peruano, sino por *no ser merecedora de pena* conforme a la naturaleza especialmente vinculada a la figura del "traficante de influencias" del art. 400, y no a la del que, en cierto modo, no es más que su víctima o víctima de un sistema generalizado de corrupción»[74].

Esta línea argumentativa ha sido complementada en nuestro medio VILLAVICENCIO TERREROS en el Informe relativo a la imputación por tráfico de influencias contra el Sr. Manuel Delgado Parker, donde sostiene que el merecimiento de pena en este ilícito «sólo se alcanza cuando además del desvalor del resultado (afectación del bien jurídico) existe un especial desvalor de acción: que el traficante actúe para obtener u obtenga «donativo, promesa o cualquier otra ventaja». Este desvalor de acción se presenta única y exclusivamente en el autor del delito y no en el particular que acude al traficante»[75].

74 MUÑOZ CONDE, Francisco. Dictamen, cit., pp. 6-7.
75 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe, cit., p. 36.

Ante estos importantes fundamentos no debe perderse de vista que una adecuada valoración del merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) implica evaluar las condiciones de gravedad y oportunidad para otorgar relevancia penal a un comportamiento determinado. Dicho de otro modo, si los principios materiales de merecimiento y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*), como precisa LUZÓN PEÑA, operan simultáneamente en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito[76], entonces el problema sobre la relevancia penal del comportamiento del llamado comprador de humo depende en buena cuenta de si conforme a su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, la pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria[77], lo que en rigor se analizará más adelante al hilo de la opinión de los Profs. SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT, principalmente[78].

Antes bien, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, por el principio de proporcionalidad, la utilización de la pena se legitima en su función social por la relación del merecimiento de pena con la dañosidad social causada[79]. Por ello queda claro que el planteamiento de VILLAVICENCIO TERREROS de hacer depender el merecimiento de pena principalmente de un «especial desvalor de acción» que la ley concretaría en la exigencia de obtención o una actuación para obtener «donativo, promesa o cualquier otra ventaja», constituye una reducción injustificada del juicio de merecimiento de pena que, según lo advertido por la doctrina contemporánea, implica una valoración que va más allá del análisis legislativo y alcanza, inclusive, la evaluación de las circunstancias concretas del caso enjuiciado.

---

76 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: Silva Sánchez, Jesús-María (ed). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Barcelona, J.M. Bosch 1995, p. 119.

77 ibid., p. 120.

78 Vid. infra § 18 y ss.

79 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid, Colex 2001, p. 183.

Las consideraciones axiológicas relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones dotan de fundamento material al merecimiento de pena[80]. De allí que su contenido en el delito de tráfico de influencias no puede agotarse en el estudio de la gravedad del hecho otorgada por el legislador de modo general y abstracto, sino que se extiende a la ponderación del hecho mismo en términos de disvalor de acción y disvalor del resultado, de modo que pueda considerarse su concreta dañosidad social. Desde esta perspectiva, no puede pasarse por alto en el análisis del merecimiento de pena, la gravedad de las imputaciones por tráfico de influencias que se investigan ante el Poder Judicial, gravedad que deriva, como en los casos de la empresa Lucchetti Perú S.A. y del Sr. Manuel Delgado Parker, de su presunta realización en el marco o a través de la organización criminal corrupta del ex asesor presidencial Montesinos Torres, lo que a su vez puede fundamentar una mayor necesidad de pena en términos de prevención general[81].

Pero aun partiendo de un análisis político criminal exclusivamente cifrado en la gravedad del hecho abstractamente considerado, debe tenerse en cuenta la importancia del tráfico de influencias en el contexto interamericano. En ese sentido, se trata de poner de relieve la importancia constitucional del bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento, ligado según se advirtió a la propia funcionalidad del servicio público -no a conceptos etéreos como el prestigio o buen nombre de la administración-, y no al patrimonio del particular como parece entender MUÑOZ CONDE al considerarlo víctima del ilícito.

---

80 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al DP contemporáneo. Barcelona, J.M. Bosch 1992, p. 277.

81 Como precisa LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit., pp. 120-121, los principios de merecimiento y necesidad de pena pueden operar de forma conjunta, pueden reforzarse recíprocamente, «No pueden entenderse como dos categorías completamente independientes, pues, (...) valores y fines están estrechamente interrelacionados en muchos aspectos».

Asimismo, debe considerarse su valor en el contexto supranacional, lo que en definitiva dota de mayor contenido el merecimiento de pena en el tráfico de influencias[82]. Cobra pues trascendencia la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por Perú en 1997[83], que en buena cuenta sintetiza la *opinio iuris* regional relativa a los estándares mínimos para enfrentar las fuentes de corrupción[84]. En esa medida, es representativo que la Convención no se limite a plantear la sanción del traficante de influencias sino también de quien la compra. El art. XI sumillado con el rótulo «Desarrollo progresivo», precisa que los Estados se obligan a considerar la tipificación de, entre otros comportamientos, «Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, (...) *por persona interpuesta* (...), procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado».

Esta norma de Derecho internacional, en tanto el Derecho penal sigue siendo una parcela soberana de los Estados[85], carece de eficacia inmediata por imperio del principio de legalidad que garantiza el art. 2.24.d de la Constitución y el art. II del CP. De ese modo, no puede defenderse que la CICC extiende por su sola vigencia el contenido del art. 400 del CP peruano. No obstante, *de lege lata* es necesario tener en cuenta que la CICC, en tanto ha sido ratificada por el Estado peruano, constituye en virtud del art. 55 de la Constitución una norma de Derecho interno que ostenta, al menos, rango de ley como se

82 Vid. *mutatis mutandi*, en cuanto a las infracciones ambientales y su relevancia en el contexto internacional como fundamento del merecimiento de pena. CARO CORIA, Dino Carlos, cit., pp. 280-283.

83 Mediante el D.S. N° 012-97-RE de 24 de marzo de 1997.

84 Vid. Preámbulo de la CICC.

85 Salvo especiales excepciones como la futura competencia de la Corte Penal Internacional, SAN MARTÍN CASTRO, César. «Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En: Salmón, Elizabeth (ed). La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Lima, PUCP 2001, pp. 105 y ss.

deduce del art. 200 num. 4 de la Carta Magna[86]. De esa manera, la fuerza normativa de la CICC la erige en una fuente de obligatoria observancia en la interpretación del Derecho interno[87]. Y como indica CEREZO MIR, «En la medida en que no se ve afectado el principio de legalidad las estipulaciones de los tratados o convenios internacionales (...) no es preciso que encuentren confirmación en una ley para su aplicación»[88].

La aplicación en el delito de tráfico de influencias de las reglas de la participación criminal preestablecidas en los arts. 24 y 25 del CP, es compatible con la reserva de ley penal, no se trata de la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de fundamentar en términos de merecimiento de pena una ampliación del tipo generalmente permitida en la interpretación de la parte especial. En todo caso, como precisa MIR PUIG, «La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el "sentido literal posible")»[89].

De esta forma, antes que pretender una reforma del tipo penal del art. 400 del CP con el objeto de sancionar expresamente la compra de humo, es posible aplicar las reglas de la participación delictiva previstas en los arts. 24 y 25 del CP que regulan la instigación y la complicidad. Pues como precisara VILLAVICENCIO TERREROS, «Si bien la fórmula nacional no se refiere a la persona interpuesta, ello no

86 NOVAK TALAVERA, Fabián. «Los tratados y la Constitución peruana de 1993». En: Agenda Internacional. N° 2 / 1994, p. 80.

87 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. T. 3. Lima, PUCP 1999, pp. 153 y ss.

88 CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General I. 5ª edición. Madrid, Civitas 1996, p. 160.

89 MIR PUIG, Santiago. DP. PG. 5ª ed. Barcelona, PPU 1998, p. 87.

impide su sanción, pues resultan de aplicación las disposiciones referidas a la participación»[90].

Por lo demás, en cuanto el merecimiento de pena debe considerarse la valoración del legislador peruano en torno a la gravedad de este ilícito, conminado en el art. 400 del CP con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años, sanción que puede agravarse hasta en un tercio por encima del máximo legal si el agente aprovecha de su condición de funcionario o servidor público (art. 46-A). De cualquier forma, la gravedad que otorga la norma nacional no se condice con la fijada por el legislador español del CP de 1995 que establece en el tipo penal respectivo (art. 430) pena de prisión de 6 meses a 1 año. Ello hace comprensible la crítica de la doctrina hispana contra esta norma por su carácter simbólico e inocuo desde el punto de vista preventivo general[91]. Y en especial porque, a diferencia del art. 400 del CP peruano, la consumación opera en el tipo español con el simple ofrecimiento del vendedor de influencia, sin necesidad de promesa o entrega alguna por parte del interesado[92], lo que si se requiere en la regulación nacional y que indudablemente incide en el merecimiento de pena, por configurarse un caso de participación necesaria, como se verá posteriormente.

En cuanto a la gravedad de las consecuencias jurídicas, especialmente en relación a la pena privativa de libertad, la orientación del legislador nacional es común en el Derecho comparado. Un juicio ligeramente más grave que el efectuado en nuestro ordenamiento

90 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe. Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cit., p. 33. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, p. 48.

91 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la administración pública en el CP español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conductas». En: RPCP. N° 7-8 / 1998, p. 726. MUÑOZ CONDE, Francisco. DP. PE. 12ª ed., cit., p. 983.

92 ORTS BERENGUER, Enrique, cit., p. 765. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, cit., p. 753.

realiza por ejemplo el legislador italiano al prever pena de reclusión de 1 a 5 años y multa de 3.000 a 20.000 liras (art. 346 del CP de 1930). De modo parecido, el legislador brasilero prevé pena de reclusión de 1 a 5 años y multa de 3.000 a 20.000 cruzeiros (art. 332 del CP de 1940). Una mayor desvaloración efectúa el legislador colombiano al prever pena de prisión de 4 a 8 años, multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación de 5 a 8 años (art. 411 del CP de 2000). Por su parte, el legislador francés fija 5 años de prisión además de una multa de 50.000 Francos, criminalizando *con la misma sanción* (art. 433-2 del CP de 1994) la conducta del comprador de la influencia, lo que refleja una idéntica desvaloración frente al comportamiento del vendedor o traficante de influjos[93].

Esta tendencia de nuestro ordenamiento también permite apreciar que el tráfico de influencias no es un delito de «escasa entidad», como sí ocurre en el sistema español, sino ante un ilícito de mediana gravedad, al igual que otros que prevén penas máximas de 4 años de privación de libertad y en los que no se discute la punición de la complicidad o de la instigación por una pretendida ausencia de merecimiento de pena. En ese sentido cabe citar la apropiación ilícita (art. 190), la receptación (art. 194), el fraude en la administración de personas jurídicas (art. 198), la exacción ilegal (art. 383), el peculado de uso (art. 388 pf. 2), la malversación no agravada (art. 389 pf. 1), el cohecho pasivo impropio (arts. 394 y 399 pf. 2) o el encubrimiento real (art. 405). En estos delitos se admite, sin más, la participación delictiva, sin excluirse los casos de participación necesaria en delitos

93 «Art. 433.2: Será castigado con la pena de cinco años de prisión y 50.000 F de multa todo aquél que solicite o acepte, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos o beneficios cualesquiera por abusar de su influencia real o supuesta con vistas a conseguir que una autoridad o Administración Pública otorgue distinciones, empleos, contratos o cualquier otra decisión favorable.
Será castigado con las mismas penas el que ceda a las peticiones previstas en el párrafo anterior o proponga sin tener derecho a ello, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos o beneficios cualesquiera para que una persona abuse de su influencia real o supuesta con vista a conseguir que una autoridad o Administración Pública otorgue distinciones, empleos, contratos o cualquier otra decisión favorable».

de encuentro. Así, en el cohecho pasivo impropio se castiga con idéntica pena (2 a 4 años de privación de libertad) el ofrecimiento de ventaja indebida o promesa por parte del particular (art. 399 pf. 2) y la aceptación de la misma por parte del funcionario público (art. 394).

§ 18. De otra parte, MUÑOZ CONDE sostiene que «el particular interesado en la influencia se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción), al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia»[94]. Por ello concluye que «la ratio legis del precepto no permite incluir en su ámbito de aplicación a quien realmente no es más que sujeto pasivo de un sistema de tráfico de influencias, bastante generalizado al parecer por aquel entonces en las altas esferas políticas del país, conforme al cual el empresario que no pasaba por la "horcas caudinas" de Montesinos y sus secuaces tenía muy pocas posibilidades de obtener las concesiones y licencias administrativas que le podía permitir ejercer sus actividades sin muchos problemas»[95].

Tales consideraciones coinciden con el criterio de co-responsabilidad social y estatal puestos de relieve por VILLAVICENCIO TERREROS para fundamentar la señalada ausencia de merecimiento de pena. Desde su punto de vista, «Está claro que frente a una administración eficiente y justa no habría necesidad de usar a terceros influyentes, por lo que existe una fuerte dosis de responsabilidad social en el contexto de este delito y, en consecuencia, no puede existir merecimiento de pena para el particular que se ve socialmente compelido a solicitar la intervención del influyente (...) La ratio legis del precepto no permite incluir en su ámbito de aplicación a quien realmente no es más que sujeto pasivo de un sistema de tráfico de influencias, bastante generalizado en países con un bajo nivel de institucionalización democrá-

94 MUÑOZ CONDE, Francisco. Dictamen, cit., p. 8.
95 ibid., p. 10.

tica (...) No se puede cargar sobre la persona humana (sujeto administrado), con el peso del sistema penal, las propias disfuncionalidades y defectos del sistema social»[96].

La admisión de estos argumentos plantea serias dificultades dogmáticas. El alegato de ausencia de responsabilidad del interesado por hallarse en un estado de necesidad, es de dudoso recibo frente a las condiciones doctrinales y legales para que opere como justificante o exculpante de responsabilidad[97]. En efecto, conforme al art. 20.4 del CP, el estado de necesidad justificante se funda en el principio de preponderancia, lo que implicaría estimar como superior el interés del particular que compra la influencia, frente a la institucionalidad del bien jurídico imparcialidad de la administración pública, pero además sería necesario entender que la compra de influencia era el único medio o el menos lesivo para salvaguardar ese bien privado. Esto último habría de exigirse para apreciar un caso de estado de necesidad exculpante, pero también que el interés resguardado debe ser, necesariamente, «la vida, la integridad corporal o la libertad» según el art. 20.5 del CP, que es lo que determinaría un supuesto de inexigibilidad de otra conducta.

Tampoco puede aceptarse el argumento de una actuación bajo «coacción sistémica» o falta de tipicidad por «co-responsabilidad social». Técnicamente hablando es difícil apreciar coacción fuera de los términos del art. 151 del CP, en el sentido de ejercicio de violencia o amenaza capaz de doblegar la voluntad de la víctima, lo que no se observa a partir de los riesgos y carencia del sistema social que, en estricto, no despliegan fuerza física ni violencia moral sobre el individuo, al extremo de que «no tenga más alternativa», a efectos del delito analizado, que recurrir a la compra de influencias para solucionar conforme al Derecho una causa judicial o administrativa. De esta

96 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe, cit., pp. 40-41.

97 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. CP comentado. Lima, Grijley 2001, pp. 117, 118, 120, 121.

manera, las carencias o deficiencias del sistema que afectan al sujeto, tienen sin lugar a dudas relevancia penal, pero no el ámbito de la tipicidad como se pretende sostener, sino en el terreno de la individualización judicial de la pena, conforme ordena el art. 45 del CP[98].

No debe olvidarse sin embargo que finalmente al Derecho penal le corresponderá un simple rol subsidiario para la prevención de estos comportamientos ilícitos. Por ello se ha llegado a plantear el concurso de otros medios de control que permitan reforzar la decisión criminalizadora, por ejemplo mediante la regulación de las actividades de los grupos que funcionan como «*lobbys*» en el entorno de la Administración, imponiendo condiciones y restricciones[99] de carácter preventivo.

§ **19.** La perspectiva político criminal favorable a una interpretación restringida de la tipicidad del tráfico de influencias, ha sido reforzada por SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT a través de su Dictamen relativo a las imputaciones levantadas contra el Sr. Manuel Delgado Parker.

En cuanto a la conducta del particular que recibe la declaración de quien ofrece ejercer sus influencias, ambos expertos señalan[100] que doctrinalmente se han adoptado dos posturas. La primera de ellas aprecia un caso de cooperación necesaria, entendiendo que se requiere el «acuerdo de voluntades entre ambos sujetos, que confluyen en la realización del injusto, lo que determina la responsabilidad del que

98 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. «Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991». Ponencia presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Penal. Lima, agosto de 2000, inédita, ítem III.C.3. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal comentado, cit., pp. 181-183.

99 ORTS BERENGUER, Enrique e Inmaculada VALEIGE ALVAREZ. «Del tráfico de influencias». En: Vives Antón, Tomás Salvador. Comentarios al CP de 1995. Vol. II. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, p. 1848.

100 Siguiendo a CUGAT MAURI. La desviación del interés general y el tráfico de influencias. Barcelona, Cedecs 1997, pp. 172 y ss.

invoca la influencia, como autor del delito, y del que se halla dispuesto a recompensar por el ejercicio futuro de la influencia, como cooperador necesario del delito»[101]. A su turno, la segunda postura considera que este delito «no requiere tal confluencia de voluntades, lo que permite analizar la responsabilidad de ambos sujetos de manera independiente y descartar la responsabilidad del que recompensa al otro por el ejercicio futuro de la influencia»[102].

Frente a esta disyuntiva los autores antes citados parecen adoptar la primera postura, pues consideran como modalidades consumativas del delito las de «recibir donativo u otra ventaja» o bien «recibir promesa de que se efectuará un donativo o se proporcionará cualquier otra ventaja». En ese orden precisan que «las conductas de intervención del receptor del ofrecimiento cuya sanción penal podría provenir en consideración serían las de «dar donativo u otra ventaja» o bien «dar promesa de que se efectuará un donativo o se proporcionará cualquier otra ventaja"»[103].

Este planteamiento es adecuado. Debe entenderse que el art. 400 del CP peruano, a diferencia del art. 430 del texto español, configura un supuesto de *participación necesaria*[104] y se erige, más concretamente como un *delito de encuentro*[105]. JESCHECK precisa que «Existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente la intervención de más de una persona»[106] y que tales casos de participación se cla-

101 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen, cit., p. 21.
102 ibid., p. 21.
103 ibid., p. 23. Del mismo modo, BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación ilícita para delinquir. Bogotá, Temis 1965, p. 390. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública, cit., p. 194.
104 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «Los delitos contra la administración pública en el CP peruano», cit., p. 472.
105 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, cit., p. 297.
106 JESCHECK, Han-Heinrich. Tratado de DP. PG. Granada, Comares 1993, p. 636.

sifican en delitos de convergencia y de encuentro. En estos últimos, «las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen también a una misma meta, pero desde ángulos distintos, de forma que, en cierta manera, las acciones tienden a encontrarse»[107]. En palabras de MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, los delitos de encuentro «presuponen la pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo»[108].

Ello acontece precisamente en el tipo de tráfico de influencias, pues la consumación no es posible sino con la intervención activa del interesado que promete u otorga «donativo o promesa o cualquier otra ventaja»[109], lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el traficante y el comprador de humo[110]. Ambos orientan su conducta a la puesta en riesgo del mismo bien jurídico, aunque desde diferentes perspectivas, el traficante persigue una prestación por su intercesión mientras que el comprador una resolución judicial o administrativa que le favorezca[111]. De este modo, el riesgo para el bien jurídico no deriva exclusivamente de la actuación del vendedor de influencias, sino que depende, necesariamente, de la injerencia del interesado que la compra[112]. Dicho de otra forma, la consumación del

107 ibid., p. 636.

108 MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. DP. PG 2. Buenos Aires, Astrea 1995, p. 402.

109 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, cit., p. 74.

110 FERREIRA DELGADO, Francisco, cit., p. 116.

111 Bien advertía MANZINI, Vincenzo. Tratado de DP. T. 9. Buenos Aires, Ediar 1961, p. 260, sobre la no identidad de voluntades, «mientras el uno quiere vender humo, el otro quiere y supone, por el contrario, que compra asado». De igual modo, BRAMONT ARIAS, Luis, cit., p. 75. La no identidad de voluntades es compatible con la presencia de un delito de encuentro, por ello no es exacta la crítica de Jorge Valencia Martínez de que la pretendida bilateralidad del tráfico de influencias «es más aparente que real en ausencia de una necesaria identidad de voluntades», citado por PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, cit., p. 191.

112 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, cit., p. 297.

tráfico de influencias deriva de la intervención del interesado, lo que dota de contenido el merecimiento de pena frente a su conducta de encuentro.

Sobre la base de esta premisa puede sostenerse la punición del interesado, no como autor o coautor, sino como partícipe, en calidad de cómplice primario (art. 25 pf. 1 del CP) cuando acepta la oferta del vendedor de humo, otorgando o prometiendo dar «dádiva, donativo o cualquier otra ventaja»[113], o en calidad de instigador (art. 24 del CP) cuando solicita la intercesión del traficante de influencias[114]. Sin embargo, a juicio de MAURACH y otros, en los delitos de encuentro «la ley contiene frecuentemente una conminación punitiva sólo para uno de los colaboradores necesarios, sin mencionar al otro»[115], lo que ocurre precisamente en el delito de tráfico de influencias del art. 400 del CP que consigna expresamente la punición del traficante, guardando silencio sobre la relevancia penal de la conducta del llamado comprador de humo[116].

Frente a situaciones semejantes, en el Derecho penal alemán la doctrina se orienta a limitar esencialmente la punibilidad de la participación necesaria, de modo que se considera penalmente irrelevante la conducta del interviniente necesario cuando el *precepto penal respectivo se orienta a su protección*[117], sobre todo cuando ha sido él mismo quien ha motivado o inducido el hecho que lo lesiona, de manera que no se halla obligado a respetar el bien jurídico que sirve a su tutela, por

113 ibid., p. 297. MIR PUIG, Carlos, cit., p. 274. MUÑOZ CONDE, Francisco. DP. PE. 12ª ed., cit., p. 982.

114 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, cit., p. 298. MIR PUIG, Carlos, cit., p. 274. Para GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, cit., p. 62, la instigación se presenta más bien cuando el interesado ofrece la ventaja. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. DP. PE. 12ª ed., cit., p. 982. De modo implícito, PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, cit., p. 191.

115 MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF, cit., p. 404.

116 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 472.

117 JESCHECK, cit., p. 637.

lo que no actúa con infracción a la norma[118]. Tal situación no se observa en el caso del tráfico de influencias, el cual se dirige, como se ha indicado, a proteger un interés institucional del Estado y no el patrimonio del particular.

Ahora bien, en la medida en que el tipo respectivo no sirva a la protección del bien jurídico del partícipe necesario, un sector de la doctrina acepta la impunidad del «interviniente necesario que se *limita estrictamente al rol* previsto para él en el tipo respectivo»[119], rol que el art. 400 del CP concreta en entregar o comprometerse a dar donativo o cualquier otra ventaja. De esa manera, si en el caso concreto el interesado o comprador de humo no excede la acción de entregar o comprometerse en esos términos, se habrá limitado a realizar el mínimo necesario para la consumación del ilícito, por lo que el reproche penal se difuminaría. En estos casos el interviniente está llamado a proteger el bien jurídico y atenta contra éste mediante su participación necesaria, pero «la *punibilidad* depende solamente de la medida en que su conducta contraria a la norma esté prevista como punible por las leyes penales»[120].

118 MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF, cit., pp. 402-403.

119 ibid., p. 403, negrita fuera de texto.

120 ibid., p. 403. «En la medida en que el partícipe necesario se limite a ejecutar la acción que la ley establece como presupuesto de la punibilidad del autor de los delitos de encuentro (...); por lo general, cabrá afirmar un acto de colaboración en el sentido del § 27» que regula la complicidad, «en estos casos existe una opinión, casi unánime, en orden a rechazar la punibilidad a título de participación (...) Siempre que la ley considera como merecedor de pena al partícipe necesario en los delitos de encuentro, la punibilidad por autoría está expresamente dispuesta (...); a falta de ella, por la vía del argumento contrario, cabe deducir en estos casos la total impunidad del partícipe, es decir por razones sistemático-penales, los § 26 (instigación) y 27 (complicidad) no pueden desarrollar sus efectos extensivos de la punibilidad», pp. 403-404. Similar, ROXIN, Claus. StGB. Leipziger Kommentar, marg. 32 antes del § 26. WESSELS, Johannes. DP. PG. Buenos Aires, Depalma 1980, pp. 171-172. WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. Parte General. 12ª edición. Santiago de Chile, Ed. Jdca. de Chile 1976, pp. 175-176.

Sin embargo como aclara JAKOBS, «no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición», lejos de ello, la fundamentación «en el sentido de que en delitos de encuentro tiene que estar expresamente establecida la responsabilidad de ambas partes, incurre en círculo vicioso y tampoco cabe mantenerla como principio general»[121]. En esa perspectiva, se ha llegado por ejemplo a aceptar la punibilidad de la mera «aceptación del beneficio» como una forma de complicidad en el delito de favorecimiento de acreedores del § 283c del StGB[122], así como la punición de la instigación a cometer dicho ilícito por parte del acreedor interesado[123]. De igual forma podría aceptarse la relevancia penal de la complicidad o instigación del interesado *que ejerce su rol*, en el delito de tráfico de influencias del art. 400 del CP peruano.

Particularmente problemático es el caso en que el partícipe necesario induce al autor a realizar el hecho o lo apoya *más allá de su rol* previsto en el tipo respectivo, haciendo más de lo necesario para la punibilidad del autor del delito de encuentro. Este parece ser el caso de la mayoría de los procesados por el delito de tráfico de influencias a través del Sr. Montesinos, como puede observarse en la prueba videográfica era el comprador de la influencia quien solía buscar al ex asesor para encontrar una «justa solución» a sus casos, «motivándolo» a interceder y en algunos supuestos «indicándole lo que debía hacer»[124]. Para este grupo de casos la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán ha aceptado excepcionalmente la punibilidad del interviniente necesario, según las reglas previstas en los § 26 (instigación) y 27 (complicidad) del StGB[125], aunque por razones sistemático-jurídicas

121 JAKOBS, Günther. DP. PG. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons 1997, p. 842, n. 13.

122 HERZBERG, R.D. Täterschaft und Teilnahme. München, C. H. Beck 1977, p. 139.

123 JESCHECK, cit., p. 638.

124 Como aprecia MUÑOZ CONDE, Francisco. Dictamen, cit., p. 8, el particular prácticamente no veía más alternativa «para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia».

125 JESCHECK, cit., p. 636.

en algunos casos rechaza la punibilidad de la participación que excede el rol previsto en el tipo, por ejemplo cuando dicha conducta es abarcada específicamente por otro tipo penal[126].

La doctrina ha planteado, con relativo éxito, una mayor restricción de la punibilidad en estos supuestos de participación necesaria, mediante principios generales basados en fundamentos teorético-normativos y criterios interpretativos generales que se erigen sobre el tenor literal de la ley, la «naturaleza de las cosas», la sistemática del hecho punible, argumentos político criminales, etc.[127], es decir vinculados a la Parte General. Pero en lo esencial se indica que cabe seguir los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán antes descritos[128], mientras que las cuestiones individuales deben resolverse mediante la interpretación de los preceptos de la Parte Especial[129].

En esa medida, como apunta STRATENWERTH «no existe ninguna razón para postular la impunidad», por ejemplo, del beneficiado que colabora en delitos como el favorecimiento de acreedor (§ 241 de la antigua KO) o el prevaricato del abogado (§ 356 StGB) más allá de la mera aceptación de la ventaja o el servicio[130]. *Mutatis mutandi*, también en los casos en que el interesado del tráfico de influencias excede su rol, es posible argumentar su punición a título de complicidad o instigación.

§ 20. Ahora bien por otro lado SILVA SÁNCHEZ Y JOSHI JUBERT consideran que «a los efectos del Código Penal peruano, debe sostenerse que el acto de aceptar el ofrecimiento del traficante de influencias, prestando promesa de proporcionarle algún género de ventaja no puede ser sancionado como participación en el delito del art. 400 CPP. Es cierto que dicha dación de promesa contribuye causalmente

126 MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF, cit., pp. 404-405.
127 WELZEL, Hans, cit., p. 176.
128 MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF, cit., p. 405.
129 JESCHECK, cit., p. 638.
130 STRATENWERTH, Günter. DP. PG I. 2ª ed. Madrid, Edersa 1982, p. 283.

a la producción del hecho típico de "recibir promesa". Pero este dato por sí solo no fundamenta la imputación a título de participación»[131].

Argumentan esta conclusión en la dogmática y política criminal de los actos preparatorios punibles y de la participación, así como en la propia sistemática de los delitos de corrupción. En tal sentido señalan en *primer lugar* que al ser tipificado como punible un acto preparatorio -de un futuro ejercicio de influencia-, lo cual es excepcional, se entiende que para el mismo no operan las reglas generales de la tentativa y la participación criminal, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de lesividad que contempla el art. IV del CP[132].

De similar opinión es BUSTOS RAMÍREZ, para quien la configuración del tráfico de influencias como un delito de peligro obliga a una interpretación eminentemente restrictiva pues lo contrario, una «excesiva ampliación de la punibilidad llevaría necesariamente (...) al establecimiento de la analogía como fuente de punibilidad y con ello se violarían todos los principios garantistas del Derecho penal, establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales»[133]. De este modo, «tanto los actos de participación como los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad, y por eso requieren estar estrictamente precisados legalmente y en ese sentido una participación en un acto preparatorio sería una extensión de una extensión de la punibilidad, lo que transgrede todos los principios garantistas del derecho penal»[134].

Esta conclusión coincide con la de VILLAVICENCIO TERREROS, para quien el tráfico de influencias real se erige como un delito de preparación y «En nuestro ordenamiento jurídico-penal, la regla ge-

131 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen, cit., p. 30.
132 ibid., pp. 31-32.
133 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Informe, cit., p. 9.
134 ibid., pp. 14-15.

neral es que los actos preparatorios son impunes (...) necesitan estar expresamente legislados para ser sancionados y en el presente caso ese acto preparatorio es precisamente el de ofrecer interceder (art. 400 CP), que ha sido legislado como delito autónomo (...) entonces ya no es posible extender aún más la punibilidad mediante la complicidad o la instigación a un acto preparatorio de instigación, de lo contrario la responsabilidad sería extremadamente ilimitada»[135].

En tal virtud, a juicio de MUÑOZ CONDE «no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, salvo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de participación intentada (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho (...) Lo razonable es esperar a que la influencia se traduzca realmente en un intento de corrupción del funcionario, lo que, conforme al art. 423.1, es ya punible como cohecho activo consumado»[136].

Del mismo modo, para MORILLAS CUEVAS no tiene responsabilidad quien sólo es recipiendario de la oferta de influir sobre un funcionario público, aunque habrá que estar a la posterior actitud del sujeto activo para incluirlo como inductor o cooperador del nuevo delito realizado[137]. A su vez, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA defienden que «La responsabilidad del que compra las influencias *in fieri* depende de que ulteriormente el destinatario de las dádivas o presentes haga uso efectivo de las mismas. En esos casos responderá como cooperador o inductor del delito de tráfico de influencias (ya materializadas)»[138].

---

135 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe, cit., pp. 38, 40.

136 MUÑOZ CONDE, Francisco. DP. PE. 12ª ed., cit., p. 983.

137 MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. «Tráfico de Influencias». En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Compendio de DP. PE. Madrid, Marcial Pons 2000, p. 821.

138 MORALES PRATS, Fermín y María José RODRIGUEZ PUERTA. «Del tráfico de influencias». En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). Comentarios a la PE del DP. Pamplona, Aranzadi 1996, p. 1242.

Esta línea de argumentos, basados sin duda en una concepción garantista y limitadora de la intervención penal en sede de actos preparatorios elevados a la categoría de delito consumado, merecen ser matizados. El tipo penal del art. 400 del CP no exige para su consumación el efectivo ejercicio de influencias por parte del traficante sobre el funcionario o servidor público, lo que es lógico porque en tales casos pueden cobrar relevancia otros delitos contra la administración pública, como el «patrocinio ilegal» del art. 385 del CP o el cohecho activo del art. 399, y en todo caso, «el esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente es lo que se quiere evitar»[139].

Sin embargo, ello tampoco ha conducido al legislador nacional a establecer que la consumación opera con el simple ofrecimiento de un particular para influir, a cambio de un beneficio o promesa, en un asunto judicial o administrativo, como acontece en el ordenamiento español[140] que es de donde provienen, principalmente, las críticas antes reseñadas, a propósito del art. 430 del CP de 1995 que prevé una pena de escasa entidad (6 meses a 1 año de prisión). El tipo penal peruano no sólo sanciona el hecho con mayor rigor (privación de libertad de 2 a 4 años), lo que denota una desvaloración y merecimiento de pena más intenso, sino que condiciona la consumación a la intervención necesaria del particular para otorgar o prometer «donativo o cualquier otra ventaja», exigencia que justifica ese mayor merecimiento reflejado en la pena.

No son por ello trasladables a nuestro ordenamiento las comunes críticas de la doctrina española contra el art. 430 del CP hispano. Como defiende ABANTO VÁSQUEZ, no es ajeno a la protección del

139 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., pp. 466-467.

140 POLAINO NAVARRETE, Miguel. «Delitos contra la administración pública». En: Cobo del Rosal, Manuel. Curso de DP español. PE II. Madrid, Marcial Pons 1997, pp. 396-397. ORTS BERENGUER, Enrique, Inmaculada VALEIGE ALVAREZ, cit., p. 1849. MORALES PRATS, Fermín, María José RODRIGUEZ PUERTA. «Del tráfico de influencias», cit., p. 1242.

bien jurídico «correcto funcionamiento de la administración pública» la tipificación de delitos de mera actividad que describen conductas idóneas para afectar el interés protegido, «Precisamente aquí nos encontramos ante esta situación; dejar estos hechos impunes hasta que provoquen algún resultado (influjo real en algún funcionario) sencillamente sería incumplir con el deber de proteger el bien jurídico»[141]. En esa medida, la construcción de tipos de peligro abstracto sobre la base de comportamientos *ex ante* peligrosos[142] para la funcionalidad de la administración pública, no sólo se considera justificado por un sector de la doctrina[143], sino además necesario para cubrir posibles vacíos de punibilidad.

En ese sentido, se ha llegado a defender que la tipificación del tráfico de influencias en el art. 400 del CP constituye un acierto político criminal[144] pues se criminaliza, en el caso de influencias reales, un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función[145], lo que en definitiva pone de manifiesto la gran sensibilidad del legislador y de la sociedad ante el tema de la corrupción[146]. No obstante, el principal problema de legitimidad que advierten SILVA SÁNCHEZ y otros se cifra en la necesidad de justificar desde el punto de vista político criminal una extensión de la punibilidad aún mayor, en el terreno de los actos preparatorios, a fin de abarcar la complicidad o la instigación.

---

141 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 467, n. 1136.

142 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. El moderno DP y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Universidad de Valladolid 1999, p. 46.

143 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 67. MANES, Vittorio. «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública». En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 02 / 2000, <http://criminet.ugr.es/recpc>, ítem 3. Antes bien, críticamente en torno a la criminalización de la mera peligrosidad, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos, cit., pp. 498 y ss.

144 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 434.

145 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 463.

146 MIR PUIG, Carlos, cit., p.261.

Pero tal justificación puede fundarse en el merecimiento de pena de la conducta del llamado comprador de humo, más allá del caso concreto –muchos de ellos vinculados en la actualidad a una injerencia en el marco de la red delictiva del Sr. Montesinos Torres-, por su expresa relevancia en el art. XI.1.c de la CICC, por la entidad de la sanción prevista en el art. 400 del CP que hace del tráfico de influencias un ilícito de mediana gravedad[147], y por la configuración de éste como un delito de encuentro en el que puede postularse dogmáticamente la sanción del interviniente necesario, aun cuando se limite a cumplir el rol que le asigna el tipo penal, a través de las reglas de la instigación (art. 24 del CP) y de la complicidad (art. 25)[148].

De cualquier modo, más allá de las reticencias frente a un generalizado castigo de conductas preparatorias, el debate doctrinal puede reducirse a la discusión sobre la pertinencia de cada figura en particular, antes que a la elaboración de criterios generales[149]. En consecuencia, en el específico caso del art. 400 del CP no se trata de postular la sanción del interesado en el tráfico de influencias por el sólo hecho de ser recipiendario o beneficiario de la potencial acción del vendedor de humo, sino de prevenir la exteriorización de un comportamiento sin el cual el delito no podría consumarse: otorgar o prometer «donativo o cualquier otra ventaja».

Antes bien, como precisa JAKOBS, la pena puede legitimarse frente a un acto preparatorio en los pocos casos en que al efectuarse la preparación «se opera ya de un modo significativo en un ámbito ajeno de organización»[150], como acontece en aquellos delitos de peligro abstracto, como el de tráfico de influencias del CP peruano, que criminalizan un conducta que no sería peligrosa en absoluto o sólo lo

147 Vid. Supra § 16.
148 Vid. Supra § 18.
149 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, cit., p. 64.
150 JAKOBS, Günther. «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico». En: Bases para una teoría funcional del DP. Lima, Palestra 2000, p. 225.

sería en una medida muy limitada (*el acuerdo para un futuro tráfico de influencias*) sin un comportamiento sucesivo e ilícito (*el efectivo ejercicio de influencias*). En ese sentido, cabe fundamentar una responsabilidad por el peligro de una conducta futura ante determinados objetos que no pueden ser utilizados nunca privadamente para fines legales (*la imparcialidad de la administración pública*) o que, a lo sumo, sólo pueden serlo en contadas ocasiones[151].

De esta manera, podrá admitirse una ampliación del tipo para abarcar la sanción del interesado-partícipe necesario del tráfico de influencias, al igual que se acepta, con cierto pacifismo, la criminalización de la tentativa en este delito de ejecución adelantada[152].

§ 21. Consideran también SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT, en *segundo término*, que en el sistema jurídico peruano existen conductas más graves que son atípicas (ofrecer a quien tiene influencias que haga uso de ellas) debido a lo cual, desde un argumento «*a fortiori*», más concretamente «*a maiore ad minus*», no se puede considerar como punible la mera conducta de aceptar el ofrecimiento del traficante de influencias[153]. En *tercer lugar*, dichos autores observan que la sistemática de los delitos de corrupción de nuestro CP permite entender que «cuando el legislador ha querido castigar al sujeto que da la ventaja económica para obtener la influencia lo ha hecho expresamente», mientras que la literalidad del art. 400 del CP no contempla la punición del que acepta o promete la ventaja[154].

Esta última idea es ratificada por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ en su Informe relativo al caso Lucchetti, donde precisa que «si el legislador hubiese querido castigar la conducta del comprador de humo lo habría

151 ibid., pp. 230, 231.

152 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 471. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit, p. 438. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, cit., p. 74. MANZINI, Vincenzo, cit., p. 260.

153 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen, cit., p. 33.

154 ibid., pp. 34-35.

dicho expresamente (...). Pensar en contrario sería desconocer los postulados de la legalidad -dentro del cual queda comprendida la prohibición de acudir a la analogía-»[155].

La valía del argumento «*ad maiore ad minus*» destacado por SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT se funda principalmente en razones de política criminal, relativas a la sanción de las llamadas formas de «coautoría y participación intentadas» del Derecho penal español, es decir la conspiración y la proposición previstas en el art. 17 del CP hispano de 1995 y que se castigan excepcionalmente en los casos taxativamente señalados en la Parte Especial. Debe coincidirse con la consideración de los autores antes citados en el sentido de que el comportamiento del interesado que acepta la propuesta del traficante de influencias no merece la calificación de conspiración[156], ésta requiere del concierto de dos o más personas «para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo», de modo que se trata de un supuesto de coautoría intentada[157], lo que no es posible dentro de los alcances del art. 400 del CP en el que autor puede ser únicamente el vendedor de influencias.

No obstante, se aprecia por un lado que la aceptación del interesado puede asimilarse a los casos de proposición, la misma que el art. 17.1 del texto español afirma «cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo»[158]. Pero no se comprende luego por qué la cooperación intentada, como cabe calificar la aceptación del interesado de la oferta del traficante, no pertenecería al «sistema clásico de los actos preparatorios "punibles"» debido a «su menor contenido de peligro»[159]. Con ello parece dejarse de lado que pertenecen al terreno de la proposición los casos de

155 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Informe, cit., pp. 18-19.
156 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen, cit., p. 34.
157 MIR PUIG, Santiago, cit., p. 333.
158 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen, cit., p. 33.
159 ibid., p. 34.

autoría y participación intentadas[160], calidades que conforme a lo desarrollado anteriormente, corresponden precisamente al traficante y al comprador de influencias, respectivamente.

Si la tipificación del tráfico de influencias se asemeja a la regulación de la proposición del sistema español[161], pierde sentido el argumento «*ad maiore ad minus*» antes destacado, cabiendo más bien pensar en un fundamento «*a pari*» («a igual razón igual derecho») que en todo caso no cabe sostener por vincularse a la analogía, ni es necesario ante el concurso de otros argumentos que ya han sido presentados.

En cuanto al fundamento sobre la pretendida necesidad de una expresa punición del llamado comprador de humo, ya se han expresado las diferentes posibilidades que permite el tratamiento dogmático de los delitos de encuentro, en el sentido de ampararse la sanción del partícipe necesario, como cómplice o instigador, aún cuando su conducta no se halla explícitamente tipificada y aunque se limitara a la realización del rol que describe la norma[162]. En la interpretación de delitos similares de encuentro, como el de colusión ilegal del art. 384 del CP que precisa de un concierto de voluntades entre el funcionario público y los particulares para defraudar al Estado, suele admitirse la sanción del interesado como cómplice[163] o instigador[164], sin que sea

160 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de DP. PG. 2ª ed. Barcelona, Praxis 1999, p. 297.

161 LOPEZ GARRIDO, Diego, Mercedes GARCÍA ARÁN. El CP de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario. Madrid, Eurojuris 1996, p. 184, se refieren por ello a un «considerable adelantamiento de la intervención penal a conductas entre particulares que pueden llegar a afectar a la función pública, pero que se encuentran en estadios propios de la preparación del delito». De igual modo, ANGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO, cit., p. 3281. FRISANCHO APARICIO, Manuel y Alonso Raúl PEÑA CABRERA F., cit., p. 352.

162 Vid. Supra § 18.

163 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 248.

164 En los casos en que el interesado excede del rol previsto en el tipo, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 269.

necesaria una específica tipificación de estas formas de participación.

§ 22. El principal argumento por el cual VELÁSQUEZ aprecia la impunidad del comprador de humo se cifra en la imposibilidad de fusionar en un mismo sujeto la calidad de víctima secundaria, conjuntamente con el Estado a título de víctima primaria, y la condición de instigador o cómplice de tráfico de influencias. De esa manera, precisa que «un agente no puede, coetáneamente, ser víctima (incluso sujeto pasivo secundario) de la venta de humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma (...) Admitirlo, pues, sería incurrir en una *contradictio in adjecto* e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la Doctrina penal en este ámbito [...] tampoco puede concebirse, de manera simultánea, al comprador de humo o interesado como cómplice del sujeto activo de la conducta típica de tráfico de influencias, y como sujeto pasivo secundario y/o víctima»[165]. De modo semejante se ha pronunciado VILLAVICENCIO TERREROS, pero sólo en relación a los casos de influencia simulada en los que el comprador de humo es, a su juicio, víctima del delito de estafa tipificado por el art. 196 del CP[166].

En todo caso, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ aprecia que esta interpretación se encuentra avalada por el contenido del art. 401A del CP que prevé el decomiso de los donativos, dádivas o presentes[167]. El decomiso «no significa que el comprador de humo deje de ser sujeto pasivo secundario; por el contrario, supone que lo es y que por tal razón se le impone tal "castigo"»[168].

Estos argumentos también pueden matizarse. Si se parte como aquí de que en el supuesto de tráfico real de influencias se protege

165 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Informe, cit., p. 17.
166 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe, cit., p. 37.
167 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Informe, cit., p. 18.
168 ibid., pp. 25-26.

sólo un bien institucional del Estado[169], mientras que el caso de influencia simulada estamos ante un supuesto carente de contenido material para los delitos contra la administración pública[170], entonces el particular que compra la influencia no puede considerarse sujeto pasivo en el ámbito del art. 400 del CP. De esta forma, el problema advertido por Velásquez Velásquez se difumina ante la posibilidad de admitir la punición del interesado como partícipe necesario, cómplice o instigador, de este delito.

Finalmente, la consideración de que la «sanción» de decomiso prevista en el art. 401 CP da fe de que la condición de sujeto pasivo secundario del comprador de humo, no es del todo convincente. No podría entenderse, como advierte el propio VELÁSQUEZ, que el sujeto pasivo, es decir el titular del bien afectado, sea «sancionado» sin que concurra un hecho antijurídico de su parte. El fundamento de la llamada «pérdida de la ganancia» que, no es una pena ni una medida de seguridad[171], responde esencialmente a la finalidad de restablecer el orden económico sin perjuicio de perseguir fines preventivos especiales y generales. Por ello presupone la comisión de un hecho antijurídico, además de que el autor o el partícipe obtenga con el delito un provecho patrimonial, lo que ocurre cuando la ventaja fue ofrecida para cometer el delito[172], como en el caso del tráfico de influencias. Sin embargo, de ello no cabe deducir, *per se*, que el juicio de responsabilidad deba recaer exclusivamente en quien recibió la ventaja.

169 Vid. Supra § 9.

170 Vid. Supra § 8.

171 FRISANCHO APARICIO, Manuel, Alonso Raúl PEÑA CABRERA F., cit., p. 367.

172 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Madrid, Dykinson 2001, pp. 49-50.

4. LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA.

§ 23. El Código de Procedimientos Penales, de 23 de noviembre de 1939, en los diferentes títulos del Libro Segundo, dedicado a la Instrucción, sólo hace referencia explícita, incorporando la regulación jurídica correspondiente, a la instructiva (declaración en sede sumarial del imputado), a la testifical y a la pericia (Títulos IV, V y VI), así como a la diligencia de confrontación (vid. arts. 131 y 155). En el Título VII, denominado «Diligencias Especiales», menciona y regula la inspección ocular, la reconstrucción, la diligencia de recogida de vestigios materiales, la pericia anatómica (necropsia), las pericias corporales, la diligencia de preexistencia y la diligencia de exhibición de documentos oficiales; también desarrolla positivamente dos medidas instrumentales restrictivas de derechos: *(1)* la interceptación postal y *(2)* la pesquisa –ingreso y registro- en dependencias públicas y privadas.

El art. 194 CPP, que en un sector doctrinal se considera como la base legal de las «pruebas atípicas», se limita a autorizar la utilización de medios científicos y técnicos para la investigación del hecho delictuoso o para la identificación de los culpables[173].

Finalmente, en el Libro Tercero, dedicado al Enjuiciamiento, sólo se da cuenta –sin desarrollo legislativo específico- de la declaración del imputado, de la testifical, del examen de peritos y de la prueba instrumental (vid. Título III «La Audiencia»)[174].

---

173 La amplitud de dicho artículo permite otorgarle un alcance a tono con la evolución de la ciencia y de la técnica. La norma señala lo siguiente: «Art. 194 CPP: Para la investigación del hecho que constituye el delito o para la identificación de los culpables, se emplearán todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazas, de documentos, armas y proyectiles».

174 Esta falta de regulación con relación a los documentos, es explicada muy bien por ALCALÁ ZAMORA y LEVENE. Acotan que «la excepcional importancia de los documentos en el cuadro del proceso civil, ha hecho que, por contraste, se les atribuya menor relieve del que les corresponde en la esfera del proceso penal. (...). La realidad, sin embargo, es que los documentos son muchas veces la clave del procedimiento penal, bien porque funcionan como medio de prueba en estricto sentido o bien porque ellos mismos integran el cuerpo del delito» (Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires, Ed. Kraft 1945, pp. 143-145).

§ 24. Como es evidente, en la época en que se promulgó el Código podía parecer lógico sostener una noción restringida de documento[175]; no se contaba con grabaciones magnetofónicas y vídeos, menos con documentos electrónicos, que hoy en día son de común aceptación y utilización[176]. ¿Significa, entonces, que la ausencia de una regulación expresa o un reconocimiento explícito en el Código de Procedimientos Penales de dichos elementos, de los vídeos, impide su apreciación judicial?[177]

175 Señala MANZINI, Vicenzo, desde esta noción limitada, que «Documento, en sentido propio, es toda escritura fijada sobre un medio idóneo, debida a un autor determinado, conteniendo manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad, aptas para fundar o para sufragar una pretensión jurídica o para probar un hecho jurídicamente relevante, en una relación procesal o en otra relación jurídica» (Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires, EJEA 1952, p. 504). Una noción más amplia, aunque no comprensiva de las nuevas tecnologías –explicable en atención a la fecha en que se emitió-, la proporciona ALCALÁ ZAMORA y LEVENE, siguiendo a GARRAUD, al precisar que «son documentos las escrituras u otros signos gráficos destinados a expresar o perpetuar los títulos de las relaciones jurídicas», entre los que enumeran los documentos gráficos no escritos, incluyendo las contraseñas, los anónimos y las fotografías (cit., pp. 146-148).

176 El Código Procesal Civil, de 1992, finalmente incorporó el vídeo, calificándolo expresamente de documento. El concepto que asume es, sin duda, amplio. Al respecto señala la norma: «Art. 234 CPC: Clases de documentos.- Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o vídeo, la telemática en general y demás objetos que recoja, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado». (Texto según art. 5 de la Ley N° 26612, de 21.5.96).

177 La gravedad e importancia del tema es mayor hoy en día, pues como dice GIMENO SENDRA. Los procesos penales. Tomo V. Barcelona, Bosch 2000, p. 594, «(...) en la actualidad la prueba documental ha adquirido una gran trascendencia en el proceso penal, tanto por el desarrollo de las denominadas nuevas formas de delincuencia (delitos fiscales, contables, urbanísticos, societarios), en las que el recurso a la prueba documental es imprescindible, como por la aparición de nuevas técnicas de reproducción (videográficas, magnetofónicas, etc.) que amplían el propio concepto de prueba documental».

Sin duda alguna resultaría irrazonable sostener que, como no se trata de un medio de prueba típico –al no existir norma expresa que recoja expresamente al video como tal, es decir, como documento-, no puede ser aceptado en el proceso penal[178]. La discusión más intensa, por tanto, se traslada a identificar si es posible acudir a alguna forma de supletoriedad y, en su defecto, a identificar cuál es el medio de prueba con el que guarda mayores semejanzas, a fin de acomodar su práctica y apreciación a él, a fin de garantizar la seguridad de lo que transmite y su eficacia jurídica.

§ 25. Al respecto, y sobre la base del art. 194 CPP, sustentaba su posición GARCÍA RADA. Nos decía que: «No existen limitaciones sobre los medios de prueba. Todos los que sean idóneos pueden ser utilizados para crear convicción en el ánimo del Juez acerca de la verdad de los hechos (...). Cualquier procedimiento lícito es susceptible de ser empleado.- Deben aprovecharse no sólo los medios clásicos, sino todos aquellos que los descubrimientos proporcionen. En este sentido son admisibles la fotografía, la cinematografía, la cinta magnetofónica como pruebas documentales»[179].

En efecto, el art. 194 CPP hace mención no sólo a la prueba pericial científica para la identificación de los culpables y la acreditación material del delito, consignando algunos supuestos a título de ejemplo; no se trata de una indicación bajo la técnica de «*numerus clausus*». La citada norma procesal también se refiere a todos aquellos medios científicos o técnicos que sirvan, en sí mismos, para acreditar

178 Decía RAMOS MENDEZ. El proceso penal. Lectura constitucional. Barcelona, Bosch 1991, p. 186, que aún cuando la Ley procesal penal ignoró la prueba documental –lo hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española y el Código Peruano-, en contraste con el número de disposiciones que le dedica la Ley Procesal Civil, es de puntualizar que «el documento constituye un medio de prueba más en el campo penal, en toda su tipología y sin ninguno de los corsés formalistas del proceso civil».

179 GARCÍA RADA, Domingo. La instrucción. La prueba. Vol. II. Lima, Sanmarti y Cía S.A. 1968, p. 326.

algún extremo de la imputación: el hecho delictivo o la vinculación del imputado con su comisión.

§ 26. El vídeo, según aclara TORRES-MORATO, es un medio de grabación o reproducción por procedimientos magnéticos de imágenes y sonidos sincronizados, que presenta una gran proximidad tanto con la fotografía y el cine –imagen- como con la cinta magnetofónica –sonido-. Su admisibilidad y utilización en el proceso penal no tiene porqué cuestionarse; no sólo es de apuntar su plena aceptación en el proceso civil[180], sino que en la medida que la ley procesal penal no sigue el sistema de prueba tasada sino el de la prueba libre, corre igual suerte, siempre que sea un medio lícito, en cuanto no vulnere derechos fundamentales, y acredite hechos[181].

En rigor, el vídeo constituye, según las concepciones actuales, un documento especial, y como tal ha de tratarse procesalmente. La noción amplia de documento es postulada, entre otros, por TOME GARCÍA, quien siguiendo a la jurisprudencia española señala que se trata de «cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado»[182]; ésta es, sin duda alguna, la

180 La insuficiencia de las normas reguladoras sobre la prueba documental obliga a acudir a la detallada normativa del Código Procesal Civil, tal como lo permite la Primera Disposición Final de dicha Ley Procesal. Dichas normas, dice CLIMENT DURÁN, «(...) contienen un conjunto de criterios procesales dignos de ser tomados en consideración por los tribunales a la hora de resolver cualquier problema sobre la prueba documental en el ámbito del proceso penal ...» (Vid. CLIMENT DURÄN. La prueba penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 343.451)

181 TORRES MORATO, Miguel y otro. La prueba ilícita penal. Aranzadi, Navarra 2000, p. 234.0

182 TOME GARCÍA, José Antonio y otros. Derecho Procesal Penal. Madrid, Ceura 1993, p. 462. En igual sentido, se pronuncia Joaquín TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, para quien documento «es todo soporte, cualquiera que sea su naturaleza física (papel, cinta magnetofónica o de vídeo, etc.), donde se recoge una realidad, una idea, una imagen, una expresión o una representación con virtualidad probatoria». (La valoración de la prueba en la sentencia. En: Romero Casabona, Carlos María (ed). Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna 1997, p. 366).

concepción más razonable[183]. El video contiene representaciones gráficas del pensamiento y de acontecimientos recogidos en un soporte material que permite su reproducción y percepción por los sentidos[184]. En suma, según corrobora PAZ RUBIO, es la fijación de imágenes percibidas por alguien[185]. Su especialidad está dada por su naturaleza técnica y por el procedimiento probatorio específico que es del caso adoptar para su incorporación válida al proceso. La naturaleza del soporte indeleble, que no es escrita[186], le otorga su singularidad[187]

183 El documento es, ante todo, un objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso. Lo importante, por tanto, como dice SERRA DOMÍNGUEZ, no es tanto la grafía como la representación (Vid. SANCHÍS CRESPO, Carolina. La prueba por soportes informáticos. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, pp. 61-62).

184 En esta misma línea, amplia y moderna, se ubica GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Define el documento como «toda expresión de persona conocida o conocible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y fonópticas y archivos electromagnéticos con capacidad probatoria» (Las pruebas en el proceso penal. Bogotá, Gustavo Ibañez 1996, p. 132). Acepta tal concepto ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Alternativas 1999, p. 474. Conforme a esos postulados, el art. 231 del CProP prescribe: «Son documentos los manuscritos, impresos, películas, fotografías, representaciones gráficas, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares».

185 PAZ RUBIO, José María y otros. La prueba en el proceso penal. Madrid, Colex 1999, p. 355.

186 Señala al respecto MONTON REDONDO, que por documento no debe entenderse estrictamente toda representación gráfica del pensamiento plasmada por escrito, sino cualquier instrumento mueble apto para la incorporación de señales expresivas de aquél y que lo reproduce más o menos fidedignamente. (Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 298-299).

187 La *singularidad* del vídeo, a diferencia del documento escrito u otro medio convencional de prueba (testigos, piezas), consiste en que aquellos lo que consiguen es reconstruir el hecho histórico que se trata de fijar, mientras que éste lo que hace es acercar al Juez el propio hecho, lo que facilita la tarea del Juez, dado que las imágenes y sonidos son o pueden ser medios que pongan de manifiesto lo ocurrido con mayor grado de fidelidad (TORRES MORATO, Miguel Ángel, cit., pp. 242-243). Señala CARNELUTTI que el vídeo: (1) es un documento objetivo, pues fija los hechos en un objeto exterior sin necesidad de que éstos pasen a través de la psique humana; (2) tiene como función representar un hecho; y, (3) su función probatoria depende del empleo que del mismo se haga en el proceso (CARNELUTTI. La prueba civil. Buenos Aires, Arayú 1955, pp. 100 y 188-189).

y, a la vez, exige un modo de incorporación al proceso particularmente propia. Por tanto, siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO, no existe el mínimo reparo en entender que los más novedosos medios de registro audiovisual (cinta magnetofónicas, fotografía, cinematografía, vídeo) caben dentro de los márgenes de una interpretación evolutiva del documento[188].

CLIMENT DURÁN nos dice que, desde el punto de vista procesal penal, el documento es un medio probatorio caracterizado por ser una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, producto del pensamiento humano, y que está destinado a formar la convicción del juzgador sobre un hecho a que el mismo se refiere. Como tal: *1)* es un medio de prueba real[189]; *2)* es una pieza de convicción dotada de un determinado contenido ideológico; *3)* tiene un origen extra procesal (sólo son documentos los engendrados fuera del proceso; los producidos en el seno del proceso no son otra cosa que documentación de otros medios probatorios, tales como confesión, testifical, pericia)[190]; *4)* persigue convencer al juzgador sobre la verdad de un determinado hecho; y, *5)* es permanente, dado que el hecho queda plasmado sobre un objeto material que le da perdurabilidad, lo que a su vez exige inalterabilidad material (fijeza) e ideológica (inequivocidad)[191].

---

188 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites». En: Rev. Poder Judicial. N° 38. Madrid, 1995, p. 48.

189 Los documentos no son pruebas personales (p.e.: pericias, testificales, declaración del imputado). Señala Ellen SCHLÜCHTER que en contraposición al *reconocimiento e inspección ocular*, en el cual interesa la existencia o apariencia exterior; en la prueba documental se trata del contenido de ideas (Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp.138-139).

190 La jurisprudencia española, p.e. en la Sentencia de 27.1.93, acota que la prueba documental es una prueba preconstituida, producida fuera del proceso, que puede acreditar, por sí, aquello que se quiere demostrar, por estar incorporado a un objeto material, que es el documento.

191 CLIMENT DURÁN, Carlos, cit., pp. 341-342.

Estas notas, sin duda, son plenamente aplicables a los videos considerados desde una perspectiva general y, por tanto, a los videos que han dado origen a los procesos penales incoados a propósito del denominado «caso Montesinos».

§ 27. Los vídeos en cuestión fueron ocupados coercitivamente –incautados- e incorporados al proceso inicial mediante una diligencia de allanamiento. Sin perjuicio de analizar la relevancia procesal del allanamiento que en el caso concreto se ejecutó, es de detallar algunas pautas referentes al procedimiento probatorio de la prueba videográfica.

Los criterios de valorabilidad serían los siguientes: *a)* una vez aportados los videos –que debe hacerse inmediatamente y en su totalidad-, es del caso visionarlos o visualizarlos y, lo que contienen, transcribirlo en un acta, que debe ser puesta en conocimiento de las partes[192]. Visionar los videos y escuchar los audios constituyen una diligencia que puede realizarse en sede de investigación preliminar, pero el soporte físico original utilizado al efecto y las actas de transcripción elaboradas sobre el particular deben ponerse inmediatamente a disposición judicial. Sin embargo, frente a un cuestionamiento de las partes, es del caso llevar a cabo una diligencia judicial contradictoria[193]. Ello presupone, sin embargo, el juicio de admisibilidad de los

192 El material videográfico, en este sentido, siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO, puede calificarse de una «pieza de convicción» que, en su momento, deberá disponer el órgano que conozca de la casa y deba dictar sentencia, y aunque no es propiamente en sí mismo un medio de prueba sí constituye una fuente de prueba a introducir en el proceso a través de la prueba documental de ordinario. Agrega el citado autor que el Juez debe tener la posibilidad de disponer todo el material videográfico en sus labores de investigación, fundamentalmente, a los efectos de permitir a las partes el debido derecho de contradicción («La prueba videográfica ...», cit., pp. 69-70).

193 Es de tener presente que si los vídeos se aportan existiendo instrucción abierta, la diligencia de visualización debe realizarse cumpliendo el principio de contradicción, con citación de las partes. La diligencia sumarial se realizará esté presente o no el imputado y su abogado defensor, sólo basta la debida y cumplida citación, a menos que se declare el secreto de la instrucción, en cuyo caso

mismos, radicado en su pertinencia (relación directa o indirecta con el objeto del proceso), que en el presente caso no ha sido objeto de cuestionamientos.

b) La peculiaridad de la actividad probatoria del medio de prueba documental, frente a otras, es en general la determinación de la autenticidad del documento[194]. Se trata de advertir, básicamente, en el presente caso, si el video no es falso o fraudulento, esto es, si su contenido corresponde a la realidad de lo que efectivamente aconteció (autenticidad ideológica). Sólo en la medida en que tal autenticidad quede determinada es posible sostener que se trata de un documento dotado de la aptitud o de la capacidad de hacer prueba por sí mismo, sin necesidad de apoyarse en cualquier otro medio probatorio, con respecto al hecho a que el mismo se refiere. Las cintas de vídeo carecen de perseidad probatoria, requieren un plus de credibilidad, al ser posible las denominadas «técnicas de mixtificación», tanto a partir de sustitución espúrea (imitación, caracterización), como de intercambio de palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje).

c) En caso existan dudas acerca de su autenticidad o si se impugna la misma –falta de conformidad con la realidad del video, cuyo objeto puede ser de sustitución espúrea o de montaje-, corresponderá realizar la respectiva actividad probatoria complementaria, tanto de carácter pericial (determinación técnica de la autenticidad de la filmación contenida en el vídeo, para determinar si existió trucaje, mani-

---

levantado el mismo debe ponerse los soportes físicos y el acta en conocimiento de los afectados, realizando de ser solicitado la diligencia de visualización en presencia de las partes. Lo que se requiere, como la mayoría de las diligencias sumariales, es simplemente la posibilidad de contradicción, que se materializa con la notificación a las partes.

194 Conforme expresa MONTERO AROCA, la verificación de la autenticidad de la grabación es el problema básico de las cintas magnetofónicas –nosotros agregamos el video, en atención a la similitud que en este aspecto guarda con aquéllas- como fuente de prueba («Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba». En: Rev. Poder Judicial. N° 7. Madrid, 1983, p. 44).

pulación o distorsión de las cintas), cuanto testifical (involucrados en la escena que da cuenta el vídeo y quienes efectuaron u ordenaron la filmación)[195]. Estas diligencias constituyen una cuestión prioritaria de su eficacia probatoria. Si las pruebas de autenticidad tienen carácter pericial, debe cumplirse el procedimiento que la ley procesal prevé para ese medio de prueba[196].

d) Como quiera que, por mandato del art. 139.4 de la Constitución, el proceso penal es público; y, en atención que el juicio propiamente dicho -la etapa o procedimiento principal- debe ser oral además de público, conforme lo preceptúa el art. 207 del CPP, independientemente de las actuaciones en sede de instrucción, el video -para conseguir su eficacia probatoria- debe ser visualizado en el acto oral, que como dice GIMENO SENDRA es el método necesario para que tengan realidad los principios procesales de contradicción e igualdad, inmediación y publicidad. Realizado esto, la prueba videográfica será valorada libremente por el Tribunal sentenciador, en conjunción con las restantes pruebas practicadas en el plenario[197]; tiene un valor probatorio documental[198]. Esta exigencia es, además, una consecuencia

---

195 Es de significar que la tacha, en cuanto medio procesal para impugnar la autenticidad de documentos, está prevista como tal en el art. 262 CPP y se limita a las pruebas instrumentales presentadas en el juicio oral y serán resueltas en la sentencia; siendo así, si el documento o vídeo se presenta en la etapa de instrucción, la tacha deberá ser deducida en dicha etapa. ORÉ GUARDIA, cit., p.475, puntualiza –siguiendo la jurisprudencia nacional, Ej. Superior de 30.9.97- que si se presentaran tachas al documento es fundamental, bajo sanción de nulidad, que el juez valore y emita su pronunciamiento respecto a un documento de importancia en el proceso.

196 Ello revela, como apunta MONTERO AROCA («Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba», cit., p.44), que las cintas –tanto magnetofónicas cuanto videográficas- no encuentran obstáculos insuperables para aportarse al proceso a través de los trámites previstos para la prueba documental.

197 GIMENO SENDRA, Vicente y otros, cit., p. 600.

198 Postula José Manuel POMARÓN BAGÜES que las objeciones a la equivocidad de la prueba videográfica o reproductiva se alzan de diversos modos. Por un lado, acota que en esta prueba habrá de determinarse previamente la identidad de las personas que realizan los hechos o declaraciones, aquéllas a quienes van dirigidas, el motivo así como el carácter voluntario, sin que hayan sido obtenidas

del carácter de documento que tiene el vídeo[199]; y, en tal virtud, enseña RIVES SEVA, tiene que ser reproducido en el juicio oral y el Tribunal ha de haberlo escuchado y observado directamente en el juicio oral en forma completa[200]. Ello significa que el criterio básico de la actuación probatoria en este caso es el de la inmediación judicial, amén de que su apreciación judicial se hará sobre la base del criterio de conciencia, limitado claro está por las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, uno de cuyos elementos está radicado en la necesidad que el razonamiento judicial respete las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica[201].

e) Corresponde al órgano jurisdiccional el control de la legitimidad de la filmación. Para ello, como se ha dejado expuesto, es imprescindible su visualización completa y, de ser el caso, ante el cuestionamiento o la presencia de dudas razonables acerca de su autenticidad, la realización de las diligencias complementarias para determinar su exacto contenido[202].

---

por medios ilícitos; y, por otro, precisa que las dudas sobre la autenticidad del vídeo o sobre quienes intervienen y otras circunstancias, podrán ser esclarecidas a través de otros medios de prueba, especialmente el pericial («El video como prueba». En: Rev. La Ley, N° 4. Madrid, 1984, p. 756).

199 Luis REYNA ALFARO, refiriéndose a la grabación videográfica y siguiendo la doctrina jurisprudencial española, anota -con razón- «que su valor como elemento acreditativo de lo acaecido sitúa la grabación videográfica del suceso más cerca de la prueba directa que de la consideración de mero factor indiciario, en cuanto que, no cuestionada –o superada, agregamos nosotros- su autenticidad, se revela como una suerte de 'testimonio mecánico y objetivo' de un suceso, con entidad probatoria similar o incluso, superior, al quedar excluida la subjetividad, el error o la mendacidad del testimonio personal, a la del testigo humano» («La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho procesal penal español». En: Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 3, N° 6, Lima, Agosto 2001, pp. 93-94).

200 RIVES SEVA, Pablo. La prueba en el proceso penal. Navarra, Aranzadi 1996, p. 199.

201 SAN MARTÍN CASTRO, César, T. II. cit., p. 660.

202 Una matización importante de la necesidad de visualización del vídeo se produce, al decir del Tribunal Constitucional Español [S. 128/1988, de 27 de junio], cuando no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, se las da por reproducidas. En este caso no puede negarse valor proba-

Ahora bien, como apunta GIMENO SENDRA, la validez de esta prueba exige que no se vulneren derechos esenciales, como la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmación llevada a cabo; como tal, debe plantearse el punto referente al lugar de la filmación, sobre el cual cabe indicar –de modo general- que ésta sólo cabe hacerla en determinados lugares, que inclusive pueden ser los oficiales (este es el caso de dependencias públicas), pero nunca privados, salvo orden judicial cuando se trata de actividades de investigación. Desde esta perspectiva, «la admisión de pruebas documentales no escritas está supeditada, en consecuencia, a su lícita obtención, es decir sin violación de derechos constitucionales como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones o a la defensa letrada (confidencialidad de las comunicaciones con los letrados defensores, por ejemplo)»[203].

5. VALIDEZ DE LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA.

§ 28. Según se ha expuesto, es esencial para la eficacia jurídica de la prueba videográfica que la filmación no haya vulnerado el derecho constitucional a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

La Constitución reconoce la intimidad personal como un derecho fundamental (vid. art. 2.7 Const.), de lo que sigue que es inviolable y vinculante directamente sobre todos los ciudadanos del Estado y sobre el Estado mismo. Este derecho, en primer lugar, se predica frente a terceros (individuos o personas jurídicas) y se erige como una garantía de otras libertad individuales; como tal, persigue que permanezca reservada a injerencias extrañas aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada, donde ésta

torio a tales transcripciones, de suerte que no tendrá resultado probatorio alguno las propias cintas no vistas o escuchadas, pero sí la documental consistente en las transcripciones, no impugnadas ni contradichas por nadie, de las que puede valerse el tribunal par formar su convicción, apreciándola según su conciencia (TORRES MORATO, Miguel, cit., p. 272).

203 GIMENO SENDRA, cit., p. 598.

se desenvuelve[204]; necesaria –según las pautas de la cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana (vid. STC de España N° 231/1998, de 2 de diciembre). La intimidad, además, se erige, desde una perspectiva positiva, como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales[205]. Es, pues, un derecho de todos los ciudadanos el mantener una determinada parte de sus vidas fuera del conocimiento inconsentido de los demás y, como consecuencia, de ejercer un control sobre la información relativa a la misma[206].

Sin embargo, es claro que no existirá vulneración de este derecho cuando uno de los asistentes y participantes en las reuniones filmadas exterioriza sus pensamientos y desarrolla una serie de conductas de encuentro, sin coacción de ninguna especie. Lo que protege ese derecho, apunta GARCÍA TOMA, es mantener en reserva aquellas actividades o comportamientos carentes de trascendencia social, es decir, implica colocar una valla jurídica en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia[207]. El carácter

204 Una interesante definición alcanza Manuel JAÉN VALLEJO, derivada de la jurisprudencia constitucional española. Dice la STC N° 115/2000, de 10 de mayo, que «El derecho fundamental a la intimidad (..) tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 2000. Madrid, Dykinson 2001, p. 193).

205 MORALES PRATS, Fermín y otros. Comentarios a la parte especial del Derecho penal. Navarra, Aranzadi 1999, pp. 325-326. Limitadamente, desde la perspectiva penal nacional, por ejemplo, BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, siguiendo a BUSTOS RAMIREZ, exponen que con los delitos contra la intimidad se trata de la protección de hechos o actividades propias o destinadas a la persona o a un círculo reducido de personas (Manual de DP. Lima, San Marcos 1997, p. 196).

206 RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando. «Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad». En: Anuario de DP y Ciencias Penales. Tomo XLIII. Fascículo I. Enero-Abril 1999, p. 215.

207 GARCÍA TOMA, Víctor. Los derechos humanos y la Constitución. Lima, Gráfica Horizonte 2001, p. 101.

personalísimo de los actos, situaciones o circunstancias llevadas a cabo en el ámbito del derecho a la intimidad cesa cuando las acciones y expresiones del individuo trascienden a quien lo ejecuta y, de modo inequívoco, cuando guardan relación directa o inescindible con el orden público, la moral social y la promoción del bien común[208].

Señala al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 20.5.97, «Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza, inclusive, al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras, el art. 18 CE –(art., 2.7 Constitución Peruana)- no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro»[209].

ROXIN, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, según la cual debe diferenciarse entre un ámbito nuclear dentro de la vida de una persona y el simple ámbito privado, señala que en el primer caso –que se trata de supuestos que incluyen la información sobre enfermedades, experiencias sexuales, ideas y conflictos internos de las personas- los medios de prueba referidos a ese ámbito no pueden ser utilizados procesalmente; mientras que aquellos referidos al resto del ámbito privado sí pueden utilizarse, claro está, según una valoración judicial en función a un juicio de ponderación entre el interés estatal en la investigación y la protección de la persona[210]. En el supuesto grabaciones de conversaciones obtenidas

208 ibid, p. 102.

209 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos fundamentales y garantías en el proceso penal. Granada, Comares 2000, p.147.

210 ROXÍN, Claus. La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal (La protección de la persona en el Derecho procesal penal Alemán). Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp. 148-149.

sin el conocimiento y consentimiento de uno de los interlocutores, agrega ROXÍN, la jurisprudencia germana ha permitido su utilización en tanto se refieran a delitos graves; esta conversación «(...) no se encontraría en el ámbito intangible por antonomasia de la vida personal y, respecto a la consiguiente lícita valoración, merecería primarse el interés en la averiguación de la verdad, frente a la protección de la vida privada, porque (el delito concernido) es un delito grave castigado con pena privativa de libertad de hasta quince años»[211].

En tal virtud, si se tiene en cuenta que la filmación cuestionada: *(a)* se realizó en un ambiente de las instalaciones oficiales del Servicio de Inteligencia Nacional; *(b)* revela la intervención de varios funcionarios públicos, que realizaban conductas reñidas con su estatuto funcionarial; *(c)* grabó conductas de claro interés público y relevancia social, que, más allá del debate acerca de su delictuosidad, consistieron en la exposición de determinadas informaciones y realización de acuerdos, parte de los cuales se ve ejecutar, tendentes a interferir el sistema de justicia; y, *(d)* contiene escenas realizadas voluntariamente por todos los asistentes, sin que contengan, por su objetivo o finalidad comportamientos privados o sin trascendencia social: es de concluir porque los videos y audios que forman parte del material probatorio aportado al proceso, en cuanto a su contenido material, no vulneran el derecho constitucional a la intimidad.

Utilizando esa misma lógica un autor nacional, MORALES GODO, sostiene: *(1)* que un elemento conceptual del derecho a la intimidad es el rechazo de actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo (The rigt to be let alone); *(2)* que, sin embargo, se trata de un derecho relativo, es decir, que puede ser dejado de lado en aras de un interés mayor, entre el que destaca –según los casos- la lucha contra delincuencia; y, *(3)* que, en el caso de los vídeos que ordenó grabar Montesinos Torres, aun cuando lo fueron sin conocimiento de sus invitados, como las conversaciones y los

211 ROXÍN, Claus. «La evolución de la Política Criminal ...», cit., p. 154.

actos que se percibían importaban actos ilícitos, inclusive penales, no pueden ser considerados como atentatorios al derecho a la intimidad[212].

§ 29. El art. 2.10 de la Constitución garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones. El primer párrafo de dicha norma hace mención expresa: «al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados». Se entiende por comunicaciones, «todos aquellos medios utilizados para el intercambio de información, opiniones o ideas entre dos o más personas. Alude al conjunto de instrumentos que viabilizan la transmisión de avisos, noticias, comentarios, correspondencia, etc. (...). El secreto, a su vez, debe ser percibido como la impenetrabilidad del contenido de las comunicaciones y documentos privados. La protección del secreto, a su vez, implica que el contenido sólo puede ser conocido por quien emite y por aquél o aquellos a quienes se destine; salvo el deseo mancomunado de permitir su acceso a terceros»[213].

En suma, lo que protege este derecho es en su conjunto el proceso de comunicación, la libertad de las comunicaciones, el mismo que tiene un carácter formal –a diferencia del derecho a la intimidad que tiene un carácter material-. Por tanto, como enfatiza REBOLLO DELGADO, el deber de no violar el secreto pesa sobre los terceros a la propia comunicación, la norma no prohíbe que el mensaje sea comunicado a un tercero por parte de algunos de los interlocutores y, además, la cobertura de la norma no alcanza a la posibilidad de que uno de los interlocutores retenga de alguna forma lo

212 MORALES GODO, Juan. Derecho a la intimidad. Lima, Palestra 2002, pp. 63, 70, 72, 162 y 165. Agrega el autor que «En realidad, estos son los casos en los que el derecho a la intimidad cede ante intereses generales valiosos que la sociedad protege. En efecto, sea que se cometan infracciones constitucionales o ilícitos penales, la captación de dichas conversaciones sirven como medios probatorios para establecer responsabilidades, por lo que no pueden considerarse como violatorias del derecho a la intimidad» (cit., p. 72).

213 GARCÍA TOMA, Víctor, cit., p. 119.

comunicado; la obligación de reserva es siempre respecto de terceros que no intervienen ni son parte de la comunicación[214].

El presente caso tiene como datos singulares que las conversaciones estaban siendo filmadas por efectivos del Servicio de Inteligencia Nacional cumpliendo órdenes de Vladimiro Montesinos Torres y, obviamente, sin conocimiento de los participantes en ellas. ¿Constituye la filmación una vulneración del secreto de las comunicaciones? La respuesta es negativa por cuanto, como ya se anotó, la norma constitucional citada se dirige a garantizar la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros (públicos o privados; el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma[215]; por consiguiente, la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para perfilar el correspondiente ilícito constitucional. No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige ni implica contravención del art. 2.10 de la Constitución la retención por medio del contenido del mensaje, ello en virtud del carácter «formal» de dicho derecho, en el sentido que se predica de lo comunicado. Así se ha pronunciado, por lo demás, la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 114/1984, de 29 de noviembre, a la que ha seguido la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 883/1994, de 11 de mayo, que llega

214 REBOLLO DELGADO, Lucrecio. «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales». En: Revista de Derecho Político. N° 48-49. Madrid, UNED 2000, p. 360. Confirma esta tesis MONTERO AROCA, quien señala que toda comunicación es para la Constitución secreta, aunque sólo algunas sean íntimas, y también que, siendo el secreto de las comunicaciones rigurosamente formal, el contenido de la comunicación carece de toda relevancia (La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p.44).

215 Sobre esa base, RODRÍGUEZ MARÍN (cit., p. 216), señala que las fórmulas de interceptación están circunscritas, en su base, al acceso inconsentido de un tercero a una conversación telefónica con la intención de aprehender el contenido de la misma. Por ende, sólo el tercero puede interceptar, de diversas maneras, las conversaciones; y, en un sentido amplio, la interceptación puede radicarse incluso en la filmación de escenas que se refieran a conversaciones específicas.

a afirmar que «(...) la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente»[216]. Cabe enfatizar que los términos del tipo constitucional español que mencionan los fallos aludidos, son exactamente similares al del tipo constitucional peruano.

Ahora bien, entrando en mayores precisiones, las filmaciones tienen carácter extra procesal y, por cierto, fueron realizadas sin conocimiento de un sector de los intervinientes en las conversaciones e incorporadas al proceso, no como un acto voluntario del inculpado Montesinos Torres sino como consecuencia de la actividad fiscal y judicial. Recuérdese que, en primer lugar, se ordenó y ejecutó la diligencia de allanamiento; en segundo lugar, se visualizaron todos los vídeos y escucharon todos los audios incautados; en tercer lugar, se remitieron al Fiscal aquellos que presumían contenido delictivo; y, en cuarto lugar, el Fiscal los anexó como elemento de cargo cuando formalizó denuncia, que precisamente dio origen al proceso en comentario.

Por consiguiente, desde el Derecho constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, no existe reproche constitucional alguno que realizar a las indicadas filmaciones.

---

216 CLIMENT DURÁN, Carlos, cit., pp. 1053-1056. Desde esta misma perspectiva, ASENCIO MELLADO formula dos conclusiones centrales: la primera, que el derecho al secreto de las comunicaciones no podrá ser nunca violado por la intervención de uno de los comunicantes, que podrá hacer el uso que estime conveniente de la conversación mantenida, dado que tal derecho sólo puede ser vulnerado por un tercero, sobre cuya actuación se erige la garantía en análisis; y, la segunda, que no obstante no poder nunca los intervinientes en una comunicación vulnerar el derecho citado, deberán éstos respetar todo aquello que se refiera a la vida íntima de cualquiera de ellos ya que, en caso contrario, su actuación sería contraria la derecho a la intimidad («La prueba prohibida en jurisprudencia constitucional». En: Revista Valenciana D'Estudis Autonomics. Valencia, enero-abril 1985, pp. 295-296).

§ 30. Sobre el tema materia de discusión existe un pronunciamiento de la Corte Suprema. Se trata de la Ejecutoria de 20.5.1998, dictada precisamente en un proceso de Tráfico de Influencias y, concurrentemente, de cohecho pasivo propio[217]. Si bien en ella -atento a la falta de argumentos específicos- no se precisa cuál es la posición del Supremo Tribunal, el Fiscal Supremo incorporó un argumento en materia de grabaciones magnetofónicas que relacionó con la vigencia del art. 2.10 de la Constitución. Su posición es la siguiente: «Con respecto a la impugnación deducida por la defensa del encausado Febrero Mejía, contra las grabaciones magnetofónicas de la conversación entre el citado encausado y Tulio Bermeo Tucho (ajeno al delito e intervino en el proceso como testigo), cabe apreciar que dicha prueba ha sido adquirida vulnerando el derecho fundamental de secreto o inviolabilidad de comunicaciones previsto en el inciso 10 Artículo 2 de la Constitución Política del Estado en tanto no existió previamente mandato judicial motivado que así lo ordene, por lo que, la valoración de las grabaciones contenidas en las cintas magnetofónicas de fs. 383 y 384 y transcritas a fs. 113 infringe la norma constitucional referida, consideraciones por las cuales la impugnación deducida cabe ser amparada».

El argumento del Fiscal Supremo, sin duda alguna, no es correcto. La grabación fue realizada por uno de los intervinientes en la conversación, entonces, como se ha resaltado, no puede considerarse que medió infracción al art. 2.10 de la Constitución, desde que el derecho al secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal y protege al individuo contra la interferencia de terceros, no de quien participa en la conversación. Además, su contenido tampoco afectaba el derecho constitucional a la intimidad: los temas abordados en la conversación no comprenden ámbitos íntimos, sino actividades ilícitas, constitutivas de delitos públicos.

217 ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal comentada, cit., pp. 489-492.

§ **31.** Un punto de importancia estriba en deslindar, en las circunstancias objeto de comentario, la naturaleza de la grabación. Su carácter extra procesal está fuera de toda duda: la filmación se produjo antes del proceso y es claro que no estuvo predeterminada siquiera a que se persiguiese penalmente a sus autores, lo que la margina por completo de ser calificada de «prueba provocada», en tanto –por alguna doctrina- posible modalidad de prueba prohibida[218].

En tal virtud, se está ante una «fuente de prueba». En palabras de MONTERO AROCA, fuente de prueba es un concepto extrajurídico, una realidad anterior al proceso, existente en la realidad, preexistente, independiente respecto del proceso, mientras que medio de prueba es un concepto jurídico que sólo existe en el proceso en el cual nace y se desarrolla, es actividad que hay que desplegar para incorporar la fuente al proceso[219]. Esta noción tiene importancia en tanto su

---

218 ROXIN comenta al respecto, luego del cambio jurisprudencial de la Corte Suprema Alemana, que inicialmente consideró la intervención inadmisible del Agente Provocador como un impedimento procesal que hacía imposible perseguir penalmente al «provocado», que en tanto el agente provocador se limite a «provocar» al sospechoso no se está ante una prohibición probatoria, salvo que se actúe contra quien no es sospechoso y siempre que ejerza una presión especial (ROXIN. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, pp. 66-67).

219 MONTERO AROCA, Juan. Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba, cit., p. 41. Por tal razón, insiste dicho autor –de un lado- en que «las leyes de enjuiciamiento, al regular el procedimiento probatorio, están disciplinando los medios, el cómo una fuente puede penetrar en el proceso, pero no necesitan enumerar exhaustivamente las fuentes (...)»; y, de otro lado, resaltando las diferencias entre fuente y medio de prueba, en que la prueba documental, «la fuente es el documento y el medio la actividad que debe realizarse para su aportación al proceso y establecer su conocimiento, y el medio su declaración regulada legalmente». Reiterando esta concepción, SENTIS MELENDO expresa que «la *fuente* es ...un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad superior y extraña al proceso; mientras que *medio* es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La *fuente* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el *medio* nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las *fuentes* y cuando las tenemos, proponemos los *medios* para incorporarlas al proceso» (Tomado de CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. «La prueba viodeográfica ...», cit., pp. 55-56).

análisis no puede ser igual al que se requiere para un acto procesal[220].

Cabe acotar que la institución de la denominada «prueba prohibida»[221] sólo alcanza a los supuestos de obtención de la prueba. Como tal, comprende concretamente toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso[222]. Uno de los supuestos que la integran

220 Reitera SANCHIS CRESPO que «la fuente existe con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las fuentes y cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso. La búsqueda de fuentes por ser ante-procesal y extra-procesal, no está sujeta a garantías específicas y determinadas de orden procesal, sino a garantías de orden jurídico, en general; las de orden procesal afectan totalmente a los medios o sea a la actividad a través de la cual las fuentes llegan al proceso. El documento es la prueba preconstituida por excelencia (...) puede ocurrir que se discuta su autenticidad, que se lo tache de falso, y ello complicará el medio de prueba, utilizado para conseguir que tenga valor la fuente de prueba» (SANCHIS CRESPO, cit., pp. 68-69).

221 Apunta ASCENCIO MELLADO que esta concepción descansa en la importancia del sistema de derechos fundamentales que proclama la Constitución, los mismos que ocupan una posición preferente en el ordenamiento jurídico; que la prueba prohibida se produce en el momento de la obtención de la prueba y no en la práctica del medio probatorio; que en el primer caso la admisión de una prueba obtenida en esas condiciones sería contraria al debido proceso y al derecho de igualdad (arts. 139.3 y 2.2 Constitución Peruana), pues ello supone una infracción de las garantías que, respecto del proceso, proclama tal precepto; y, que, en el segundo caso, se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia (art. 2.24.'e' Constitución Peruana) (Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1998, p.130.) (La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional, cit., p. 293). Una concepción más amplia que incluye ambos aspectos dentro de la noción de prueba ilícita y que unifica sus efectos es la asumida por MIRANDA ESTRAMPES. (El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, Bosch 1999, pp. 84-88).

222 La «prueba prohibida», expone GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, tipifica un supuesto de prueba obtenida desproporcionadamente, que a su vez determina que los jueces están impedidos constitucional y legalmente para valorarla. Ello se producirá, insiste el autor, cuando el acto de intervención vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías o el derecho a la igualdad de las partes, teniendo a la vista -según las circunstancias del caso concreto- los intereses en conflicto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad (GONZÁLES-CUELLAR SERRANO. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Colex 1990, pp. 332 y 340).

es precisamente la «labor de búsqueda e investigación de fuentes de prueba». En este último ámbito, para referirnos exclusivamente al tema tratado en el presente caso, se encuentra la obtención de pruebas vulnerando derechos o garantías constitucionales por la vía de hecho[223].

Según se ha sostenido, la filmación cuestionada no vulnera los derechos a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones. Por consiguiente, tal fuente de prueba no puede reputarse inconstitucional y, siendo así, no corresponde que judicialmente se excluya su valoración probatoria[224].

§ **32.** Otro punto necesario de análisis está referido a la diligencia de allanamiento. Sobre ella es del caso puntualizar lo siguiente: *a)* El allanamiento se realizó en los marcos de un proceso abierto, en el que se había dictado mandato de detención (prisión provisional) contra Montesinos Torres; *b)* La orden de allanamiento (resolución de 6.11.2000) tiene como precedente el procesamiento penal dictado a Montesinos Torres por delitos contra la Administración Pública y contra la Función Jurisdiccional en agravio del Estado (auto apertorio de instrucción de la misma fecha 6.11.2000); *c)* La policía, por dispo-

223 ASCENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid, Trivium 1989, pp. 82-83.

224 Es claro, igualmente, que en sede de investigación preliminar policial –actividad preordenada al ejercicio del *ius puniendi* del Estado- no existe obstáculo legal para que esas labores se extiendan a la captación de imágenes, en lugares públicos, de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que los que se supone fundamentalmente que se está cometiendo un hecho delictivo. Ningún derecho queda vulnerado en estos casos, lo cual simplemente dota a las observaciones policiales de un soporte documental en que quedarían reflejadas, apoyando con ello la testifical de los agentes policiales y favoreciendo la convicción judicial. Supuesto distinto, por cierto, sería el caso de la captación de imágenes dentro de un domicilio o espacio cerrado al público en que se encuentre el inculpado, pues allí se requeriría la preceptiva autorización judicial, necesaria para levantar la protección constitucional domiciliaria (Vid. SEONAE SPIELGERBERG, José Luis. «Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas». En: Actualidad Penal. N° 20. Madrid, mayo 1996, p. 368).

sición judicial, inmediatamente inició operaciones de búsqueda y captura, al punto que ese mismo día llegó a rodear el inmueble del citado imputado y, previas seguridades del mismo para evitar fugas o sustracción de documentos o evidencias, requirió la orden judicial de allanamiento, diligencia que se ejecutó al día siguiente, en horas de la madrugada; y, *d)* El pedido de allanamiento y la orden misma contiene un error en cuanto a la numeración del inmueble, pues se consignó como número 1995, cuando en verdad era 1275. Empero, la casa allanada, en los dos departamentos, fue la de Montesinos Torres –contra quien se dirigió la medida limitativa-, no una casa distinta, y no comprendió a terceros no vinculados al proceso.

§ 33. Es de significar que en materia de libertad domiciliaria, lo relevante desde la perspectiva constitucional es la orden judicial autoritativa, de no mediar consentimiento del titular del inmueble[225]. Su inexistencia, apunta RODRÍGUEZ SOL, priva de efectos legales a la diligencia de allanamiento y registro, así como a todas las pruebas directa o indirectamente derivadas de la misma. Dicho autor precisa, en primer lugar, que otros casos de infracción se sitúan en el ámbito de la legalidad ordinaria, siendo nula la diligencia si se prescinde de normas esenciales de procedimiento o si se produce efectiva indefensión, nulidad que es radical e insubsanable, pero no conlleva la nulidad de otros medios probatorios indirectamente ligados al registro, como es el caso; y, en segundo lugar, que al margen de la nulidad se

225 MONTERO AROCA enseña que, a estos fines, es de distinguir entre requisitos constitucionales y requisitos de legalidad ordinaria. Los primeros, son requisitos anteriores o coetáneos a la medida limitativa o a la resolución judicial, mientras que los segundos (legalidad ordinaria) son requisitos posteriores a ella. La consecuencia procesal de la vulneración de los requisitos constitucionales es que dicho acto y los derivados de él no surtirán efectos en el proceso (La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, cit., pp. 81,92 y 215). La garantía judicial, en el caso de allanamiento, aparece entonces –según ha enfatizado el Tribunal Constitucional Español en las SSTC 160/1991 y 126/1995- como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca; la resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir en casos de colisión de valores e intereses constitucionalmente protegidos.

encuentran las meras irregularidades no invalidantes, que a lo sumo pueden generar responsabilidad penal o disciplinaria en los actuantes[226].

Ahora bien, es cierto que, en el presente caso, la numeración de la vivienda estaba equivocada. Pero tal hecho puede considerarse como una mera «errata material». DE URBANO CASTRILLO, siguiendo la jurisprudencia española (v.gr.: STS 3 marzo 1995), acota que lo verdaderamente interesante es que se concrete el domicilio a registrar «por el nombre de la persona titular que lo ocupa», que se individualice el predio[227]; requisitos, sin duda, cumplidos en este caso, en el que se indicó que el predio era de Montesinos Torres, lo que no ha sido discutido o cuestionado, predio que a su vez había sido asegurado por personal policial y que, por lo demás, se había precisado correctamente la avenida donde estaba ubicado.

Por otro lado, respecto a la motivación de la resolución judicial, debe tomarse en cuenta que aun cuando la resolución autoritativa es lacónica, tiene como precedente el auto de procesamiento conteniendo el respectivo mandamiento motivado de prisión provisional y, de por medio, existe un Parte Policial que da cuenta de las exigencias para la intervención del domicilio de Montesinos Torres. Obviamente, las características de esta medida obliga a una posición flexible[228].

§ 34. El tema adicional que es del caso abordar, en tanto se estima que lo cuestionable del allanamiento es finalmente su ejecución: el ingreso, registro e incautación fue practicado por terceros con una finalidad que puede calificarse de espúrea. Cabe insistir, por tanto, que ya no se está ante un supuesto de prueba prohibida o ilícita

226 RODRÍGUEZ SOL, Luis. Registro domiciliario y prueba ilícita. Granada, Comares 1998, p. 315.

227 DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y otros. La prueba ilícita penal. Navarra, Aranzadi 2000, p. 155.

228 ibid., p. 154.

–el ingreso estuvo precedido por una orden judicial correcta en su esencia- y que, por ello, según se tiene expuesto, las irregularidades en la ejecución del mismo no afectan la fuente de prueba.

La nulidad del propio allanamiento, que es una categoría –la nulidad- distinta de la denominada «prueba prohibida», en todo caso, no afecta o se extiende a los vídeos sino al allanamiento como acto sumarial, afectación que tampoco puede extenderse a un hecho posterior como es la práctica procesal de la prueba videográfica en sí misma. Es claro que la valorabilidad de los vídeos y audios, para su calificación de medio de prueba confiable, en tanto se aporten cumplidamente –lo que ha ocurrido en el caso *sub judice*-, estará condicionada –de mediar impugnación en forma- a la determinación de su autenticidad, radicada en descartar –por cualquier medio de prueba pertinente- toda manipulación o adulteración de las imágenes y voces.

El juicio acerca de la nulidad[229] requiere, como es conocido, que el acto en cuestión no cumpla los fines a los que está destinado (vid. art. 171 in fine CPC). El allanamiento se dicta para ingresar a un inmueble y buscar a personas o cosas; el hallazgo de personas o cosas configura su objetivo procesal. La detención de personas o la incautación de cosas en general es una medida de aseguramiento que no forma parte, en estricto sentido, del allanamiento y registro, ¡lo sigue como acto sucesivo, pero no es un elemento que lo integra!.

Por tanto, más allá de estimar nulo el allanamiento, tal nulidad no se extiende a los videos y audios finalmente aportados al proceso,

229 Explica José María MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA que un acto procesal será declarado nulo cuando, en atención a la gravedad de la vulneración u omisión producida, haya dejado de observarse en el momento de su práctica todos o alguno de los requisitos procesales que la ley prevé como esenciales para que pueda llegar a producir todos y cada uno de los efectos jurídicos que les están previstos; lo importante, por consiguiente, es la gravedad de los efectos que pudieran derivarse de la conculcación del requisito prescindido, pues la nulidad no tiene otra finalidad que la salvaguarda de las garantías procesales (La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Madrid, Colex 1996, pp. 121 y 126).

sino únicamente al acto del registro[230]. Los videos y audios son independientes del allanamiento y su ocupación o aprehensión, no forman parte de la propia diligencia de entrada y registro, por lo que su aportación al proceso se puede hacer sin mengua de lo anterior.

§ 35. En conclusión, la prueba videográfica es admisible en el proceso penal. En el denominado «caso Montesinos» no se ha incurrido en un supuesto de prueba prohibida. Como tal, ni siquiera es de preguntarse, por su manifiesta improcedencia, si para los efectos de dictar el auto de apertura de instrucción el juez debió valorarla en su condición de acto de investigación.

En nuestro sistema procesal vigente no cabe que el Juez Penal analice las actuaciones preliminares en orden a evaluar si cabe abrir instrucción o no; basta únicamente que la imputación formulada por el Fiscal Provincial cumpla con las exigencias del art. 77 CPP. No obstante ello, podría sostenerse que una prueba prohibida, al no ser constitucionalmente pertinente, no daría lugar a un auto de apertura de instrucción al no servir como fuente de información válida para sustentarse en ella y justificar la promoción de la acción penal. Esta discusión, por lo demás, de suyo interesante, no es de plantearse en el presente caso por no ser pertinente.

230 Cabe enfatizar que MONTESINOS TORRES y demás personas vinculadas al SIN, en especial el Coronel HUAMAN AZCURRA –también procesado y encargado de las filmaciones en cuestión- dan cuenta de la realidad de las filmaciones, así como indican que así se procedía por orden de FUJIMORI FUJIMORI para asegurarse de la entrega de dinero y del compromiso o favores recibidos por los diferentes personajes involucrados, de uno u otro modo, en la red de corrupción que montaron al efecto.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Dino Carlos Caro Coria

1. GENERALIDADES

§ 1. La corrupción es un problema del que no han logrado desprenderse las sociedades contemporáneas[231]. Desde hace varias décadas, los organismos internacionales vienen desarrollando diferentes mecanismos para la prevención y sanción de los hechos más significativos[232]. En esa línea se inscriben, dentro del ámbito occidental, los múltiples instrumentos de la Unión Europea y del Consejo de Europa[233] que, en algunos casos, han orientado reformas administrativas y penales como las adoptadas en España, Francia, Italia o en Alemania mediante la Ley de 13 de agosto de 1997 de Lucha Contra la Corrupción[234]. Desde nuestra perspectiva cobra relevancia la Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada en el seno de la OEA en marzo de 1996 y ratificada por Perú en 1997.

El caso peruano es significativo, sus connotaciones han despertado una intensa persecución judicial contra ex altos funcionarios del

---

231 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública». En: Fabián Caparrós, Eduardo. La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Salamanca, Ratio Legis 2000, p. 67, concibe la corrupción «como la desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado, que no es otro que el "interés público" legalmente determinado», planteamiento cuya mayor concreción «depende en último término del modelo de referencia», así «el propio concepto de "corrupción" se vuelve relativo y heterogéneo».

232 ÜBERHOFEN, Michael. La corrupción en el Derecho comparado. Buenos Aires, Konrad Adenauer/Ciedla 1997, pp. 101-103.

233 Vid. el anexo de textos europeos en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, cit., pp. 87ss.

234 «*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*», en: BGBl, Parte I, pp. 2038-2043. Desde la perspectiva del Derecho comparado, ÜBERHOFEN, Michael. Korruption und Bestechungs-delikte im staatlichen Bereich. Freiburg i.Br., Iuscrim 1999, pp. 73ss.

gobierno pasado que, de diversas maneras, han incrementado su patrimonio. Las autoridades peruanas estiman que sólo el perjuicio patrimonial al Estado mediante hechos de peculado o contratos concusionarios vinculados al tráfico de armas o comisiones ilegales, podría superar los mil millones de dólares. Más difícil de calcular es la ganancia ilícita derivada de cohechos o sumas que han sido objeto de blanqueo de capitales. El descubrimiento de fortunas personales, principalmente en Suiza, México, Estados Unidos de Norteamérica, Panamá y otros países del Caribe que durante muchos años han venido operando como verdaderos «paraísos financieros», ha planteado un serio problema a las autoridades judiciales. No se cuenta con información sobre el origen de las mismas, pero dichas fortunas no podrían ser explicadas a través de las ganancias lícitas de esos funcionarios.

Ello ha motivado un intenso debate sobre la posibilidad de tipificar estos hechos o «situaciones» bajo los alcances del art. 401 del CP peruano de 1991, según el cual se sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 10 años al funcionario que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, pena más grave que la de otros delitos de funcionario que atacan frontalmente los bienes de la administración pública y no como aquí, donde el tipo se construye sobre la peligrosidad abstracta del comportamiento y requiere de un indudable esfuerzo de interpretación a fin de mantener la vigencia de un *ius puniendi* limitado por la Constitución. No debe pues admitirse que estamos ante un tipo de «mera sospecha» y necesitado de control constitucional difuso o concentrado, como han venido sosteniendo abogados y «académicos» vinculados a la defensa de los procesados[235].

Como podrá recordarse, este delito fue incorporado en nuestra legislación en 1981 ante una experiencia semejante a la actual, la

235 Marcelo SANCINETTI ha insistido [El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P. Buenos Aires, Ad-hoc 1994, pp. 17-22, también en el artículo resumen titulado «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino». En: Maier, Julio B.J., Alberto M. Binder (comps). El DP hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto 1995, pp. 292-296] en la necesidad de no ser traicio-

presencia de importantes fortunas de militares de las dictaduras de 1968 a 1980. Pero a pesar de que este delito tiene ya una vigencia que supera los veinte años, hasta la fecha no existe sentencia condenatoria

---

nado por lo que denomina «la auto-dignificación indirecta», es decir la asunción de una actitud justificadora de un delito que en el caso argentino parece plantear un irresoluble conflicto con la Constitución. Así, si uno se sirve de la connotación moral de esa defensa, enturbiando entonces la discusión jurídica con prejuicios éticos, se llegaría a decir de modo indirecto, sin ser explícito, «yo soy bueno», «yo son honrado» porque rechazo el enriquecimiento injustificado del funcionario público y creo que debe penarse.

Este fenómeno que el destacado autor observa en la doctrina argentina se expresa también en nuestro medio, pero en sentido contrario. El inédito procesamiento de personas vinculadas a la red de corrupción que operó en el país hasta hace poco, ha dado lugar a otra circunstancia inédita en el DP peruano: la participación de muchos académicos en la defensa de los procesados, como abogados y consultores. Profesores de prestigiosas universidades del país que han impulsado el DP en nuestro medio, y quienes no pocas veces han transmitido ese idealismo heredado de la criminología crítica: que el DP debía servir «para algo mejor» que legitimar la inmunidad de quienes gozan de poder económico.

Pero ahora, salvo honradas excepciones que siempre cabrá admirar, varios de nuestros Profesores, haciendo uso de sus «especiales conocimientos» sobre la prueba prohibida, la imputación objetiva, la teoría de la participación delictiva, u otros temas de gran complejidad que lamentablemente no han madurado en nuestra jurisprudencia, proponen «particulares interpretaciones» como indiscutibles verdades académicas o «estados de la cuestión ya asumidos en la dogmática española o alemana», y que el Magistrado peruano tendría que aceptar y ratificar con sus resoluciones si quiere ser «un buen Juez», «un funcionario ejemplar que respeta la Constitución». Porque de lo contrario estaríamos ante una «persecución política», una amplificación del poder penal que la Ley Fundamental y los Derechos Humanos no pueden tolerar. Así se exhibe a los procesados como «víctimas», y hasta se anuncia el recurso a los fueros internacionales a favor de imputados por graves hechos de corrupción (en muchos casos indiscutibles «en la esfera del profano» porque un vídeo lo registra), atentados contra el Estado, la voluntad popular, la libertad de información, o peor todavía, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales. Y todo ello bajo un «manto impoluto de severidad académica», una «auto-dignificación indirecta» que no nos debe traicionar.

Esperemos que el Poder Judicial, y desde luego quienes todavía creen que la Universidad y el Derecho penal peruano merecen «un futuro», sepan valorar como corresponde el producto de este uso instrumental de «la técnica» por parte de nuestros académicos, no ya como la unánime voz de nuestra insipiente dogmática penal, sino apenas como propuestas de interpretación contratadas que, por exigirlo así la defensa, muchas veces ni siquiera coinciden con el sentido de sus libros y publicaciones de DP de las que aún podríamos sentirnos orgullosos.

alguna por enriquecimiento ilícito en el Perú[236], lo que ha impedido que se articulen líneas de interpretación judicial que guíen la actual aplicación. Es más, el desarrollo doctrinal no presenta siquiera el alcance general de otros delitos contra la administración pública más tradicionales como el cohecho, el peculado o la malversación. Menos se ha llegado a un nivel de consenso entre las diversas posturas de la doctrina nacional, lo que no es un hecho aislado porque lo mismo acontece en la doctrina extranjera, donde los principales esfuerzos se han orientado a cuestionar la legitimidad político criminal de este delito y la propia configuración del injusto penal, antes que a una interpretación dogmática que sirva de baremo al ejercicio de la jurisprudencia[237]. Frente a este panorama, el presente Capítulo pretende abordar tales aspectos problemáticos.

2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

§ 2. Existe consenso en torno a que la primera manifestación normativa en el Perú que sugería la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito era el art. 22 de la Constitución de 1933[238], ubicado en el Título II de «Garantías constitucionales», en el Capítulo I dedicado a las «Garantías nacionales y sociales». Esta norma revelaba, a juicio de Luis Muñoz «la preocupación de rodear de prestigio y autoridad el ejercicio de la actividad del Estado», ya que «a través de la declaración que se exige es posible determinar si hubo o no enriquecimiento ilegítimo y por ende sancionable»[239].

---

236 Cabe llamar la atención, sin embargo, sobre el famoso fallo administrativo de 7 de enero de 1931 de la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional, que impuso graves consecuencias pecuniarias al ex Presidente Augusto Bernardino Leguía Salcedo e hijos, por la comisión de enriquecimiento ilícito (en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 3/1996, pp. 234-236, incluye además la defensa del abogado Alfonso Benavides Loredo, pp. 236ss).

237 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Idemsa 2001, pp. 110-111.

238 «Art. 22: Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlo expresa y específicamente, en la forma que determine la ley».

239 Cit. por PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Ediciones Jurídicas 1993, p. 7.

La Constitución de 1979 reguló el problema del enriquecimiento ilícito con mayor especificidad en el art. 62, incardinado en el Capítulo VI («De la función Pública») del Título I que regulaba los «Derechos y deberes fundamentales de la persona». La norma no sólo mantuvo el mandato de efectuar la declaración de rentas y bienes, sino que estableció la facultad del Fiscal de la Nación de denunciar ante el Poder Judicial los casos de enriquecimiento ilícito y la necesidad de que una ley regule la responsabilidad de los funcionarios en estos casos[240]. Posteriormente, aunque antes de que se criminalizara el enriquecimiento ilícito, el art. 66.6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, D.Leg. N° 052 de 18 de marzo de 1981, reconoció la atribución del Fiscal de la Nación ya prevista en la Constitución. Por su parte, el art. 41 de la Constitución de 1993, igualmente ubicado en el Capítulo IV «De la función pública» del Título I «De la persona y de la sociedad», prácticamente reprodujo el sentido del art. 62 de su similar de 1979, a lo que añadió el deber de publicar las declaraciones juradas, además de elevar al máximo nivel la regla de duplicar el plazo de prescripción de los delitos contra el erario público[241] [242].

---

240 «Art. 62: Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de éstos.
El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito.
La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo».

241 «Art. 41: Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el Diario Oficial en la forma y condiciones que señala la ley.
Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.
La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.
El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado».

242 Vid. RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima, PUCP 1999, pp. 429ss.

§ 3. En cumplimiento del mandato constitucional, y bajo una clara influencia de modelo adoptado en Argentina en 1964 y en el entonces nuevo CP colombiano de 1980, el D. Leg. N° 121 de 12 de junio de 1981 tipificó el enriquecimiento indebido, incorporándolo en el art. 361-A del CP Maúrtua de 1924[243], no entre los delitos de corrupción como era común en el Derecho comparado, sino en la Sección Décima Cuarta («Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales»), en el Título VI de «Denegación y retardo de justicia», ubicación que ha sido criticada por la doctrina nacional por no corresponder a la sistemática del bien jurídico protegido[244].

La previsión de una pena manifiestamente superior a la de otros delitos de corrupción hacía poco justificable su consideración como delito «subsidiario» o «complementario», y peor aún cuando en 1987, mediante la Ley N° 24653 de 28 de marzo, se agravó la pena de prisión, fijándose entre 4 y 10 años, y se elevó la multa al rango de 60 a 180 días. Con ello, un delito de peligro abstracto pasaba a tener una consecuencia similar, o bastante mayor en algunos casos, que la de infracciones que lesionaban el bien jurídico, como el cohecho o el peculado, disfunción político criminal que, según veremos, se mantiene en la actualidad y dificulta la apreciación del enriquecimiento indebido como una fórmula subsidiaria, sólo aplicable en defecto de otros ilícitos contra la administración pública.

---

243 «Art. 361-A: El funcionario o servidor público que por razón de su cargo o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de condena.
Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita.
Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto».

244 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I. Lima, Idemsa 1996, p. 290.

§ 4. Este problema no pudo superarse en los sucesivos proyectos de CP de setiembre de 1984[245], agosto de 1985[246], marzo-abril de 1986[247], julio de 1990[248] y enero de 1991[249], ocasiones en las que el proyectista se limitó a reproducir la orientación argentino-colombiana adoptada en 1981. De esta manera, el legislador del CP de 1991 se limitó a variar la ubicación sistemática del enriquecimiento ilícito, incardinándolo en la Sección IV de «Corrupción de funcionarios» del Capítulo II («Delitos cometidos por funcionarios públicos») del Título XVIII («Delitos contra la administración pública») de la Parte Especial.

La redacción del art. 401 reprodujo, con ligeras variaciones, el primer párrafo del art. 361-A del CP derogado, de modo tal que el delito se mantuvo, al menos desde el punto de vista formal, como un aparente tipo de sospecha[250] pero con una pena significativa de hasta 10 años de privación de libertad. Quizás en vista de la nula relevancia jurisprudencial de este ilícito, en el contexto de transición entre la caída del régimen de Fujimori y el actual gobierno, se revisó el tipo en orden dispensar al interprete del necesario baremo que permita determinar el contenido de injusto del «enriquecimiento ilícito». Sin embargo, el legislador de la transición no encontró mejor solución

245 Art. 381, ubicado entre los delitos de «Peculado», reproduce el texto del art. 361-A del CP de 1924.

246 Art. 408, ubicado en el Título de «Corrupción de funcionarios», reproduce el texto del art. 361-A del CP de 1924.

247 Art. 383, ubicado en el Título de «Corrupción de funcionarios», reproduce el texto del art. 361-A del CP de 1924.

248 Art. 363, ubicado en la Sección de «Corrupción de funcionarios», reproduce el texto del art. 361-A del CP de 1924, pero sólo prevé pena privativa de libertad de 5 a 10 años.

249 Art. 394, ubicado en la Sección de «Corrupción de funcionarios», reduce el texto a un solo párrafo y prevé pena privativa de libertad de 5 a 10 años, eliminando la referencia a los indicios de enriquecimiento, así como el secreto y exclusividad de la prueba ofrecida por el imputado.

250 «Art. 401: El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años».

que incorporar una regla procesal indiciaria, la prevista en el pf. 2 del art. 361-A del CP de 1924 y que había sido derogada en 1991 con la entrada en vigor del nuevo CP. De esa forma, el art. 7 de la Ley N° 27482 de 15 de junio de 2001, «Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado», incorporó en el art. 401 del CP, como «gran novedad», un texto casi idéntico al adoptado hace 20 años[251] que, en todo caso, no afecta el contenido del tipo penal.

§ 5. Bien precisa GÁLVEZ VILLEGAS que los antecedentes más cercanos del tipo de enriquecimiento ilícito parecen haber surgido en las legislaciones latinoamericanas donde «al constatarse el surgimiento de ingentes fortunas acumuladas a partir del ejercicio de la función o el desempeño de cargos públicos, por parte de funcionarios o servidores públicos, paulatinamente se fue criminalizando estas conductas por los distintos países de Latinoamérica (...) habiéndose estructurado los tipos penales de variadas maneras pero siempre manteniéndose la orientación de reprimir penalmente el ánimo lucrativo de los funcionarios, expresado en el incremento de sus respectivos patrimonios»[252].

La regulación prevista en el art. 361-A del CP derogado tuvo como fuente directa el art. 268 (2) del CP argentino[253], incorporado

---

251 Art. 401, pf. 2 del CP: «Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

252 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 204.

253 «Art. 268 (2): Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años».

mediante la Ley 16648 de 30 de diciembre de 1964 que creó el Capítulo IX rotulado «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados»[254], norma que ha sido recientemente modificada mediante la Ley 25.188 de 1 de noviembre de 1999[255]. También se inspiró en el art. 148 del CP colombiano de 1980[256] ubicado en el Capítulo Sexto

254 Ya el texto original del CP argentino contemplaba una figura más general fuera del cohecho, el art. 259 disponía que «Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas que le fueren presentadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo».
Posteriormente, mediante el Decreto Ley N° 4778 de 12 de julio de1963 se reformó los alcances de la citada norma, incorporándose en el segundo párrafo, por primera vez, el enriquecimiento ilícito de funcionario. El art. 259 quedó así redactado: «Será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que, para lucrar o hacer lucrar a otro, utilizare información o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo de su cargo. Será reprimido con la misma pena, el funcionario público que, durante su desempeño o dentro de los 3 años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar, ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad».
Esta norma fue sustituida al año siguiente mediante la citada Ley 16648, pasando el enriquecimiento ilícito a ser regulado en el art. 264 del texto argentino.

255 La actual redacción del art. 268 (2) es la siguiente: «Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.
Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.
La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

256 «Art. 148: El empleado oficial que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.
En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.
Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto».

titulado «Del enriquecimiento ilícito» del Título III de «Delitos contra la administración pública», norma cuyo tercer párrafo, de origen argentino, fue declarado «inexequible» por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia mediante la sentencia de 9 de diciembre de 1982, entre otros motivos porque la reserva total de la prueba limitaba el derecho de defensa[257]. Posteriormente la Ley 190 de 1995 elevó la pena de prisión de 2 a 8 años y estableció una multa equivalente al valor del enriquecimiento, así como la interdicción por el mismo término de la pena principal[258].

Como podrá apreciarse, el tipo penal argentino tiene una estructura típica distinta al peruano, puesto que la acción típica no se concreta propiamente con el enriquecimiento sino con la «no justificación» del mismo. Asimismo toma en cuenta para imputar relevancia penal sólo los casos de enriquecimiento apreciable, dejando fuera de la esfera penal los casos de escasa entidad, situación que no ha sido prevista expresamente en la legislación peruana, aunque cabrá deducirla de la regla indiciaria del pf. 2 del art. 401 como se verá luego. Antes bien, la norma argentina imponía, hasta la modificatoria prevista en la Ley 25.188, el secreto y exclusividad de las pruebas ofrecidas por el imputado, lo que fue acogido inicialmente en el pf. 3 del art. 361-A del CP peruano de 1924[259], pero dejado de lado en el CP de 1991[260] [261].

257 En: Jurisprudencia y Doctrina. T. XII, N° 135/1983, pp. 219-223, «Disponer mediante norma con fuerza legal que la prueba aducida para desvirtuar determinada modalidad delictiva es reservada e intransmisible y no puede utilizarse para ningún otro efecto, o sea, ni siquiera para poder invocar la inocencia de otro sindicado, o del mismo, respecto de otro hecho punible, viola abiertamente el derecho de defensa y es por ello inexequible» (p. 222).

258 Las objeciones contra la norma, por el posible traslado de la carga de la prueba al imputado, fueron desestimadas por la Sentencia N° C-319 de 18 de julio de 1996 de la Corte Constitucional colombiana que declaró exequible el contenido del art. 148 del CP. En: Gaceta de la Corte Constitucional 1996, edición extraordinaria N° 2, pp. 7-28. Vid. también ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito. 3ª ed. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1998, pp. 193-213.

259 Con pacifismo, como podrá observarse en el comentario descriptivo de BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4. Lima, San Marcos 1990, p. 79.

260 A favor de tal solución ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Lima, Palestra 2001, pp. 489-490.

La regulación colombiana fija el núcleo del injusto en el «incremento patrimonial no justificado», con lo que se aleja de su antecedente argentino y mantiene diferencias con lo que luego sería el art. 361-A del CP peruano introducido en 1981, el cual omitió toda referencia expresa a la «no justificación». La norma colombiana parece otorgar relevancia penal a todo tipo de incremento, no sólo al «apreciable» como en el caso argentino, y criminaliza la conducta del testaferro o persona interpuesta como acontece en Argentina pero no con pena atenuada sino equivalente. Lo más relevante sin embargo, es que expresamente establece una relación de subsidiaridad entre el enriquecimiento indebido y los restantes ilícitos[262]. Parte de estos lineamientos se mantienen en el art. 412 del nuevo CP colombiano de 2000, que ya no prevé una exigencia de «no justificación», ni la expresa sanción del testaferro[263], quizás porque en el art. 327 se tipifica el enriquecimiento del particular.

§ 6. Otras fuentes del Derecho comparado, pese a no haber inspirado directamente al legislador nacional, pueden ser relevantes

261 No se plantea en consecuencia la discusión argentina y colombiana sobre el fundamento de la reserva de la prueba. Si bien el CP derogado la contemplaba, la situación era distinta porque a diferencia de los textos argentino y colombiano, el tipo no se construyó sobre la «no justificación» del incremento, de lo contrario habría suscitado el complejo problema de compatibilizar una disposición que obliga a justificar, quizás en perjuicio del *nemo tenetur* o principio de no autoincriminación, con otra que declara la reserva probatoria a lo mejor porque implícitamente se acepta la violación de este principio, buscándose limitar más bien la extensión de dicha violación.

262 Además, a partir del Decreto 2895 de 1989, la legislación colombiana tipifica el enriquecimiento ilícito o injustificado de particulares, considerando penalmente relevante todo incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma, de actividades delictivas.

263 «Art. 412: El Servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años».

para la interpretación del art. 401 del CP vigente. Cabe en ese sentido mencionar la orientación de la Ley brasilera N° 3.502 de 21 de diciembre de 1958 que sancionaba con el secuestro y pérdida de los respectivos bienes o valores, al funcionario que se enriquece ilícitamente[264], considerando la expresión «enriquecimiento ilícito» como un elemento normativo del tipo pues lo define exhaustivamente en salvaguarda del principio de determinación[265], lo que no se aprecia en otros ordenamientos que tipifican esta infracción. Esta regulación fue totalmente sustituida por la Ley N° 8.249 de 2 de junio de 1992 que en el art. 9 prevé, como la anterior, una exhaustiva definición de los «actos de improbidad administrativa que importan enriquecimiento ilícito» y prevé penas no privativas de libertad en el art. 12.I, como la pérdida de valores y bienes, resarcimiento del daño, pérdida de la función, entre otras.

---

264 «Art. 1: El servidor público o un dirigente o un empleado de organismos públicos que, por influencia o abuso de cargo o función, se beneficie de enriquecimiento ilícito quedará sujeto al secuestro y pérdida de los respectivos bienes o valores (...)».

265 «Art. 2: Constituyen casos de enriquecimiento ilícito para los fines de esta Ley:
a La incorporación al patrimonio privado sin las formalidades previstas en las leyes, reglamentos, estatutos o en normas generales y sin la indemnización correspondiente, de bienes o valores del patrimonio de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo primero y sus parágrafos.
b La donación de valores o bienes del patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo uno y sus parágrafos a individuos o instituciones privadas, también las de fines asistenciales o educativos, desde que es hecha sin publicidad y sin autorización previa del órgano que tenía competencia expresa para deliberar en ese respecto;
c El recibimiento de dinero, de bien mueble o inmueble, o de cualquier otra ventaja económica, a título de comisión, porcentaje, gratificación o presente;
d La percepción de ventaja económica por adquisición de bien mueble o inmueble por valor sensiblemente superior al del mercado o a su valor real;
e La obtención de ventaja económica por adquisición de bien mueble o inmueble por precio sensiblemente inferior al de mercado o al de su valor real;
f La utilización de obras o servicios de naturaleza privada de vehículos, máquinas y materiales de cualquier naturaleza de propiedad de la Unión, Estado, Municipio, Entidad Pública, Sociedad de Economía Mixta, Fundación de Derecho Público, empresa incorporada al patrimonio de la Unión o entidad que reciba o aplique contribuciones parafiscales y, también a de los servicios públicos u operarios de cualquiera de esas entidades; (...)».

Antes bien, otro grupo de regulaciones adoptan una fórmula bastante cercana a la argentina, pues hacen depender el injusto penal de la no justificación del incremento patrimonial por parte del funcionario, como se aprecia en el art. 346.4 del CP de Costa Rica de 1970[266] que en todo caso añade una regla de subsidiaridad similar a la del tipo colombiano. De modo casi idéntico se expresa el art. 335.4 del CP panameño de 1982[267], pero añade expresamente la punición del testaferro u «hombre de paja». También se incardina en esa perspectiva el art. 224 del CP federal mexicano[268], cuya tendencia parece

266 «Art. 346: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: (...)
1 No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público».

267 «Art. 335: Será sancionado con prisión de 6 a 18 meses y de 25 a 75 días-multa el servidor público que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado: (...)
4. *No justifique, al ser debidamente requerido*, la procedencia de un incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público.
(...) la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, será sancionada con 25 a 75 días-multa».

268 «Art. 224: Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público *no pudiere acreditar el legítimo* aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Incurre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley a sabiendas de esta circunstancia.
Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:
Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

imperar en las diversas regulaciones estatales mexicanas, como se aprecia en el art. 353 del Anteproyecto de CP del Estado mexicano de Sinaloa[269].

Más parecida a la regulación colombiana, en el sentido de cifrar el enriquecimiento indebido principalmente en el incremento patrimonial y no tan sólo en la conducta de la autoridad o funcionario de no justificar su existencia, es la prevista en el CP ecuatoriano tras la reforma mediante la Ley 6, 260-S, de 29 de agosto de 1985[270]. El art. 25 de la Ley venezolana «contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados» de 31 de marzo de 1964, ya había adoptado esta orientación en la definición del enriquecimiento ilícito[271] [272], lo que

---

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos».

269 «Art. 353: Al servidor público que con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público durante el tiempo de su encargo adquiera, directamente o a través de terceros, la propiedad de bienes o se ostente como dueño de los mismos, *cuya procedencia legal no pueda acreditar*, se le impondrá de dos a diez años de pena privativa de la libertad personal, de cien a seiscientos días multa y de cien a quinientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.
Los bienes cuya legítima procedencia no se logre acreditar, serán decomisados en beneficio del Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia del Estado».

270 «Art... Constituye enriquecimiento ilícito el *incremento injustificado del patrimonio* de una persona producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.
Art... El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.
Art... Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores, a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social».

271 «Art. 25: El enriquecimiento ilícito tiene lugar cuando el funcionario o empleado público, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía se encontrare en *posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que sobrepasen notoriamente sus posibilidades económicas.*
Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público

puede observarse también en el art. 150 del CP cubano de 1987[273] y en el art. 333 del CP de El Salvador de 1997[274].

Particular interés reviste el Art. 477 del CP de Puerto Rico, reformado mediante el Decreto 270 de 13 de febrero de 1973[275], porque señala que la fuente del enriquecimiento indebido debe serlo

---

se tomarán en cuenta: 1) sus condiciones personales; 2) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento».

272 Menos específico es el art. 205 del CP Venezolano: «Todo funcionario público que por sí mismo, o por interpuesta persona, o por actos simulados, se procure alguna utilidad personal en cualquiera de los actos de la Administración Pública en que ejerce sus funciones, será castigado con prisión de seis meses a cinco años». A juicio de la doctrina, se trata también de una figura subsidiaria frente a otros delitos de funcionario, Vid. GARCÍA ITURBE, Arnoldo. Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia. Caracas, UCV 1969, p. 89. CHIOSSONE, Tulio. Manual de DP venezolano. Caracas, UCV 1981, p. 534.

273 «Art. 150: 1. La autoridad, funcionario o empleado que, directamente o por persona intermedia, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero *en cuantía no proporcional a sus ingresos legales*, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener tal aumento patrimonial, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. A los declarados responsables del delito previsto en este artículo se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.

3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad».

274 «Art. 333: El funcionario, autoridad pública o empelado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones *obtuviere incremento patrimonial* no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo».

275 «Art. 477: El funcionario Público que sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo *se enriquece sin justa causa*, a costa de la hacienda pública o municipal, será sancionado con prisión de 6 meses a 6 años. Se presume enriquecimiento ilícito el aumento de capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, y fuere notablemente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital, o de sus ingresos, por cualquier otra causa».

la «hacienda pública o municipal» y no como consecuencia de alguno de los delitos contra la administración pública, de manera que será necesario comprobar el perjuicio para el erario público y la ausencia de un delito estrictamente funcional.

También merece atención particular el art. 323 del CP italiano de 1930, modificado por el art. 1 de la Ley de 16 de julio de 1997[276], que en rigor no criminaliza el enriquecimiento indebido pero sanciona, como delito subsidiario, un posible comportamiento anterior, el abuso de autoridad o del cargo con el fin de alcanzar una «ventaja patrimonial injusta», esto es un delito de emprendimiento donde es suficiente la realización de actos u omisiones encaminados a dicho fin («procura»)[277] [278]. De modo similar, el art. 382 del CP portugués[279], tras la reforma a través del Decreto-Lei N° 48/95 de 15 de mayo, regula el delito de «abuso de poder» como una manifestación subsidiaria y anticipada de enriquecimiento mediante al aprovechamiento de la función pública[280]. En el ordenamiento penal uruguayo, tras la

276 «Art. 323: Salvo que el hecho no constituya un delito más grave, el oficial público o el encargado del servicio público que, en el desenvolvimiento de sus funciones o del servicio, y en violación de normas, de leyes o de reglamentos, o bien absteniéndose en presencia de un interés propio o de un tercero o en los otros casos previstos, intencionalmente procura para sí o para otro una ventaja patrimonial injusta, o provoca a otros un daño injusto, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años.
La pena se aumentará en los casos en que la ventaja o el daño sea de relevante gravedad».

277 RUSSO, Vincenzo. Il «nuovo» abuso di ufficio e gli altri reati contra la pubblica amministrazione. Napoli, Juvene ed. 1999, p. 66 y ss.

278 Esta norma fue sometida sin éxito a Cuestión de Constitucionalidad ante la Corte Constitucional italiana, la cual mediante la Sentencia N° 448 de 22 de diciembre de 1998 (Pres. Granata), declaró que el art. 323 del CP no violaba el principio de legalidad, en: La riforma dell'abuso d'ufficio. Milano, Giuffrè 2000, pp. 257-263.

279 «Art. 382: El funcionario que, fuera de los casos previstos en los artículos anteriores, abusare de los poderes o violare los deberes inherentes a sus funciones, con la intención de obtener, para sí o para un tercero, beneficio ilegítimo o causar perjuicio a otra persona, será castigado con prisión de hasta 3 años o con pena de multa, siempre que una pena más grave no esté prevista por otra disposición legal».

280 RIBEIRO DE FARIA, Paula. «Abuso de poder». En: Figueiredo Dias, Jorge. Comentario conimbricense do CP. PE. T. III. Coimbra, Coimbra ed. 2001, pp. 774-782.

reforma penal a través de la Ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998, conductas semejantes se sancionan como abuso autoridad de funciones (art. 162) agravado (art. 163 Ter, 2)[281], y siempre que el enriquecimiento patrimonial se haya consumado.

Finalmente, es de destacar el sentido del art. 149 del CP boliviano de 1972[282] y de los arts. 350 y 351 del CP de Honduras de 1983[283], normas que otorgan relevancia penal a la propia omisión de la declaración jurada de bienes y rentas por parte del funcionario, lo que es particularmente cuestionable ya que se trata del mero incumplimiento de una obligación administrativa[284], que ni siquiera pone en peligro abstracto alguno de los bienes protegidos a través de los delitos con-

281 «Art. 162: El funcionario públicos que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares, que no hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaria, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)».
La agravante del art. 163 Ter se concreta en: «2°) Que el sujeto activo haya obtenido, como consecuencia de cualquiera de estos delitos, un enriquecimiento patrimonial».

282 «Art. 149: El funcionario público que conforme a la ley estuviere obligado a declarar sus bienes y rentas a tiempo de tomar posesión de su cargo y no lo hiciere, será sancionado con una multa de treinta días».

283 «Art. 350: Quien entrare a desempeñar cargo o empleo público sin haber prestado la promesa de ley, o rendido la fianza requerida por ley u omitido hacer la declaración de bienes que ordena la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, incurrirá en multa de cien a quinientos lempiras y quedará suspenso del cargo o empleo hasta que cumpla las formalidades omitidas.
La misma multa se impondrá al funcionario que admitiere al subalterno en el desempeño del cargo o empleo sin que haya cumplido las expresadas formalidades».
«Art. 351: El funcionario culpable de cualquiera de los delitos penados en los dos artículos anteriores, que hubiere percibido derechos o emolumentos por razón de su cargo o empleo antes de poder desempeñarlo o después de haber debido cesar en él, será, además, condenado a restituirlos».

284 Así lo considera por ejemplo el art. 17 de la Ley uruguaya 17.060 de 23 de diciembre de 1998.

tra la administración pública[285]. Recientemente, a través de la citada Ley 25.188 de 1 de noviembre de 1999, se ha incorporado el art. 268 (3) en el CP argentino[286] a fin de criminalizar la omisión de declaración jurada (pf. 1) y la falsedad de información (pf. 3), lo que un sector de la doctrina ha valorado positivamente[287], sin tener en cuenta el carácter de mera desobediencia del injusto y la posibilidad de reconducir el supuesto de falsedad a otras infracciones de la parte especial.

3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

§ 7. La CICC establece los principios fundamentales que deben primar en la interpretación y reforma de los delitos contra la administración pues, tras su ratificación por parte del Estado peruano[288], forma parte del Derecho nacional conforme ordena el art. 55 de la

285 En contra, HUGO ALVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública. Lima, Gaceta Jurídica 2000, p. 214, para quien no sólo debería criminalizarse la simple omisión de declaración sino además la no publicación de la misma.

286 «Art. 268 (3): Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.
El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.
En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables».

287 BUOMPADRE, Jorge E. Delitos contra la administración pública. Corrientes, Mave 2001, p. 355, entiende que se trata de un «aporte positivo para tratar de evitar en parte los lamentables actos de corrupción de los que no son ajenos nuestros Estados latinoamericanos».

288 Mediante el D.S. N° 012-97-RE de 24 de marzo de 1997, antes aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 26757 de 12 de marzo de 1997.

Constitución[289] ostentando rango de ley, como se deduce del art. 200.4 de la Carta Magna[290].

El art. IX de este dispositivo regional establece los fundamentos del enriquecimiento ilícito[291], cifrando el injusto no sólo en la omisión de justificación por parte del funcionario sino, además en el notable incremento patrimonial. Como destaca VILLAVICENCIO TERREROS, la fórmula propuesta por la Convención es más precisa que la utilizada en la legislación peruana, el art. 401 pf. 1 del CP no define el enriquecimiento ni ofrece parámetros objetivos. Antes bien, la CICC precisa los criterios para la verificación de esta infracción: 1) que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público; 2) que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; y, 3) que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público[292].

§ 8. Las insuficiencias del tipo penal peruano no han sido superadas con la Ley N° 27482 que introdujo en el art. 401 del CP un

289 «Art. 55: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional».

290 «Art. 200: Son garantías constitucionales: (...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas generales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

291 «Art. IX: Enriquecimiento ilícito: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, *el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos* durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.
Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.
Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan».

292 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lima, PUCP 2001, p. 43.

nuevo párrafo que fija una regla procesal indiciaria, aunque permite contar con algunos criterios objetivos que en definitiva deben incidir en la interpretación del tipo penal, entre ellos: *1)* debe existir un aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público; *2)* tal aumento debe apreciarse en comparación con la declaración jurada de bienes y rentas; y, *3)* dicho aumento debe ser «notoriamente superior» al que normalmente haya podido tener en virtud del sueldo, emolumentos, incremento de capital o ingresos de origen lícito.

Estos criterios no hacen referencia expresa a la exigencia de que el incremento no pueda ser debidamente justificado por el funcionario, como sí se observa en el art. IX de la CICC, aunque ello podría deducirse de la exigencia de «ilicitud» del enriquecimiento prevista en el pf. 1 del art. 401, pero entonces se abriría paso a una violación del principio *nemo tenetur* como se verá luego. En todo caso, el pleno cumplimiento de los términos de la CICC exige la reforma del delito de enriquecimiento ilícito, de allí que a juicio de VILLAVICENCIO TERREROS podría adoptarse la siguiente fórmula sustitutoria del art. 401: «El funcionario o servidor público que, incrementa su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años»[293].

Sin embargo, esta propuesta deja aún por resolver, además de la admisibilidad de la exigencia de «no justificación» frente al principio de no autoincriminación, múltiples cuestiones que se plantean en la doctrina nacional: *1)* la subsidiaridad o complementariedad del tipo; *2)* la punición del testaferro o tercero; *3)* la necesidad de fijar una pena proporcional a la adopción de una fórmula de peligro abstracto, frente a las consecuencias previstas para otros delitos de lesión de los

293 ibid., p. 43.

intereses de la administración pública; *4)* la compatibilidad de la fórmula con los principios constitucionales de determinación y presunción de inocencia.

4. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN

§ 9. Como se sabe, el Derecho penal desarrolla su finalidad última de tutela a la persona y mantenimiento del sistema social, a través de la protección de los presupuestos imprescindibles para la existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos[294]. Más allá de la discusión en torno a la legitimación del *ius puniendi* a través del respeto del principio de lesividad o, más bien, de un sistema protector de la mera vigencia de la norma[295], puede decirse que en el Derecho penal contemporáneo se sigue considerando esencial que la antijuricidad material radique en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. En nuestro sistema jurídico así lo exige el art. IV del CP[296].

En la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública no sólo se ha recurrido a objetos tangibles o determinables como el erario público o la imparcialidad en el ejercicio de la función, sino que es común el recurso a conceptos difusos, cuando no morales, como el «prestigio y buen nombre de la administración», «la confianza ciudadana en la administración pública» o la «rectitud del funcionario», definiciones que se encuentran también en la delimitación doctrinal del bien protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. Así, para DÍAZ ARANDA lo tutelado es «la in-

294 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del DP. Lima, Gráfica Horizonte 1999, p. 40.

295 CARO CORIA, Dino Carlos. CP & legislación complementaria. Lima, Gráfica Horizonte 2001, pp. 43ss.

296 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. CP comentado. Lima, Grijley 2001, pp. 31-34.

corruptibilidad de la función pública y la confianza pública»[297]. A juicio de BUOMPADRE, se cautela «la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos»[298].

En la doctrina nacional, BRAMONT ARIAS defendió en el marco del art. 361-A del CP derogado que el «objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función o el servicio público del descrédito a que la exponen los funcionarios o servidores públicos que, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración para su provecho personal o para fines privados»[299].

Esta concepción se mantuvo en las primeras interpretaciones del art. 401 del CP, por ejemplo para PEÑA CABRERA y FRANCIA ARIAS, «el bien jurídico tutelado es el deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la administración pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, decoro, deber del cargo, disciplina, con las que se identifica la Administración Pública»[300]. De modo parecido, a juicio de ROJAS VARGAS se «busca garantizar el *normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos* públicos conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de *honradez* y *servicio a la nación*»[301], juicio que desde ya adopta una importante carga moral, ajena a toda concepción moderna del bien jurídico-penal que renuncia a dispensar de tutela penal a aquellos valores éticos de difícil determinación. Tal orientación es acentuada por el citado autor cuando señala que «No es el

297 DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos. México, Cárdenas ed. 1999, pp. 71, 78.

298 BUOMPADRE, Jorge E. Delitos contra la administración pública, cit., p. 349.

299 BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., pp. 77-78.

300 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Jurídicas 1993, p. 22.

301 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Lima, Grijley 2001, p. 464.

patrimonio estatal el punto de atención principal de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado, sino la *necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos* del funcionario y servidor público»[302].

Tampoco GÁLVEZ VILLEGAS, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio del enriquecimiento ilícito, se ha mantenido al margen de valoraciones morales en la delimitación del objeto de tutela. En efecto, considera que «a través de la tipificación de este ilícito, se protege específicamente ciertos aspectos o componentes de la Administración Pública y no a todos sus componentes (...) es más adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, el *prestigio, dignidad y confianza de la función* pública; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran, pues, aún cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va a ser ejercitada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de éstos será la que determine a fin de cuentas, el *prestigio de la Administración*»[303].

§ 10. Esta línea de argumentación no es suficiente para dotar de contenido material al objeto de tutela en el enriquecimiento indebido, es necesario establecer las condiciones de merecimiento y necesidad de pena sobre las que reposa todo bien jurídico-penal[304].

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de 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 acredi-

302 ibid., p. 464.
303 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 114, 115-116.
304 CARO CORIA, Dino Carlos. DP del ambiente. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 44ss.

tarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública. En tal sentido, la sospecha de la comisión de uno o varios delitos de funcionario, sumada al deseo de evitar estas situaciones o estados patrimoniales presuntamente ilícitos, suele considerarse suficiente justificación para otorgar relevancia penal a estas situaciones o estados de enriquecimiento.

En tal sentido, en el Derecho penal argentino NÚÑEZ ha sostenido que este delito «resguarda la administración pública frente al lucro y a la codicia corruptores de sus funcionarios y empleados»[305]. A su vez, para CREUS el delito trata de prevenir «aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario público por parte del agente»[306]. Con mayor amplitud se expresó el Proyecto de 1960 para introducir en el CP argentino el enriquecimiento ilícito, como recuerda FONTÁN BALESTRA, la necesidad de la norma se fundamentó en que «La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas»[307].

Argumentos semejantes se han defendido para justificar la punición del enriquecimiento indebido en el Derecho penal colombiano[308]. En nuestro ordenamiento acontece de igual forma, ROJAS VARGAS

305 NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de DP. PE. Córdoba/Buenos Aires, Lerner 1978, p. 439.

306 CREUS, Carlos. DP. PE. T. 2. Buenos Aires, Astrea 1991, p. 323. Ya antes en Delitos contra la administración pública. Buenos Aires, Astrea 1981, p. 417.

307 FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII. Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1980, p. 358.

308 FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la administración pública. 3ª ed. Bogotá, Temis 1995, pp. 119-121. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Gustavo Ibáñez 1995, pp. 197-199.

considera que «se trata de una criminalización social y políticamente pertinente por cuanto permitirá, a nivel teórico cuando menos, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que "todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación"»[309].

Sin embargo, estas importantes consideraciones vinculadas a la prevención general no satisfacen la necesidad de pena[310], siendo necesario evaluar las posibilidades del Derecho penal de poder enfrentar eficazmente estas situaciones de enriquecimiento. En esa orientación debe tomarse en cuenta la constatación empírica relativa a la casi nula aplicación jurisprudencial del tipo de enriquecimiento ilícito, pese a sus más de veinte años de vigencia en nuestro sistema jurídico[311], lo que también acontece en Argentina[312] donde precisamente se creó este ilícito. Al parecer, sólo tras la caída del régimen corrupto de Fujimori y Montesinos ha sido posible procesar a importantes funcionarios públicos de la década pasada, de manera que la aplicación del

309 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 457.

310 Precisa con razón ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid, Colex 2001, pp. 47-48, que «El programa de la Política Criminal no se puede formular exclusivamente en términos de eficacia y tampoco valorar por su sola funcionalidad, por su idoneidad para hacer efectivo un programa penal determinado (...) La Política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, y será legítima en tanto sea capaz de dotarlos de vigencia (...) Cobran aquí relevancia los principios generales del Estado de Derecho (proporcionalidad, legalidad, subsidiaridad) que actúan como principios extrasistemáticos de la intervención penal o criterios abstractos de la Política criminal y, en concreto también, los postulados político criminales que sirven de límite a la coerción estatal y legitiman la utilización de la pena».

311 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 339ss.

312 SANCINETTI, Marcelo A. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino», cit., p. 293, refiriéndose a la inexistencia de condenas pese a la vigencia del tipo de enriquecimiento ilícito desde 1964.

art. 401 vendría cumpliendo una verdadera función subsidiaria ante la imposibilidad de acreditar la comisión de otros delitos contra la administración pública[313].

Pero esta virtud potencial, en tanto no se conoce el resultado final de tales procesos, tampoco debe conducir a apreciar sin más la necesidad de pena. No cabe duda que hacer reposar en la pena la prevención de estas situaciones de enriquecimiento, es una pretensión inocua si se carece de un eficaz sistema de prevención y control administrativo. Precisamente en ello radica una de la principales debilidades de la persecución de los delitos contra la administración pública en los últimos años, la inacción conciente o inconciente de los órganos de control y fiscalización del Estado, permitió arribar a niveles de corrupción escandalosos que durante mucho tiempo pasaron desapercibidos para la mayor parte de la ciudadanía[314]. En ese contexto, los pocos casos de corrupción sancionados a nivel administrativo y judicial parecían representar el escarmiento de «chivos expiatorios» por parte de un sistema que quería «tapar el sol con un dedo»[315].

No puede avalarse una «huída al Derecho penal» en materia de delitos de funcionario mediante la tipificación del enriquecimiento ilícito, como «válvula de escape» de un sistema ineficiente para prevenir y descubrir las disfunciones más graves de la administración pública[316]. En todo caso, una adecuada justificación del merecimiento de pena en el terreno del art. 401 del CP pasa por la implementación

313 La Nota de Prensa N° 057-2001 del Ministerio Público de 27 de junio de 2001, se refiere a la investigación preliminar de 177 casos de enriquecimiento ilícito vinculados a la red criminal Fujimori/Montesinos.

314 Informe Final de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 del Congreso de la República. Lima, diciembre de 2001, inédito, passim. OLIVERA PRADO, Mario. Relaciones peligrosas. Legislación desinstitucionalizadora y corrupción en el Perú. Lima, IDL 1999, pp. 11ss.

315 Vid. por ejemplo las citas jurisprudenciales de ROJAS VARGAS, Fidel, Alberto INFANTES VARGAS. CP. Diez años de jurisprudencia sistematizada. Lima, Idemsa 2001, pp. 510ss.

316 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 482.

de adecuados mecanismos de control formal e informal contra la corrupción[317], como bien ordena el art. III de la CICC[318]. Si a pesar de tal despliegue no fuera posible controlar el enriquecimiento injustificado de los funcionarios, podría legitimarse en términos de necesidad de pena una intervención subsidiaria del Derecho penal frente a los casos de mayor gravedad, pero con ello queda aún pendiente evaluar el merecimiento de pena frente a tales casos.

§ 11. Se ha vinculado la represión del enriquecimiento ilícito con el mandato del art. 39 de la Carta Magna de que «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación»[319]. La fundamentación del merecimiento de pena en función de la Constitución es necesaria en general[320] y concretamente en los delitos de funcionario público y sus figuras específicas como el enriquecimiento indebido, es indiscutible pues que todo funcionario público, más allá de sus propias y legítimas expectativas personales, debe ejercer el cargo en concordancia con los fines constitucionales encargados al servicio y a la función pública. De esta manera, se halla vinculado a una serie de deberes que ubican al funcionario en una posición especial frente a determinados bienes, de allí que se admita la consideración de los delitos de funcionario en el ejercicio del cargo como delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)[321].

---

317 Para DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., p. 72, «Las medidas penales deben verse acompañadas y precedidas por muchos otros y diversificados mecanismos de control en distintas instancias, tendentes en su conjunto a favorecer la transparencia, desechar cualquier clase de clientelismo en los sistemas democráticos, y profundizar en definitiva en las bases constitutivas del Estado de Derecho».

318 Son ilustrativos los planteamientos previstos en los diversos instrumentos del Derecho europeo, Vid. FABIAN CAPARRÓS, Eduardo (Coor). La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, cit., pp. 87ss.

319 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 289.

320 DONINI, Massimo. «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamiento dell'esperienza italiana». En: Il Foro Italiano, febrero 2001, V, 29, pp. 4ss.

321 SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública. Lima, Grijley 2001, p. 152.

Se admite en general que la Administración Pública es un bien jurídico merecedor de tutela penal y que, como tal, satisface una función dogmático-hermenéutica y de ordenación sistemática de la parte especial o función inmanente al sistema, así como una función político criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema[322]. En ese sentido, se ha puesto de relieve que la Administración Pública, entendida como bien supraindividual e institucionalizado, debe concretarse como un bien funcional, no estático, vinculado a la función pública en sus diversas facetas. De ese modo, no se tutela la Administración per se o como un ente abstracto al margen de su función jurídico-social, lo que se desea tutelar es el «correcto funcionamiento de la Administración Pública», su función o tarea constitucional, cual es «servir con eficacia y objetividad a los intereses generales»[323].

La materia de protección conforme a estas premisas, «se refiere a la forma de actuación de la administración conforme a sus fines y en el sometimiento a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia»[324]. De esta manera, según acotan MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTAS, «la tutela penal de la actividad pública no puede desvincularse del marco institucional en el que ésta se lleva a cabo (...) si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de la función pública, deberán respetarse para ello las previsiones constitucionales formuladas en esta materia». Ello conduce a «reconocer como único interés merecedor de tutela la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que

322 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la administración pública en el CP español de 1995». En: RPCP 7-8/1999, p. 699.

323 ibid., p. 700. Del mismo modo, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 12.

324 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., p. 71.

instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales»[325].

§ 12. Existe acuerdo con relación a que el carácter fragmentario y de última *ratio* del Derecho penal impide la criminalización de todo comportamiento que afecta el funcionamiento de la administración pública, lo que conduce a fijar niveles de riesgo penalmente permitido en el que se incardinan conductas relevantes desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador y aquellas que carecen de toda relevancia jurídica porque no atacan aspectos esenciales de la función pública, como se aprecia por ejemplo en la admisión o tolerancia de determinados «*lobbys*» parlamentarios para la aprobación de una ley o judiciales para resolver una sentencia, o en la permisión de que una cuestión administrativa pueda ser decidida por un funcionario que mantiene amistad con el particular interesado en la resolución.

En esa perspectiva, se ha señalado que la funcionalidad de la administración pública se relaciona para efectos penales con la satisfacción de determinados «mínimos necesarios» al momento de servir a los intereses generales, «mínimos» que se relacionan con el interés básico para la pervivencia del sistema político-social, tal y como se entiende en la actualidad, de manera que el injusto penal merecedor de pena debe implicar un «plus de injusto» frente al administrativo o disciplinario, mayor desvalor que puede obedecer a criterios objetivos como la potencialidad lesiva, o a razones subjetivas como la renuncia a la criminalización de comportamientos imprudentes[326], como se aprecia en general en el CP vigente, salvo excepciones como la del peculado culposo del art. 387 *in fine*.

---

325 MORÁLES PRATS, Fermín, María José RODRÍGUEZ PUERTAS. «Delitos contra la administración pública». En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). Comentarios al nuevo CP. 2ª ed. Pamplona, Aranzadi 2001, p. 1846.

326 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la administración pública en el CP español de 1995», cit., p. 701.

§ 13. Ahora bien, en esa perspectiva de delimitación de lo penalmente relevante, debe tomarse en cuenta que el carácter supraindividual del bien jurídico funcionalidad de la administración pública, impide en muchos casos apreciar el disvalor del resultado a través de los concretos delitos que tipifica el CP, como se observa precisamente en el enriquecimiento ilícito del art. 401 que, a juicio de la doctrina nacional, se erige como delito de peligro abstracto en relación con los objetos protegidos por los delitos contra la administración pública, es decir la imparcialidad del funcionario, el patrimonio de la administración, el carácter público de la función pública, entre otros[327].

Como se sabe, uno de los principales problemas en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o institucionales, radica en identificar el disvalor de resultado. Se ha señalado que si estamos ante bienes jurídicos de gran entidad como el ambiente natural, la libre competencia, la recaudación tributaria o la administración pública, la afectación no puede ser consecuencia de un comportamiento individual sino de la pluralidad de comportamientos que sólo conjuntamente ponen en riesgo o lesionan el interés supraindividual[328]. En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del art. 401 del CP la afectación del «correcto funcionamiento de la administración pública», ello difícilmente podrá ser producto de un único estado de enriquecimiento.

Esta situación ha motivado, entre otros, dos planteamientos poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) y el escepticismo –cuando no la renuncia- a la intervención penal frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no sólo hipotéticamente, de modo que el efecto de la acumulación es

327 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 477.

328 SCHÜNEMANN, Bernd. «¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?». En: Jornadas sobre la «reforma del DP en Alemania». Madrid, CGPJ 1991, pp. 35-36.

nocivo para el bien jurídico[329]. De esa manera, la sanción penal de los comportamientos del art. 401 del CP se justificaría como medio de control de lo verdaderamente perjuidicial para el bien jurídico, es decir la reiterancia o acumulación.

Las críticas contra este planteamiento son evidentes, se trata de grandes riesgos que no deben contemplarse como consecuencia de actos individuales sino como un problema sistémico, las conductas típicas no afectan por sí mismas el bien jurídico, se relajan los principios de culpabilidad y proporcionalidad porque al autor no se atribuye sólo el injusto propio sino además el ajeno, y se sanciona la bagatela antes que el comportamiento de entidad suficiente para la intervención penal[330]. Estos problemas surgen pues de la pretensión de imputar problemas sistémicos a individuos concretos[331].

Tales consideraciones, consecuentes con una vinculación estricta al principio de lesividad, han conducido a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho administrativo sancionador o hacia un Derecho de intervención (*Interventionsrecht*), ubicado entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho público con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero a su vez con sanciones menos intensas para los sujetos[332].

---

329 KUHLEN, Lotar. «Umweltstrafrecht auf der Suche einer neue Dogmatik». En: ZStW N° 105/1993, pp. 716-717.

330 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del DP. Madrid, Civitas 1999, p. 110.

331 MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts». En: Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt, Peter Lang 1995, p. 478.

332 HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 72. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del DP, cit., pp. 118ss. LÜDERSSEN, Klaus. «Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?». En: Bollinger/Lautmann. Vom Guten, das noch stets das ßöse schafft. Frankfurt 1993, pp. 268ss.

Aunque no es posible detenernos ahora en una valoración detallada de este interesante planteamiento *de lege ferenda*, debe quedar claro que la búsqueda de alternativas fuera del Derecho penal exige agotar antes las posibilidades de concretar un disvalor de resultado o un grado mínimo de lesividad en los delitos que pretenden «proteger bienes jurídicos colectivos», de modo que la intervención penal en tales ámbitos, concretamente en el sector de los atentados contra la administración pública que aquí interesa por sus problemas *de lege lata*, pueda delimitarse aún conforme al principio de lesividad.

§ **14.** En esa perspectiva, no debe olvidarse que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no sólo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también mediante su menoscabo o deterioro[333]. La lesión de un bien propio del Derecho penal protector de la administración pública no tiene porque acarrear la destrucción de todo el sistema administrativo y sus funciones, éstos pueden verse seriamente afectados si se comete por ejemplo una defraudación importante en la adquisición de equipos para las Fuerzas Armadas, a través de la cual se distrae del erario público varios cientos de millones de nuevos soles.

Tampoco debe pasarse por alto que la tutela del bien colectivo puede realizarse mediante la tipificación de la lesión o creación de peligro a través de «objetos con función representativa». Como precisa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o puesto en concreto peligro por el comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la «abstracta peli-

333 BARBERO SANTOS, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». En: ADPCP 1973, p. 488. TORÍO LÓPEZ, Angel. «Los delitos de peligro hipotético». En: ADPCP 1981, p. 826. CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, pp. 213ss.

grosidad» de la conducta típica para este último deriva de la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. Por ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico «representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo»[334].

Pero de la necesidad de proteger la funcionalidad de la administración pública, como fundamento de la criminalización del cohecho, el peculado o la malversación, no se deriva que los tipos deben erigirse en función de la lesión o puesta en peligro de toda la administración pública. Si la intervención penal opera en este ámbito a través de objetos con función representativa, como el erario público o la imparcialidad del funcionario, entonces la lesividad deberá buscarse en el grado de afectación de dichos objetos[335].

Esta perspectiva debería conducir por otra parte a dejar de lado, en principio, la «necesidad» de instrumentar fórmulas de mera peligrosidad *ex-ante* del comportamiento o de peligro abstracto[336]. El principal fundamento de esa exclusión radica, como precisa BUSTOS RAMÍREZ, en que «desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado

334 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. DP económico. PG. Valencia, Tirant lo Blanch 1998, pp. 98-99. Similar, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, UCM 1994, pp. 301-302. TERRADILLOS BASOCO, Juan. Delitos de peligro y criminalidad económica. Jerez, inédito 1985, pp. 67-69. FARALDO CABANA, Patricia. Los delitos societarios. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, pp. 87-88. ARROYO ZAPATERO, Luis. «DP económico y Constitución». En: Revista Penal N° 1/1996, pp. 7-8.

335 Así, específicamente en el caso de los delitos de funcionario, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., p. 70.

336 CARO CORIA, Dino Carlos. DP del ambiente, cit., pp. 506ss.

(*individual*)- delitos de lesión o de peligro concreto»[337]. En efecto, el carácter complementario de estos bienes institucionales no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse, para definir su estructura, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados, es decir los diversos intereses privados de los usuarios de los servicios de la administración pública. La tutela del interés colectivo no equivale a la protección de la suma de esos intereses individuales sino de las condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad, como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión[338].

Luego, donde a primera vista podría afirmarse la mera peligrosidad abstracta para un bien individual y por consiguiente la crítica por la violación del principio de lesividad[339], podrá observarse más bien la lesión o la puesta en concreto peligro de un bien colectivo[340] y, consecuentemente, la salvaguarda de dicho principio. Pero el riesgo de asumir una argumentación gramatical que legitime el peligro abstracto para bienes individuales, mediante la introducción de la categoría de los bienes colectivos y la «conversión» del peligro abstracto

337 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal. Barcelona, PPU 1987, p. 198.

338 MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La idea de peligro en el moderno DP». En: AP 1994, p. 492. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos». En: CPC N° 39/1989, p. 741. LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en DP. Valencia, Tirant lo Blanch 1992, pp. 120-121.

339 FIANDACA, Giovanni. «La tipizzazione del pericolo». En: Materiali per una reforma del diritto penale. Milano 1987, pp. 455ss.

340 TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Barcelona, Ariel 1985, p. 36. OTTO. «Rapport national». En: RIDP 1983, p. 550. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid, UCM 1993, p. 159-161. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de DP. PG. 4ª ed. Barcelona, PPU 1994, p. 264. ESCRIVÁ GREGORI, José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP. Barcelona, Bosch 1976, p. 115. LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en DP, cit., p. 121. MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La idea de peligro en el moderno DP», cit., p. 492. GARCÍA RIVAS, Nicolás. Delito ecológico. Bercelona, Praxis 1998, p. 116. FARALDO CABANA, Patricia. Los delitos societarios, cit., p. 87.

en un resultado lesivo o peligroso[341], podría superarse a través de tres exigencias que eviten una tutela demasiado anticipada o con límites materiales poco reconocibles.

Efectivamente, en *primer término* el bien colectivo debe determinarse según los principios de merecimiento y necesidad de pena, lo que excluye la administrativización de la intervención penal o el deseo de proteger meras unidades funcionales de valor[342]. En *segundo término*, la peligrosidad de la conducta para un bien individual no equivale a la lesión o puesta en peligro concreto de un bien colectivo, la imputación objetiva de un resultado lesivo o de peligro para el bien colectivo precisa de una verificación *ex-post* ajena a los delitos de mera conducta peligrosa. Como precisa GARCÍA RIVAS para la imputación objetiva del resultado típico que afecta al bien colectivo debe analizarse el fin de protección de la norma, lo que restringe considerablemente la tipicidad a diferencia de un delito de peligro abstracto para un bien individual[343]. En *tercer término*, estos criterios de imputación deben ser compatibles, al igual que en los delitos que afectan bienes individuales, con el principio de insignificancia, en orden a excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que se realizan en resultados bagatelares de lesión o creación de peligro para el objeto representante del bien colectivo[344].

Sólo la *primera* y la *tercera condición* pueden observarse tras la tipificación del enriquecimiento ilícito. Conforme se ha visto, en los

341 Así, críticamente SANTANA VEGA, Dulce-María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid, Dikynson 2000, pp. 175-176.

342 CARO CORIA, Dino Carlos. DP del ambiente, cit., pp. 41ss.

343 GARCÍA RIVAS, Nicolás. Delito ecológico, cit., pp. 111ss.

344 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. DP económico. PG, cit., p. 99. Este correctivo no es ajeno a los defensores de la técnica del peligro abstracto a fin de adecuarla al principio de *ultima ratio*, pero pese a que acarrea una incongruencia sistemática es instrumentado a nivel procesal pues, en sentir del Tribunal Federal Constitucional Alemán «la prohibición constitucional contra el exceso permitiría tanto una solución material como una formal (procesal)», Vid. sentencias de 17 de enero de 1979 y 9 de marzo de 1994 sobre el caso del Cannabis.

delitos contra la administración pública se acepta con carácter general que estamos ante un bien colectivo merecedor y necesitado de protección penal. En torno al tercer requerimiento, queda claro que la irrelevancia penal de las afectaciones de poco significado lesivo no sólo viene determinada por el contenido del art. IV del CP, sino también por la sentida necesidad apuntada por la doctrina de limitar la punición en los delitos contra la administración pública a través del principio de exigüidad[345]. Tal limitación debe imponerse en la interpretación del tipo de enriquecimiento ilícito del art. 401 del CP, más aún por su configuración como delito de peligro abstracto, pero también por la exigencia prevista en el pf. 2 de un incremento patrimonial «notoriamente superior».

Como podrá advertirse, aunque la *segunda condición* puede observarse con relativa facilidad en otros delitos contra la administración pública, como el abuso de autoridad o la malversación de caudales, no podría apreciarse sino de manera artificial en el delito de enriquecimiento indebido del art. 401 del CP, cuya estructura se concreta, y así podrá aceptarse, en la realización de un comportamiento *ex ante* peligroso. La exigencia adicional de un resultado verificable *ex post*, de peligro concreto o lesión para los objetos de la administración pública tutelados, implicaría adoptar una exigencia que no contempla el tipo pero además terminaría por vaciar de contenido esta figura subsidiaria.

Sin embargo, el recurso excepcional a tipos de peligro abstracto[346] en el ámbito de los delitos contra la administración pública, como ocurre con más frecuencia para tutelar los bienes del Derecho penal económico, ha sido reconocido por la doctrina como una alter-

345 MANES, Vittorio. «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública». En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 02/2000, <http://criminet.ugr.es/recpc>, ítem 4.

346 Condicionada en todo caso, como consecuencia de una flexibilización de la estricta ofensividad, a principios básicos como los de subsidiariedad, proporcionalidad y determinación del tipo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª Isabel. El moderno DP y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Univ. de Valladolid 1999, pp. 44ss.

nativa aceptable. Así, DEMETRIO CRESPO entiende que en los delitos de funcionario el bien jurídico inmaterial mediatamente protegido es el adecuado funcionamiento de la administración pública, pero «lo que se castiga no es la "lesión" de dicho bien jurídico sino la del "objeto representante" en cada delito», bastando en todo caso para la ilicitud penal «que la conducta posea al menos "idoneidad abstracta" para afectar eventualmente una legítima expectativa»[347].

Pues bien, esa aptitud lesiva no es ajena al enriquecimiento ilícito, la propia redacción del tipo establece una conexión funcional entre el resultado de incremento patrimonial y el «ejercicio del cargo»[348], de donde cabe derivar que sólo adquieren relevancia penal aquellos comportamientos que, tras la infracción del deber especial, conducen al resultado de enriquecimiento, lo que en sí implica una afectación potencial, la creación de un peligro abstracto para los objetos tutelados a través de los delitos contra la administración pública[349].

§ 15. La estructura del delito de enriquecimiento indebido, dentro del contexto del art. 401 del CP, ha planteado dudas de legitimidad en torno al merecimiento de pena, más concretamente desde la perspectiva constitucional que le sirve de soporte[350], en tres sentidos: *1)* porque se adoptaría una fórmula lacónica, quizás vacía de contenido de injusto y entonces infractora de los principios de lesividad y legalidad recono-

347 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., pp. 70-71. Admite también el recurso a las fórmulas de peligro abstracto como medio de tutela de la administración pública, CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, cit., pp. 242-244.

348 Vid. infra §§ 33-36.

349 Similar, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 477.

350 DONINI, Massimo. «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale», cit., pp. 26ss., teniendo en cuenta la experiencia italiana, plantea precisamente la exigencia de un control de constitucionalidad sobre el peligro abstracto, pero no necesariamente en orden a la exclusión de su relevancia penal sino a favor de una delimitación respetuosa de la Ley Fundamental, es decir vinculada a principios como los de ofensividad, proporcionalidad y *ultima ratio*. En nuestro medio, recientemente YON RUESTA, Roger. «El Juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes». En: Derecho N° 53/

cidos en los arts. 44 y 2.24.d de la Carta Magna; *2)* podría violarse la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* prevista en el art. 8.2.g de la CADH; y, *3)* porque podría conculcarse el principio de presunción de inocencia del art. 2.24.e de la Constitución.

Este último aspecto, vinculado a una posible inversión de la carga probatoria[351], no desconocida en el Derecho comparado en

---

2000, pp. 961ss., ha defendido, a propósito de casos del Derecho penal patrimonial, la posibilidad de control judicial difuso de las leyes penales. Pero no explica el sentido de las llamadas remisiones inversas tan comunes en el Derecho penal empresarial, ni los límites del control judicial de constitucionalidad frente a los tipos incompletos, entre otros aspectos que habría que tomar en cuenta a fin de considerar el control difuso como un recurso extraordinario, vinculado al principio de conservación del ordenamiento jurídico, y en consecuencia aplicable sólo cuando la interpretación no permite arribar a resultados hermenéuticos acordes con la Carta Magna.

A este carácter extraordinario renuncia por ejemplo la sentencia de 11 de enero de 2002 de la 2ª Sala Penal de Reos en Cárcel del Cono Norte de Lima (Moráles Parraguez/Saavedra Balarezo/Arbañil Sandoval), exp. 2001-1841, según la cual deben inaplicarse por inconstitucionales los arts. 5 y 6 del D.Leg. N° 124 del Juicio Sumario porque violarían los derechos a un juez imparcial, de oralidad, inmediación y defensa. Aquí debió plantearse primero la discusión propiamente constitucional, es decir si la adopción del modelo acusatorio en el proceso penal previsto en la Carta de 1993 se erige como un precepto de programación final cuya vigencia requiere todavía de una actuación positiva por parte del Estado (la implementación por ejemplo del tan esperado Código Procesal Penal), o si estamos ante un derecho subjetivo del imputado exigible *de lege lata* a los poderes públicos, lo que ya parece extremo (así el que usurpa un inmueble podría alegar que ejerce el derecho constitucional a una vivienda digna) porque entonces ya no podría juzgarse a nadie mediante el proceso sumario, pues lo impediría el derecho «subjetivo» a un proceso acusatorio, ni podría aplicarse por analogía las normas del proceso ordinario porque entonces se violaría el principio de legalidad. Pero más allá de ello, lo preocupante es que la citada sentencia ni siquiera explora las posibilidades de interpretación, como cabría razonar desde la perspectiva del principio de conservación del ordenamiento, recurriendo como *prima ratio* al control difuso sin prever las posibles consecuencias sociales de esa decisión.

351 Admitida por un sector doctrinal como un medio necesario por razones de prevención general (lucha contra la corrupción) y dificultades probatorias, así FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII, cit., p. 364. CREUS, Carlos. DP. PE. T. 2, cit., p. 325, más bien estima que «la ley no está consagrando una presunción, sino que está imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento».

materia de corrupción[352], será analizado posteriormente[353], aunque cabe advertir que más allá de la propia fundamentación procesal, la superación de este problema pasa por una interpretación del tipo que no reconozca la obligación de justificación del patrimonio del funcionario, deber que a mi juicio no existe en la legislación peruana, ni en el ámbito administrativo ni en el penal como consecuencia del *nemo tenetur*. Dicho de otro modo, si el funcionario no está vinculado a un deber de justificación de la «licitud» del origen del «mayor patrimonio», pudiendo inclusive acogerse a la cláusula de silencio sin que a partir de ello se presuma su responsabilidad, entonces toda la carga de la prueba reposará, como corresponde de acuerdo a la Constitución, en el Ministerio Público quien debe acreditar no sólo el resultado de enriquecimiento sino también la conexión, en términos de imputación objetiva, entre éste y el ejercicio del cargo.

En cuanto a los otros problemas, como se advirtió con anterioridad, el legislador peruano, ya desde la tipificación prevista en el art. 361-A del CP derogado, configuró el enriquecimiento ilícito como delito de peligro[354] abstracto, técnica que se mantiene en la actual redacción del pf. 1 del art. 401 que prácticamente reproduce el sentido de la norma derogada. Pero más allá de la controversia en torno a la admisibilidad constitucional de los delitos de peligro abstracto en la tutela de bienes colectivos como la administración pública, lo que ya ha sido abordado[355], el problema radica en la determinación del propio disvalor de acción en el enriquecimiento indebido, en el sen-

352 ÜBERHOFEN, Michael. La corrupción en el Derecho comparado, cit., pp. 94-95, se refiere así a las regulaciones de Inglaterra, Gales, conforme a la *Prevention Act* de 1916 el funcionario debe acreditar, ante obsequios por él aceptados, que no se le ofreció como incentivo antijurídico por determinados actos. Regulaciones similares pueden apreciarse en Grecia, Austria y en U.S.A. donde además se recurre a «tipos de recogida» o subsidiarios. Más afianzados en una inversión de la carga probatoria son los ordenamientos de Turquía y China.

353 Vid. infra Cap. IV, donde también se analiza el problema del respeto al *nemo tenetur*.

354 BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 81.

355 Vid. supra §§ 13-14.

tido de si en verdad constituye una conducta *ex ante* peligrosa para los objetos vinculados a la funcionalidad de la administración pública, como la imparcialidad del funcionario, el erario público o el ejercicio público de la función.

En esa dirección ha de considerarse por un lado que, a diferencia de la regulación prevista en el art. 361-A del CP anterior, el CP vigente ubica sistemáticamente el enriquecimiento indebido en la Sección IV de «Corrupción de funcionarios», con lo que el objeto protegido parece limitarse al de los delitos de cohecho, esto es, la legalidad y la imparcialidad en el desempeño funcional[356]. Sin embargo, ello no puede admitirse porque el art. 401 no establece la fuente de enriquecimiento del funcionario, de manera que la mayor riqueza podría provenir tanto de un particular como del erario público, en cuyo caso habría que admitir cuando menos una tutela potencial del patrimonio del Estado. Es más, la referencia normativa a que el enriquecimiento se obtenga «por razón de su cargo», abre un bagaje de posibilidades de actuación funcional, de forma tal que el delito de enriquecimiento ilícito tiene como objeto de protección todos aquellos que puedan ser vulnerados a través de los delitos contra la administración pública[357].

Ahora bien, el laconismo del legislador ha despertado interpretaciones no uniformes en cuanto al contenido de injusto de este delito. El art. 401 del CP sanciona al funcionario que «por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente», lo que ha sido criticado pues al parecer no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados, sino una simple «situación» o «estado económico»[358]. Como

356 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 370-371.

357 Vid. con más detalles infra §§ 27ss.

358 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 122. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 457. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 476.

acota SANCINETTI, «"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»[359]. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido de 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 art. 44 de la Carta Magna[360] y se recoge expresamente en el art. IV del CP.

Como si esto fuera poco, la norma no indica cuales son los medios de enriquecimiento, no define con claridad que significa enriquecerse o en que debe radicar la ilicitud, con lo que se alejaría ya del principio de determinación o certeza (*«nulla poena nulla lege certa»*) y de ese modo del principio de legalidad que garantiza el art. 2.24.d de la Constitución y el art. II del CP[361]. En efecto, para HUGO ALVAREZ la identificación de una conducta indebida en el enriquecimiento es muy cuestionable porque «no es la conducta del agente que solicita y/o acepta dádiva, promesa o cualquier otra ventaja (cohecho), tampoco del que abusando del cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer, para sí o para otro un bien o cualquier beneficio patrimonial (concusión); tampoco exige o hace pagar o entregar contribu-

359 SANCINETTI, Marcelo A. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino», cit., p. 298.

360 Así, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 30.

361 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad. Lima, Gráfica Horizonte 2000, p. 62, señala que en virtud del principio de determinación «el tipo legal debe aparecer como una construcción técnica, clara y precisa que permita una comprensión natural y sin esfuerzo acerca de un comportamiento antijurídico y un entendimiento razonable sobre el contenido nuclear y de los límites de las normas penales, facultando así una interpretación dentro del ámbito de lo penal, que señale el sentido de un comportamiento valorado».

ciones o emolumentos no debidos ni en cantidad que exceda a la tarifa legal (concusión); tampoco es la conducta que defrauda al Estado en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en que interviene por razón de su cargo, o la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, etc. Es lícito preguntarse entonces, ¿Qué o cuál es esta conducta a que hace referencia la norma en comentario?»[362].

Cuestiones semejantes han conducido a ROJAS VARGAS a entender que el tipo «no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíen el análisis jurídico, esta situación contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala»[363]. En consecuencia, este delito carecería de los elementos que especifiquen el contenido, ya de por sí dudoso, del injusto penal[364].

§ 16. Sin embargo, a mi juicio estas cuestiones y dudas de constitucionalidad, más allá del laconismo del legislador no ajeno a otras figuras de la parte especial[365], obedecen ante todo al déficit de interpretación y desarrollo dogmático del delito de enriquecimiento ilícito, tanto en la doctrina nacional como latinoamericana[366]. Como se verá

362 HUGO ALVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, cit., p. 216.

363 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 465.

364 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p.476.

365 El tipo de homicidio del art. 106 del CP, harto conocido e interpretado por la doctrina y los tribunales también se define escuetamente («el que mata a otro»), lo mismo acontece en otras figuras de la parte especial menos desarrolladas como el fraude en la administración de personas jurídicas del art. 198.7 («asumir préstamos para la persona jurídica»), o en delitos de funcionario como el abuso de autoridad (ordenar un acto arbitrario en perjuicio de alguien) o el patrocinio infiel («patrocina intereses de particulares ante la administración») de los arts. 376 y 385, y sin que por ello deba renunciarse o se haya renunciado al esfuerzo de buscar una interpretación penal acorde con la Constitución.

366 La interpretación de los delitos contra la administración pública tiene en Latinoamérica una larga tradición vinculada al Derecho español e italiano, de donde derivan las principales fuentes de inspiración legal de los tipos de cohecho,

posteriormente, si se parte de la ya advertida relación de funcionalidad que debe existir entre el resultado de enriquecimiento y el ejercicio del cargo, estos problemas podrán superarse sin quebrantar la legalidad penal, es decir delimitando normativamente el comportamiento prohibido, con los márgenes de certeza que permite una construcción normativa, y sobre la base de exigir una idoneidad lesiva en el comportamiento *ex ante* peligroso a fin de vincularlo cuando menos a la escala menor del principio de ofensividad[367].

En todo caso y en cuanto interesa poner de relieve de momento, estos problemas de constitucionalidad vinculados a este delito, no pueden superarse con el simple argumento de que el art. 41 de la Ley Fundamental ordena la criminalización del enriquecimiento indebido. La citada norma se decanta implícitamente por la penalización del enriquecimiento del funcionario, no con la intensidad del mandato positivo de criminalización del art. 8 en materia de tráfico de drogas,

malversación, peculado, etc. Pero en estos ordenamientos europeos no se incluye (descontando la casi reciente semejanza con la redacción del art. 323 del CP italiano adoptada en 1990) el delito de enriquecimiento ilícito, de modo que su desarrollo, con las notables diferencias legales que se aprecia por ejemplo entre los tipos argentino, colombiano y peruano, ha estado reservado a la doctrina latinoamericana que tampoco le ha prestado atención suficiente, lo que, entre otros motivos de carácter sistémico-social, podría explicar la casi nula aplicación jurisprudencial de una figura cuyos primeros esbozos y propuestas de redacción legal data en Latinoamérica, cuando menos, de 1936, como registra, a propósito del Derecho argentino, SANCINETTI, Marcelo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.-, cit., p. 23. En el ordenamiento colombiano, expone CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito. Bogotá, Leyer 1996, p. 2, este delito se planteó recién en el Proyecto de CP de 1974. DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, cit., pp. 6ss., encuentra en el Derecho mexicano antecedentes vinculados a la época colonial, aunque la configuración actual del enriquecimiento ilícito se remonta recién a la Ley de 21 de febrero de 1940 (pp. 22ss). Algo similar cabe decir sobre la observación de BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 77, quien haya antecedentes ya en la Ley romana *Praesas Provincial* y en las Ordenanzas francesas de San Luis de 1254, una del Rey Carlos VI de 5-2-1388 y otra de 1670, pero ninguna parece erigirse conforme a los parámetros actuales.

367 Vid. infra §§ 27ss.

pero de ella no se deduce un contenido del tipo penal o las técnicas de tipificación a utilizarse de modo que pueda justificar, sin más, el contenido del art. 401 del CP. Lo mismo cabe decir del art. IX de la CICC, aunque este instrumento se decanta para la criminalización de estas conductas («tipificar en su legislación como delito») y dibuja las condiciones mínimas para la sancionabilidad penal, su fuerza vinculante se autolimita cuando la norma precisa que la instrumentación en el Derecho interno debe efectuarse «Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico», siendo por ello posible establecer, según cada caso, bien restricciones o ampliaciones de la conducta prohibida.

Tampoco es satisfactoria la explicación del injusto bajo la dogmática de la omisión. En la doctrina argentina se ha llegado a sostener que el quebrantamiento del deber de justificación del funcionario determina el contenido de injusto de un delito de omisión. Así, acota NÚÑEZ que «El delito, que es de omisión, existe si una autoridad competente (...), le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba»[368]. Del mismo modo, para CREUS estamos «ante un delito de omisión que se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa (en la causa administrativa o jurisdiccional), el agente no justificó o no justificó suficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento»[369].

Para fundamentar la legitimidad de ese deber de justificación recuerda FONTÁN BALESTRA los fundamentos del Proyecto de CP de

368 NÚÑEZ, Ricardo. Manual de DP. PE, cit., p. 441. En su Tratado de DP. PE. T. 7. Buenos Aires, Lerner 1974, p. 144, precisa que estamos ante un delito complejo porque se exige un acto positivo de enriquecimiento y la omisión del deber de justificación. Le sigue en la doctrina nacional, PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Lima, Ed. Jdca. Portocarrero 1997, p. 242.

369 CREUS, Carlos. DP. PE. T. 2, cit., p. 325.

1960 defendido por SOLER donde se indica que «la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada e incómoda que se aparte de la función pública»[370].

Este planteamiento es común en la doctrina argentina porque el art. 268 (2) del CP pretendería sancionar el acto del funcionario de no justificar la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable cuando es debidamente requerido[371], pero estas conclusiones no son trasladables a la interpretación del art. 401 del CP que sanciona más bien el propio enriquecimiento, sin referencia alguna a la justificación. Por ello, tampoco debe admitirse en la interpretación de la norma peruana, el argumento de que la omisión de justificación es, al menos, una condición objetiva de punibilidad[372].

Antes bien, más allá de las diferencias legislativas que no han impedido que en la doctrina nacional se estime que la no justificación es una condición del tipo objetivo[373], existen dos problemas difíciles de superar y que más bien conducen a mi juicio a rechazar que el injusto del enriquecimiento ilícito deba construirse, sea ya por acción

370 FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII, cit., p. 365. Proyecto de CP argentino de 1960, p. 140. También en SOLER, Sebastián. DP argentino. Vol. V. 8ª reimp. de la 3ª ed. de la PE. Buenos Aires, Tea 1978, p. 206.

371 SANCINETTI, Marcelo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.-, cit., pp. 99-119, en contra de la interpretación dominante en la doctrina argentina, niega que el tipo argentino pueda interpretarse sin contradicciones, siquiera bajo la dogmática de la omisión.

372 Así, en el Derecho penal mexicano, DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, cit., p. 110. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII, cit., p. 366, le sigue CREUS, Carlos. DP. PE. T. 2, cit., p. 323.

373 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 480ss. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 468, para quien la presencia del deber de justificación evita el recurso a una inversión de la carga probatoria.

u omisión, en relación a un deber de justificación del incremento patrimonial del funcionario o que éste deber deba observarse como condición objetiva de punibilidad. Por un lado se tiene la dificultad de aceptar que es legítimo un deber de justificación frente a la garantía de no autoincriminación prevista en el art. 8.2.g de la CADH y, por otra parte, que es legítimo un delito que radica en el incumplimiento de un deber administrativo.

Respecto a lo primero, como ha señalado REYES ALVARADO, «en cuanto se logre establecer que existe un deber legal (si es que lo hay) que obligue al funcionario público a demostrar la licitud de la adquisición de sus bienes, y en cuanto esa norma sea considerada como acorde con los parámetros constitucionales de una nación, podrá exigirse al funcionario el cumplimiento de ese deber, so pena de que con su infracción genere un riesgo jurídicamente desaprobado»[374]. Tales condiciones no pueden apreciarse en nuestro sistema jurídico, el art. 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. Tampoco lo hace la Ley N° 27482 de 15 de junio de 2001 que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, ni su Reglamento, el D.S. N° 080-2001-PCM de 8 de julio de 2001[375].

Tal solución es conveniente, no es posible fundamentar una obligación legal de justificación sin infringir el principio de no auto-

374 REYES ALVARADO, Yesid. «La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito». En: CDJP N° 6/1997, p. 100.

375 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 482-483, se refiere incluso al deber de explicación de «guardadores, secuestradores, síndicos de quiebras», pero incluso en esos casos especiales no cabe apreciar tal deber, la obligación se limita a explicar los términos de la custodia o administración del patrimonio encomendado, que por lo general será ajeno, y no del patrimonio personal.

incriminación o *nemo tenetur*[376]. Aclara al respecto SANCINETTI 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 actos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal[377].

Ante una imputación, en sede administrativa o judicial, por enriquecimiento ilícito, el funcionario tendrá derecho a conocer los fundamentos de la imputación, frente a lo cual le corresponderá el *derecho* de efectuar el descargo correspondiente en ejercicio del derecho de defensa que garantiza el art. 139.14 de la Constitución, facultad que ha sido reconocida con carácter general por las diferentes normas de fiscalización administrativa y, en particular, por el art. 235.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 en materia de procedimiento sancionador.

Del ejercicio del derecho de defensa no puede derivarse una obligación del funcionario de justificar el origen de su patrimonio. La doctrina procesal penal reconoce que el derecho de defensa implica la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva[378], derecho que debe entenderse en concordancia con el principio de no autoincriminación, el cual rige precisamente cuando se pretende obligar al imputado «a emitir una declaración que

376 «*Nemo tenetur armare adversarium contra se*» (nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo) o «*nemo tenetur se ipsum prodere*» (nadie está obligado a traicionarse).

377 SANCINETTI, Marcelo A. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino», cit., p. 302. Luego precisa que el sistema Soler-Núñez supone que pueda tener sentido que el Estado le diga al ciudadano: «yo no puedo obligarte que declares si has cometido un hecho punible (...), pero sí puedo convertir en delito que, cuando te pregunto si has incrementado legítimamente tu patrimonio, me contestes que lo has incrementado ilegítimamente, o bien que te quedes lisa y llanamente callado», p. 303.

378 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Vol. I. Lima, Grijley 1999, p. 70.

exteriorice un contenido», de modo que aun «la no declaración no permite inferencias de culpabilidad»[379].

En tal sentido, si 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, «una omisión en la que el autor de antemano carece de capacidad de cumplimiento del deber siempre que antes haya cometido un delito (de) funcionario, y que sólo aquí se quiera aplicar la pena, demuestra que –ya dogmáticamente- no se trata de un delito de omisión, porque el elemento "capacidad de cumplimiento del mandato", característico de toda omisión, seria 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»[380].

Antes bien, aun cuando se considere que es constitucionalmente amparable el deber del funcionario de justificar la legitimidad de su incremento patrimonial, tampoco podría admitirse la punición porque se otorgaría relevancia penal a la infracción de una simple obligación administrativa de información, el delito se fundaría en un tipo puramente policiaco-administrativo[381]. Así las cosas, y como se desarrollará más adelante, estimo que una construcción legítima del injus-

379 ibid., p. 57.

380 SANCINETTI, Marcelo A. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino», cit., p. 312. Más ampliamente en el libro El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario –art. 268, 2, C.P.-, cit., pp. 109-112.

381 SANCINETTI, Marcelo A. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino», cit., p. 311. Similar, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 482-483.

to del enriquecimiento ilícito de funcionario no requiere de la infracción de un inexistente de deber de justificación, sino más bien de una relación de imputación objetiva entre el ejercicio del cargo y ese resultado de enriquecimiento.

§ 17. Los problemas vinculados a la falta de lesividad y certeza del tipo de enriquecimiento ilícito también se observan en la redacción de art. IX de la CICC norma que, según se detalló anteriormente, requiere: *1)* que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público; *2)* que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; y, *3)* que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público. Esta última condición no puede trasladarse a nuestro ordenamiento por lo ya expuesto, más aún porque el art. IX propone la adopción de esta fórmula por los Estados Partes «Con sujeción a su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico». De ese modo, puede renunciarse a la configuración del tipo en función de la omisión de justificación sin violarse o incumplirse los términos de la CICC.

Las condiciones 1) y 2) antes citadas no han sido expresamente previstas en el sintético pf. 1 del art. 401 del CP, pero pueden deducirse del pf. 2 que introdujo la Ley N° 27482. Más allá de la regla indiciaria que establece, del pf. 2 se derivan determinados criterios interpretativos del tipo que, como también se advirtió con anterioridad, son los siguientes: *1)* debe existir un aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público; *2)* tal aumento debe apreciarse en comparación con la declaración jurada de bienes y rentas; y, *3)* dicho aumento debe ser «notoriamente superior» al que normalmente haya podido tener en virtud del sueldo, emolumentos, incremento de capital o ingresos de origen lícito

La exigencia de estas condiciones en la interpretación del tipo de enriquecimiento ilícito permitirá afianzar, en una línea a solventar desde la imputación objetiva, el respeto del principio de legalidad por permitir alcanzar mayores cuotas de certeza en delimitación de lo

penalmente prohibido. Lo mismo cabe decir en cuanto a la exigencia prevista en el art. 401 pf. 1 en el sentido que el enriquecimiento esté vinculado al ejercicio del cargo («por razón del cargo»), lo que limita el ámbito de la prohibición a aquellos casos en los que dicho resultado es objetivamente imputable al despliegue de la función pública, esto es, a un comportamiento externo del funcionario, de forma tal que no se criminalice un simple estado patrimonial sino un acto de ejercicio público. Ello permitirá, en definitiva, tomar distancia de un Derecho penal de autor y asumir un modelo de imputación acorde con el Derecho penal de acto o por el hecho.

§ 18. Sin embargo y en cuanto a lo que aquí interesa expresar, queda pendiente la fundamentación del disvalor de acción de modo que logre apreciarse, cuando menos, un comportamiento *ex ante* peligroso o idóneo para lesionar los objetos protegidos por los delitos contra la administración pública, sólo con esa base mínima podrá hablarse de un contenido de injusto merecedor de pena. Antes bien, la propia construcción de este delito sobre la base del peligro abstracto, debe conducir a admitir la aplicación subsidiaria del tipo de enriquecimiento ilícito, aunque el art. 401 del CP no lo exija expresamente, como sí se contempla por ejemplo en el art. 148 del CP colombiano de 1980 («siempre que el hecho no constituya otro delito»)[382] y en el art. 412 de su similar de 2000 («siempre que la conducta no constituya otro delito»), o en el art. 477 del CP de Puerto Rico («sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo»). Otros textos legislativos han sido más exigentes en la previsión de la subsidiaridad al indicar como condición negativa que el hecho no califique como otro delito de mayor gravedad, así se aprecia en el art. 346 del CP de Costa Rica («sin incurrir en un delito más severamente penado»), en el art. 335 del CP panameño («sin incurrir en un hecho punible más severamente penado») o en el art. 323 del CP italiano («Salvo que el hecho no constituya un delito más grave»).

382 CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 6-7.

En la doctrina penal peruana la admisión de la subsidiaridad no es pacífica. A juicio de ABANTO VÁSQUEZ «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 que estos delitos se encuentran probados y, por lo tanto, no tendría que aplicarse la figura de "enriquecimiento ilícito" (por ser un tipo subsidiario) sino las otras figuras»[383]. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in ídem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, «una vez por delito de "enriquecimiento ilícito", y otra por el delito principal contra la administración pública»[384].

En sentido contrario se ha pronunciado GÁLVEZ VILLEGAS, 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 la doctrina colombiana sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional[385]. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal (art. 48) 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[386].

383 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 484.

384 ibid., pp. 485-486.

385 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 188.

386 ibid., p. 188.

Es más, a juicio de este autor, «si atendemos a que el delito en cuestión se realiza con la incorporación de los bienes, activos o derechos al patrimonio del agente (...), este tipo penal no resultaría subsidiario de ningún otro delito, por cuanto su tipificación no resulta secundaria o auxiliar respecto a este último. Pues la subsidiariedad opera necesariamente para casos menos graves respecto al tipo principal más grave, en cuyo caso si nos encontráramos ante este último, el tipo penal subsidiario será desplazado, y sólo podrá ser aplicado si es que no nos encontramos ante el tipo principal. En el presente caso el hecho de que no se aplique la norma de enriquecimiento ilícito cuando se determina que la incorporación de bienes, derechos o activos al patrimonio del agente es posterior a la comisión de otro delito y como consecuencia de éste, no evidencia una relación de subsidiariedad entre las normas penales, (tipo cualquiera y enriquecimiento ilícito) sino, (...), expresa una relación de exclusividad o de exclusión, por encontrarnos ante una relación de consunción. En estos supuestos de consunción puede presentarse el caso (...) en que se aplique una norma menos grave, desplazándose la más grave (...); lo que no puede suceder en la subsidiariedad en que la norma principal siempre será más grave»[387].

De esta forma, GÁLVEZ VILLEGAS entiende que en determinados casos ajenos al concurso ideal, aquellos en los que el enriquecimiento ilícito opera en la etapa de agotamiento de otro delito contra la administración pública previamente consumado, el enriquecimiento indebido quedará consumido en el delito anterior, a pesar de su mayor gravedad, porque su disvalor ya se haya incorporado en la desvaloración de ese delito previo, por lo que deberá aceptarse su desplazamiento, sin más, a fin de aplicar el de menor gravedad conforme a las reglas de la consunción[388].

387 ibid., pp. 199-200.
388 ibid., p. 195.

Pese a estos argumentos, la subsidiariedad se admite en general en nuestro medio, tanto en la doctrina[389] como en la jurisprudencia[390]. La dificultades para apreciar la autonomía del tipo a partir de la defensa de GÁLVEZ VILLEGAS son numerosas, no puede observarse concurso ideal a partir del mismo acto enriquecedor entre el enriquecimiento ilícito y otro delito contra la administración pública, sobre todo porque ambos delitos persiguen la tutela del mismo bien jurídico. La doble criminalización, bajo el argumento del concurso ideal, contra el mismo funcionario, por el mismo hecho y fundamento conllevaría una violación flagrante del *ne bis in idem*. Sin embargo, *de lege lata* tampoco es satisfactoria la solución que adopta casi toda la doctrina nacional en el sentido de preferir la aplicación de cualquier delito contra la administración pública, antes que el de enriquecimiento ilícito, el cual, con excepción de algunos delitos graves como el de colusión ilegal (art. 384), conlleva una mayor pena a pesar de que no representa una lesión ni un peligro concreto para los bienes tutelados, erigiéndose más bien como un comportamiento de peligro abstracto.

Frente a esta disyuntiva, *de lege ferenda* debería consignarse expresamente en el tipo 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 protegido. Mientras tanto y en orden a salvaguardar el *ne bis in ídem*, debe seguirse entendiendo

389 Vid. además, ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 467. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 242 . PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 42. FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA F. Delitos contra la administración pública, cit., p. 358. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 291. HUGO ALVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, cit., p. 216.

390 Vid. FRISANCHO APARICIO, Manuel. Jurisprudencia penal. Lima, Jurista Editores 2001, p. 447, quien en torno a la sentencia de la Corte Suprema de 31 de agosto de 2001 (Sala Penal C, exp. 2291-2000, Lima), sostiene que «Se admite la naturaleza subsidiaria por conexidad del delito de enriquecimiento ilícito, respecto del cohecho propio como delito medio o delito auxiliar de este último, de tal modo que al no ostentar grado de autonomía entre sí, no puede ser motivo de una condena específica»

que el delito del art. 401 es subsidiario y no puede concurrir idealmente con otro delito contra la administración pública[391], limitándose su función político criminal como medio de evitación de vacíos de punibilidad.

Antes bien, como consecuencia del principio constitucional de proporcionalidad que determina la interdicción del exceso en la medición de la pena, es imprescindible que el juzgador restrinja totalmente la aplicación de los límites superiores de la pena prevista en el art. 401 pf. 1 que puede llegar hasta 10 años de privación de libertad, prefiriendo más bien, ya en el terreno de la individualización judicial de la pena, el recurso a consecuencias cercanas a la pena mínima, lo que permitirá una menor desproporción frente a la pena incoada en otros delitos contra la administración pública[392].

5. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

5.1 El funcionario o servidor público como sujeto activo

§ 19. La noción de funcionario o servidor público es relevante porque el Título XVIII de «Delitos contra la administración pública», diferencia entre «Delitos cometidos por particulares» (Capítulo I) y «Delitos cometidos por funcionarios públicos» (Capítulo II). En este último ámbito se incardinan principalmente, salvo excepciones como el tráfico de influencias (art. 400) o el cohecho activo (art. 399), delitos especiales en los que se exige como elemento de la autoría la condición de funcionario o servidor público, como se aprecia justamente en el tipo de enriquecimiento ilícito del art. 401.

391 También así, PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 241.

392 Vid. ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ad-hoc 1996, pp. 40-42, refiriéndose críticamente a la fijación de la pena dentro de un marco legal elevado que permite arribar a una pena adecuada.

Puede sostenerse en general que funcionario público es quien 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[393]. Pero actualmente no se discute la necesidad de acudir a un concepto de funcionario público de eficacia exclusivamente penal o, cuando menos, a criterios interpretativos que permitan diferenciarlo de la noción propia del Derecho administrativo, civil o laboral[394]. Es indiscutible la necesidad de acudir a una noción propiamente penal de funcionario para uniformizar la interpretación de este elemento normativo frente a las diversas definiciones previstas en el ordenamiento extra penal o ante el uso restrictivo de la expresión «funcionario público» en el lenguaje ordinario[395].

Pero sobre todo se trata de contar con una definición acorde con las necesidades de protección de los bienes jurídicos de la administración pública, lo que conllevará según el caso a una ampliación o a una reducción del concepto adoptado en sede administrativa[396]. De esa forma, como acota VALEIJE, «El legislador le indica al juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del C.P. reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de

393 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 92.

394 COBO DEL ROSAL, Manuel, Manuel QUINTANA DIEZ. En: Comentarios al CP. T. III. Madrid, Edersa 2000, pp. 55-56, se refieren así a las notas de «especialidad, autonomía y exclusividad del concepto penal de funcionario público».

395 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"». En: CPC N° 62/1997, pp. 442-443.

396 RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos. Granada, Comares 2000, cit., p. 215.

funciones o servicios públicos»[397]. En virtud de tal ejercicio es que se encuentran vinculados, como se indicó con anterioridad[398], a una serie de deberes especiales cuya infracción determina el mayor injusto penal del comportamiento[399]. En consecuencia, se trata de que el concepto penal de funcionario abarque aquellas situaciones generadoras del deber especial que derivan, como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, de la «participación concreta y real en el ejercicio de funciones públicas o de administración»[400].

§ 20. Atendiendo a estas razones es común en el Derecho comparado que se establezcan criterios normativos para delimitar la noción de funcionario público, en ocasiones de modo muy general, como se aprecia por ejemplo en el art. 77 pf. 4 del CP argentino[401] o en el art. 24.2 del CP español[402] que establece una «norma interpretativa contextual auténtica»[403]. Suele también recurrirse a criterios más precisos, como se observa en el § 11.(1) del StGB alemán[404],

397 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 444.

398 Vid. supra § 11, también infra §§ 29ss., 47ss.

399 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?. Análisis desde la perspectiva del concepto penal de "funcionario Público"». En: Cáthedra N° 8/2001.

400 Sentencias del TS de 1 de febrero de 1964, 27 de marzo de 1978 y 7 de octubre de 1973.

401 «Art. 77: Para la inteligencia del texto de este código, se tendrá presente las siguientes reglas: (...) Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente (...)».

402 «Art. 24.2: 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».

403 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 444.

404 § 11.(1): «Con relación a este Código será: (...)
2. Titular de la función pública:
Quien, de acuerdo al Derecho alemán,
a) sea funcionario o juez,

en los artículos 357 a 359 del CP italiano[405], en el artículo 20 del Código Penal colombiano[406] y en el art. 425 del Código Penal perua-

b) se encuentre en una relación de Derecho público especial, o
c) sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración pública;
3. Juez:
Quien, de acuerdo al Derecho alemán, lo sea por profesión o por título honorífico;
4. Los especialmente obligados por razón del servicio:
Quien, sin ser titular de la función pública,
a) en su papel de autoridad o puesto especial, reciba los encargos de la Administración pública, o
b) como un grupo o comisión especial, establecimiento o empresa que ejecutan tareas de la Administración pública para una autoridad o para un puesto especial, se ocupe o esté obligado formalmente por una ley al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones; (...)».

405 «Art. 357: Noción de funcionario público. A los efectos de la ley penal, son funcionarios públicos aquellos que ejercen una función pública legislativa, judicial o administrativa.
A estos efectos es pública la función administrativa disciplinada por una norma de Derecho público y de actos autoritativos, y caracterizada por la formación y manifestación de la voluntad de la administración pública o el desenvolvimiento por medio de poderes autoritativos o de certificación».
«Art. 358: Noción de persona encargada de un servicio público. A los efectos de la ley penal, son encargados de un servicio público el que, bajo cualquier título, presta un servicio público.
Por servicio público debe entenderse una actividad disciplinada de la misma forma que la función pública, pero caracterizada por la falta del poder típico de esta última, y con exclusión de tareas de simple orden o meramente materiales».
«Art. 359: Persona que ejerce un servicio de necesidad pública. A los efectos de la ley penal, son personas que ejercen un servicio de necesidad pública:
1) Los particulares que ejercen profesiones forenses o sanitarias, u otras profesiones cuyo ejercicio esté prohibido por la ley sin una habilitación especial del Estado, cuando el público está obligado por ley a valerse de sus servicios.
2) Los particulares que, sin ejercer una función pública, ni prestando un servicio público, lleva a cabo un servicio declarado de necesidad pública mediante un acto de administración pública».

406 «Art. 20: Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política».

no[407] que impone una inusual casuística que va más allá de su antecedente inmediato, el art. 361-B del CP derogado[408].

La insuficiencia político criminal de la cláusula prevista en el art. 425 del CP es evidente, se trata de una «Disposición común» a todos los delitos contra la administración pública, semejante en ese sentido a la regulación italiana. Sin embargo, en el Derecho comparado se tiende a regular el concepto de funcionario público en la Parte General del CP, como se aprecia en textos actuales como los de España

407 «Art. 425: Se consideran funcionarios o servidores públicos:
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley».

408 Incorporado conjuntamente con el tipo de enriquecimiento ilícito mediante el D. Leg. N° 121 de 12 de junio de 1981. Art. 361-B: «Se consideran funcionarios o servidores públicos:
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa, aún cuando desempeñen cargos políticos o de confianza;
2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado;
3. Los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».
Posteriormente, mediante la Ley N° 24653 de 28 de marzo de 1987 se sustituyó el texto, quedando el art. 361-B redactado del siguiente modo: «Se consideran funcionarios o servidores públicos para los efectos penales:
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa del Estado aún cuando desempeñen cargos políticos o de confianza; incluso los contratados y los que emanan de elección popular.
2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta con participación mayoritaria o determinante del Estado, o de organismos sostenidos económicamente por el Estado; y,
3. Los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados y depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».

y Colombia o en otros de mayor data como los de Argentina y Alemania. Ello es más satisfactorio si se tiene en cuenta la necesidad de contar con una noción de funcionario más allá de los delitos contra la administración pública, con eficacia en otros apartados del propio CP, por ejemplo en los tipos de desaparición forzada (art. 320 del CP) y tortura (art. 321) o en la delimitación de la agravante del art. 46-A del CP, así como en la profusa legislación complementaria donde la noción de funcionario suele integrarse como elemento esencial del tipo (art. 385 de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859) o como circunstancia cualificante (art. 9 de la Ley de delitos aduaneros N° 26461)[409].

De lege ferenda es necesario trasladar la definición penal de funcionario a la Parte General[410], lo que asegurará su eficacia dentro y fuera del CP conforme a la supletoriedad prevista en el art. IX, sin perjuicio de delimitar la interpretación de dicho concepto en atención a los fines político criminales y al contexto en que se utilice. Desde el punto de vista sistemático también debe considerarse la necesidad de contar con una cláusula que delimite con mayor certeza la noción de funcionario, como se observa en la regulación alemana, y no a través de grandes criterios como el previsto en el texto español pues plantean múltiples cuestiones interpretativas en la jurisprudencia[411] en desmedro del principio de determinación, lo que tampoco debe conducir a la asunción de una regulación casuística como la peruana que incurre en reiteraciones innecesarias[412] o la colombiana que llega a precisar la entidades a las que puede pertenecer el funcionario.

---

409 Similar, a propósito de la regulación italiana, ROMANO, Mario. I delitti contro la pubblica amministrazione. Milano, Giuffrè 1999, p. 226.

410 Igual, PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 24.

411 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'persona que desempeñan una función pública'», cit., pp. 445ss.

412 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la CICC, cit., pp. 13-14.

Ahora bien, la variedad de criterios a los que puede recurrirse en la concepción normativa de «funcionario público», ha dado lugar a una mayor o menor extensión de la protección penal en el Derecho comparado. Por un lado, partiendo de la interpretación del art. 24.2 del CP español, la doctrina hispana dominante considera que dicha condición viene dada por la exigencia concurrente de un *elemento subjetivo*, expresado en la existencia de un título, o cualidad jurídica en la persona, y otro de naturaleza *objetiva* cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir la contribución a la formación o al desarrollo de la voluntad estatal[413]. Ambos componentes pueden converger en uno, cual es «la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal», dicho de otro modo, «funcionario desde el punto de vista penal es todo aquél que está incorporado a la organización burocrática del Estado»[414]. Esta postura impera en la doctrina nacional[415], aunque es necesario realizar mayores concreciones a la luz del art. 425 del CP peruano.

Una orientación más amplia que la española se aprecia en la regulación italiana, donde es suficiente para ostentar la condición de funcionario público la efectiva participación en la función pública, sin exigirse título alguno en virtud del cual se ejerza dicha función (art. 357)[416], aunque incorpora dos conceptos adicionales, el encargado de

413 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 446. El tratamiento penal de la corrupción de funcionario: el delito de cohecho. Madrid, Edersa 1995, p. 54. OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho. Valencia, Tirant lo blanch 1999, pp. 148-149. COBO DEL ROSAL, Manuel, Manuel QUINTANA DIEZ. En: Comentarios al CP. T. III, cit., p. 39. RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, cit., p. 215.

414 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 493.

415 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 33ss. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública, cit., pp. 17ss. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 83.

416 ROMANO, Mario. I delitti contro la pubblica amministrazione, cit., pp. 254-255.

un servicio público (art. 358) y aquél que ejerce un servicio de necesidad pública (art. 359). En el primero de ellos tampoco es necesaria la existencia de título alguno[417], lo que sí acontece de modo expreso en el supuesto del art. 359 pues hace falta ejercer una profesión cuyo ejercicio sólo está permitido con una especial habilitación estatal, o bien la prestación de un servicio declarado de necesidad pública por un acto administrativo[418].

En el ordenamiento alemán se adopta más bien una postura intermedia, el § 11.(1).2 del StGB considera titular de la función pública (*Amtsträger*), entre otros casos, a quien conforme al Derecho alemán sea funcionario (*Beamter*), es decir nombrado por una autoridad competente para ejercer una función en el marco de una relación de servicio, o sea juez de profesión u honorífico (nums. 2.a, (1).3). También se considera titular de la función a quien se halle en una relación pública jurídico-oficial, es decir quienes ostentan puestos de confianza sin sujetarse frente a la administración a una relación netamente funcionarial (num. 2.b). Asimismo, se incluye a quienes realizan actividades que sirven a los objetivos de la administración pública de forma tal que la propiedad funcionarial guarda una especial vinculación con el tipo de actividad, cobrando relevancia los deberes que surgen del puesto concreto (num. 2.c). Finalmente, el num. (1).4 recoge el caso de los especialmente obligados por razón del servicio público, a quienes no considera titular de la función pero les otorga relevancia penal por pertenecer generalmente a instituciones no estatales que al Estado le interesa controlar de algún modo, como determinadas asociaciones de beneficencia, fundaciones, etc.[419]

417 Ibid., pp. 280-281.

418 Ibid., pp. 306, 308, 309.

419 ESER, Albin. En: Schönke/Schröder. StGB Kommentar. 26ª ed. München, C.H.Beck 2001, § 11/17ss, 32, 21ss., 34ss. LEMKE, Michael. En: Nomos Kommentar zum StGB. T. I. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft 2001, § 11/13-37.

Como puede observarse, el art. 24.2 del CP español sólo recoge a los funcionarios públicos, no a posibles encargados de un servicio público como se aprecia en el CP italiano o a personas especialmente obligadas como en el StGB, «sino únicamente a aquellos sujetos que participan en el ejercicio de la función pública en virtud de un título de incorporación determinado», por lo que en rigor es más estricto que las previsiones alemana e italiana, aunque si se toma en cuenta la amplitud de los títulos previstos en el art. 24.2 del CP hispano («disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente»), esa distancia se acorta[420].

Dentro del contexto español, VALEIJE critica la tendencia jurisprudencial que renuncia al elemento subjetivo en la definición penal de funcionario y otorga relevancia plena al elemento objetivo vinculado al efectivo ejercicio de la función pública. Entiende que con ello la noción se aborda mediante el mero reenvío al concepto de función pública, reduciéndose la interpretación a una tautología o simple intercambio de palabras[421]. La autora considera además que entonces carecerían de sentido aquellas disposiciones, como las de cohecho pasivo de magistrado, arbitro, fiscal, perito (art. 395 del CP peruano), o secretario judicial (art. 396), en las que ya se define la específica función pública[422], crítica que a juicio de ABANTO VÁSQUEZ puede igualmente trasladarse al caso peruano, se avalaría una redundancia y falta de explicación sistemática si bastara la «función pública» para delimitar el concepto de «funcionario público»[423].

Estas objeciones de orden formal, trasladables a casi todo ordenamiento en materia de delitos contra la administración pública, ca-

420 OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 148-149.

421 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 449.

422 Ibid., p. 449.

423 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 83.

recen de mayor relevancia si se otorga contenido material a la noción de «función pública», como lo hace la misma autora citada, cuando tras constatar la ruptura de la tradicional ecuación entre actividad pública y derecho administrativo, en muchos como consecuencia de la llamada «huida del Derecho administrativo», concluye que la función pública describe el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directa o indirectamente o mediante actos de delegación[424]. De esa forma, pese al amplio abanico de técnicas organizativas mediante las cuales se prestan funciones públicas, identifica tres formas: «*a)* funciones desarrolladas por un organismo público de mano pública; *b)* funciones desarrolladas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración Pública; *c)* funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública»[425].

En la misma dirección se incardina la definición de «función pública» como «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos», prevista en el art. I pf. 1 de la CICC.

Antes bien, pese al desarrollo que pueda alcanzarse en torno al concepto de «función pública», lo que en todo caso permite superar interpretaciones tautológicas, la necesidad de exigir, además del ejercicio efectivo de dicha función, el elemento subjetivo o título como parte de la definición penal de funcionario público, obedece, como no podía ser de otro modo, a razones de política criminal. La doctrina española considera que si la razón fundamental para castigar o castigar con mayor intensidad al funcionario radica en que éste realiza actividades destinadas a servir a los intereses colectivos o generales de

424 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 498.

425 Ibid., p. 471.

la sociedad, entonces la exigencia de que esa efectiva participación en la función pública opere en virtud de unos títulos de incorporación, se explica en la necesidad de proteger el «correcto ejercicio de esas funciones por parte de sujetos que de alguna manera se encuentran ligados a la Administración», pero también en el objetivo de evitar una ampliación excesiva de la tutela penal en este sector[426].

§ 21. La interpretación del art. 425 del CP peruano es compatible con la exigencia de los elementos objetivo y subjetivo en la concepción penal de funcionario público. En ese sentido se pronuncia, aunque al parecer excluye a los particulares que ejercen funciones públicas, la ejecutoria suprema de 8 de abril de 1998, exp. 1556-98, Lima, según la cual «es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinadamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral (*elemento subjetivo*), siempre que este ente tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación (*elemento objetivo*)».

La norma peruana no establece en estricto una definición de funcionario público[427], sino un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores a efecto de imputar responsabilidad penal[428]. La casuística que inspira los nums. 1 al 6 impide en ocasiones advertir la necesidad del efectivo ejercicio de la función pública, ello no acontece en la cláusula del num. 3 referida a los particulares que asumen funciones públicas («ejerce funciones»), pero sí en los restantes apartados en que el vínculo con la función pública deberá deducirse de los títulos correspondientes: pertenencia a la carrera administrativa (num. 1) lo que en sí mismo conlleva el ejercicio de la función,

426 OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., p. 149.

427 Así, para PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 25, «lo que nos ofrece son ideas que servirán para entender quienes son funcionarios».

428 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 34.

desempeño efectivo de cargos políticos o de confianza (num. 2), del cargo de administrador o depositario (num. 3), o de la fuerza pública (num. 5).

Particularmente problemática es la cláusula abierta del num. 6, habiéndose planteado incluso su eliminación[429]. Dado que al delegarse a la Constitución y la ley la ampliación del concepto penal de funcionario, podrían concebirse supuestos en los que por simple disposición normativa (título) se conceda dicha condición, sin necesidad del ejercicio efectivo de una función pública con la consiguiente ampliación de la injerencia penal, más allá de lo que requieren los bienes de la Administración Pública. Frente a ello no sólo cabe oponer que el art. 40 de la Carta Magna ya adopta un concepto restringido de funcionario, excluyendo expresamente por ejemplo a los trabajadores de empresas de Estado o de sociedades mixtas, con el consiguiente problema para la interpretación penal en el contexto del art. 425.3 del CP[430]. Teniendo en cuenta la amplitud de los otros títulos detallados entre los nums. 1 y 5, se ha destacado también la necesidad de entender restringidamente la expresión «ley» del num. 6, como ley en sentido estricto o formal, aunque se estima como no necesario que ésta realice expresamente la asimilación extensiva, pudiendo derivarla a una norma reglamentaria[431].

En esa línea de ideas, la referencia a normas con rango de ley como posible cantera de la noción penal de funcionario da cabida a

429 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIAS ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 33, para quienes esta disposición sólo haría falta si el CP no proporcionara otros criterios para definir la noción de funcionario, como acontecía hasta antes de la reforma de 1981 que introdujo el art. 361-B en el CP de 1924. Sin embargo, a juicio de VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la CICC, cit., p. 14, no puede negarse la opción de que reformas posteriores o situaciones particulares requieran de un alcance específico de la calidad de funcionario público, por lo que cabría mantener esta norma.

430 Vid. infra § 25.

431 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., pp. 83, 86.

la vinculación de nuestro ordenamiento a la definición de «funcionario público» prevista en el art. I pf. 2 de la CICC. Este instrumento ha sido ratificado por el Estado peruano, constituye en virtud del art. 55 de la Constitución una norma de Derecho interno que ostenta, cuando menos, rango de ley como se deduce del art. 200.4 de la Ley Fundamental. La fuerza normativa de la CICC es por ello indiscutible en nuestro ordenamiento, es una fuente de obligatoria observancia en la delimitación del concepto de funcionario o servidor público, y más aún atendiendo a la remisión a «la ley» que prevé el num. 6 del art. 425 del CP.

Según el art. I pf. 2 de la CICC se entiende por «"Funcionario público", "Oficial gubernamental" 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»[432]. Esta definición acoge el requerimiento de título y de ejercicio efectivo de la función («desempeñar actividades y funciones») como componentes del concepto de funcionario, condiciones que más allá de las particularidades del art. 425 del CP deben observarse rigurosamente en la interpretación y aplicación de los delitos contra la administración pública. Este recurso a la CICC para la interpretación del art. 425 es compatible con la reserva de ley. Si el concepto de funcionario es un elemento normativo en el terreno de los delitos contra la administración pública, su delimitación debe operar conforme a las normas pertinentes de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo claro está el art. I de la CICC. De ese modo, no estamos ante la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional (art. I de

432 También para la CICC es irrelevante la distinción entre funcionario y servidor público que nominativamente mantiene el art. 425 del CP, lo que no obsta para que ambas categorías adquieran distinta importancia a nivel administrativo, Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 27ss., 37ss.

la CICC), sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en nuestro medio[433].

§ 22. En cuanto a los títulos reconocidos en los nums. 1-5 del art. 425 se ha advertido la conveniencia *de lege ferenda* de simplificar su contenido en una o dos reglas de carácter general e incorporar los designios de la CICC[434], aunque sólo sea con el fin de alcanzar una mayor certeza de cara a la aplicación del concepto penal de funcionario.

Ahora bien, en la doctrina nacional se concibe el título básicamente dentro de los alcances del citado art. 24.2 del CP español. Así, para ABANTO VÁSQUEZ, la existencia de título implica que se acceda a una función pública «por mandato de la ley, por elección o por nombramiento»[435]. De modo similar, ROJAS VARGAS entiende que el ingreso a la función pública puede producirse para efectos penales por «*(1)* disposición legal, *(2)* elección popular y *(3)* nombramiento o delegación hecha por autoridad competente»[436]. Sin embargo, no es posible establecer una identidad entre estos títulos de la legislación española y los previstos en el CP peruano.

Los casos de acceso «por mandato o disposición legal» ya han sido objeto de comentario a propósito del art. 425.6 del CP peruano[437], cabiendo resaltar en todo caso la mayor amplitud que adopta en el sistema español atendiendo a que su texto es muy lacónico,

433 Similar, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 57.

434 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la CICC, cit., p. 16.

435 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 83.

436 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 35-36.

437 Vid. supra § 21.

debiendo por ello admitirse la relevancia de disposiciones de rango infra legal como la resolución u orden ministerial que implique «actos de nombramiento de funcionarios de carrera»[438]. Con ello no sólo queda clara la distinta relevancia de «la ley» en la definición penal de funcionario en ambas regulaciones, sino que conforme a la interpretación hispana cabría incardinar el supuesto del num. 1 del art. 425 de nuestro CP, relativo a «Los que están comprendidos en la carrera administrativa», en los casos del num. 6 [«los demás indicados (...) por la ley»].

De otro lado, en la doctrina española el «nombramiento» debe derivar de una autoridad con atribución legal para crear la relación jurídica válida entre el nuevo funcionario y la administración[439]. Este título se ha relacionado por lo general con la designación del personal de confianza[440], es decir con algunos de los casos previstos en el art. 425.2 [«Los que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)»], relativos a funciones de naturaleza política (Ministros de Estado por ejemplo), administrativa o de gestión. Aquí la nota distintiva no es necesariamente la temporalidad, sino el margen de discrecionalidad para el nombramiento, como suelen permitir las Leyes Orgánicas de las entidades estatales o incluso simples Decretos Supremos o Resoluciones Ministeriales, pero también para el mantenimiento en el ejercicio de la función, el cual se halla condicionado a la existencia de esa «relación de confianza» que en muchos casos adquiere connotaciones personales o subjetivas[441].

438 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., pp. 455ss. OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 151-153.

439 RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, cit., pp. 216-217.

440 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., pp. 457ss.

441 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 33-34.

Pero los casos de título para ejercer la función por «nombramiento» pueden en rigor extenderse también a determinados supuestos de los nums. 1 y 5 del art. 425. El num. 1 incluye en la categoría penal de funcionario a quienes están «comprendidos en la carrera administrativa», expresión que debe delimitarse conforme al sentido del Derecho administrativo ante la ausencia de mayores criterios de carácter propiamente penal, debiendo pues recurrirse a las previsiones del D.Leg. N° 276 de 6 de marzo de 1984 y de su Reglamento, el D.S. N° 005-90-PCM de 18 de enero de 1990[442]. Esta regulación administrativa prevé la posibilidad de participar en la carrera administrativa mediante nombramientos, lo que también acontece en los supuestos del num. 5 del art. 425 del CP («miembro de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional»). En todo caso, el contenido de los nums. 1 y 5 implican una injustificada reiterancia, cuando menos frente a la amplitud del num. 3 que considera funcionario para efectos penales a todo aquél que mantenga «vínculo laboral o contractual» con entidades u organismos del Estado y ejerce función pública.

El num. 2 del art. 425 del CP también reconoce los casos de acceso a la función mediante el título de «elección», título que desde el punto de vista doctrinal consiste en un nombramiento por votos para el desempeño de un cargo o comisión vinculados a una representación política[443]. Aunque la norma nacional pudiera parecer amplia en el sentido de considerar no sólo la elección para cargos políticos sino también de confianza, es finalmente restrictiva porque señala que el cargo debe derivar de «elección popular», es decir del ejercicio del llamado «poder constituyente originario» o libertad política de sufragio que garantiza la Constitución[444], por lo que se refiere

442 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 25-26.

443 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 84.

444 Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 153-154, respecto del CP español de 1932 que hasta la reforma de 1944 se refería a «elección popular».

únicamente a los casos de elección del Presidente de la República, Congresistas, autoridades de los gobiernos locales y regionales, Jueces de Paz u otros casos previstos en la Carta Magna[445].

No existe pues una correspondencia estricta entre los títulos reconocidos en el CP peruano y los previstos en el ordenamiento español. Tampoco frente a los previstos en el pf. 2 del art. I de la CICC, que diferencia tanto a los funcionarios que desempeñan actividades o funciones «en nombre del Estado», es decir quienes forman parte de la burocracia estatal, de aquellos que las ejercen «al servicio del Estado» o sea desde fuera de dicho sistema. En cuanto al primer grupo de casos, se menciona al «funcionario o empleado del Estado o de sus entidades», supuesto que coincide principalmente con los casos de los nums. 1 y 5 del art. 425 del CP y parcialmente con la regulación del num. 3. La CICC también se refiere a los funcionarios «electos», con similar extensión a la prevista en el sistema español, dado que no se limita a la elección popular como el art. 425.2 de nuestro CP. Son igualmente relevantes para la CICC los supuestos de «selección» y «designación», los que guardan una semejanza parcial con los casos de «nombramiento» del régimen hispano y que, según lo expuesto, pueden tener relevancia en el marco de los nums. 1, 2 y 5 del art. 425 del CP y en parte dentro de los alcances del num. 3.

Con todo, sin perjuicio de reconocer *de lege lata* la vinculación a los preceptos del art. I de la CICC según se ha argumentado[446], frente a la inconveniente casuística del CP en esta materia debe adoptarse *de lege ferenda* una fórmula simplificada que evite reiterancias, acoja con más claridad la definición de funcionario de la CICC[447] y no persiga una innecesaria paridad con las fuentes españolas.

---

445 Similar, PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 28.

446 Vid. supra § 21.

447 Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la CICC, cit., p. 16, quien propone la adopción de tres nums., el primero integra los actuales nums. 1, 2, 3 y 5, los otros dos reproducen los textos de los vigentes nums. 4 y 6.

§ 23. En esa línea de ideas, debe tenerse en cuenta que la regulación nacional, a diferencia de la delimitación penal de funcionario del art. 24.2 del CP hispano, otorga expresa relevancia al particular que ejerce «funciones públicas». Así, conforme al num. 3 del art. 425 del CP peruano se considera funcionario al particular que «mantiene vínculo (...) contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones». Como acota GÁLVEZ VILLEGAS, se trata de particulares que no se incorporan a la carrera administrativa, no por la naturaleza de la función sino por la de su contrato, y «participan del ejercicio de la función pública o en todo caso contribuyen a la realización de la misma, según desempeñen labores propias de los funcionarios o de los servidores públicos, por lo que quedan vinculados a la Administración Pública para efectos penales»[448]. Un caso específico en que se recurre a esta regla es la extensión de la punición al contratista de una obra pública en el peculado de uso de bienes del Estado (art. 388 pf. 2).

Esta ampliación de la noción de funcionario a particulares que ejercen «función pública» coincide con el sentido del art. I pf. 2 de la CICC y se asemeja, en el Derecho comparado, a los casos del «encargado de un servicio público» del art. 358 del CP italiano[449] o la extensión prevista en el § 11(1).2.c del StGB, según el cual se considera titular de la función (*Amtsträger*) a quien «sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración pública»[450]. En estos casos es evidente la presencia de título para el desarrollo de la actividad, pero suele cuestionarse si en estricto estamos ante el «ejercicio efectivo de una función pública», lo que bien puede superarse si se parte de un concepto amplio de «función pública» que tome en cuenta los

448 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 51.

449 BENUSSI, Carlo. Il nuovo delitto di abuso di ufficio. Padova, Cedam 1998, pp. 41-47.

450 GRIBBOHM, Günter. En: StGB. Leipziger Kommentar. 11ª ed. Berlin-New York, Walter de Gruyter 1997, § 11/30ss.

fundamentos político criminales de la tutela penal de la administración pública[451].

En efecto, si lo esencial es la titularidad de la actividad o función –que es lo que da cabida a la posibilidad de afectar los bienes de la administración-, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual ésta se desempeñe[452], entonces debe admitirse que ejecuta funciones públicas «aquél particular que sin estar integrado en la organización burocrática del Estado, desempeña alguna actividad privada que goza de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercita haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponde a los poderes públicos»[453]. Dicho de otro modo, el reconocimiento de estos «supuestos intermedios» es necesario por razones de interés público si la intervención del particular en actividades de la administración pública tiene capacidad lesiva[454], pero además «se consigue establecer un criterio material de vinculación de todas las figuras de funcionarios respecto al bien jurídico protegido»[455].

---

451 Es por ello que no son de recibo las tesis formal-objetiva (sometimiento de la actividad al régimen de Derecho público), subjetiva o teleológica (la finalidad de los servicios prestados debe obedecer al interés público o general), ni las mixtas o eclécticas, como la defendida por Vives Antón y seguida por la doctrina mayoritaria, según la cual se añade a los requerimientos de las tesis formal y teleológica, un especial elemento subjetivo consistente en que los actos estén a cargo de un ente público, vid. la síntesis de RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, cit., pp. 217-218. Más ampliamente sobre estas posturas, vid. OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 125-135, quien finalmente adopta una postura similar a la de Vives Antón.

452 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 473.

453 Ibid., p. 498.

454 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 86.

455 RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, cit., p. 218. Similar, REBOLLO VARGAS, Rafael. La revelación de secretos e informaciones por funcionario público. Barcelona, Cedecs 1996, p. 89.

Luego, como se advirtió antes citando también a VALEIJE, dentro del abanico de técnicas organizativas mediante las cuales se prestan funciones públicas no sólo deben incardinarse las «funciones desarrolladas por un organismo público de mano pública», sino también las «funciones desarrolladas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración Pública» y las «funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública»[456]. Varios supuestos de estos dos últimos grupos de casos pueden considerarse dentro de los alcances del num. 3 del art. 425 del CP, se reconoce como funcionario al particular que presta servicios sin estar sometido a la burocracia estatal y que ejerce funciones, como el caso del constructor de carreteras, el Profesor de Derecho que capacita a jueces o fiscales, pero no al concesionario del restaurante de un Ministerio[457]. Es también funcionario según el art. 425.3 el particular que ejerce funciones en las empresas públicas de Derecho privado y sociedades de economía mixta, o sea los directores y administradores principalmente, aunque esta conclusión no siempre se ha aceptado en la jurisprudencia[458].

Dentro del num. 3 no cabe incardinar a determinados particulares que ejercen funciones propias del Estado sin que ello enerve su relevancia en determinados tipos de la Parte Especial, es el caso de los árbitros que a pesar de asumir funciones de naturaleza jurisdiccional no mantienen vínculo laboral o contractual con el Estado. Pero pueden ser autores de colusión ilegal y patrocinio infiel (art. 386) o cohecho pasivo (art. 395), o ser sujetos sobre los que recae la acción en el cohecho activo (arts. 398, 398-A), lo que es conveniente porque a pesar de que en estricto carecen de título de incorporación, ejercen funciones cuyo correcto ejercicio se desea de garantizar[459].

---

456 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 471.

457 Contrariamente, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la CICC, cit., p. 13, para quien la amplitud de la expresión «funciones en dichas entidades u organismos» permite incluir el caso del concesionario.

458 Vid. infra § 25.

459 OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 141-142.

§ 24. En el ordenamiento peruano, como sucede en el Derecho penal alemán a raíz del citado § 11(1).2.c del StGB, también revisten relevancia penal los particulares que cooperan en las tareas de la administración pública. Efectivamente, el num. 4 del art. 425 extiende la condición funcionarial, entre otros casos, al administrador o depositario de bienes de particulares «embargados o depositados por autoridad competente», lo que incluye títulos derivados de decisiones judiciales o administrativas, como sucede por ejemplo en los casos de administración de una empresa sujeta a la Ley de Reestructuración Patrimonial. Esta misma regla se utiliza de modo específico para ampliar la punición por peculado y malversación a los «administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares» (art. 392).

Algo similar acontece en otras disposiciones de la Parte Especial que amplían la punición a particulares que colaboran con la administración, como es el caso de los peritos y contadores, a los que en virtud del art. 386 puede imponérseles las penas de la colusión ilegal (art. 384) o patrocinio infiel (art. 385). En otros casos se prevé tipos específicos de autoría de estos colaboradores, como se observa en el cohecho pasivo cometido por perito (art. 395). Se establecen asimismo delitos en los que la acción típica recae sobre el colaborador, es el caso de los tipos de cohecho activo de testigo, perito, traductor o intérprete (art. 398), y cohecho activo de abogado a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional (art. 398-A).

La admisión de estos casos debe ser excepcional, limitada a los supuestos expresamente tasados en la ley penal porque no existe una identidad conceptual con el ejercicio de la función pública, la participación de estos sujetos se halla entre dicho ejercicio y la simple colaboración en actividades funcionales de otros[460]. Se trata pues,

460 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 86. Sin embargo, a juicio de RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, cit., p. 217, para el concepto de funcionario no es suficiente una mera

como destaca VALEIJE, de otorgar «cabida a supuestos intermedios en los que el interés público exige, por un lado, la incorporación de elementos profesionales con sus propias características (organización, competencia, iniciativa, ..., etc.), pero de otro exige también su sometimiento a un orden general y al control penal cuando su actuación modo sea lesiva para aquél interés»[461].

Algo similar cabe decir frente a otras normas de la Parte Especial en las que la relación con la función pública es todavía más lejana, aunque la presencia de un interés público es indiscutible y justifica hasta cierto punto la injerencia penal del Estado, como se admite en el ordenamiento alemán a través del § 11(1).4 del StGB relativo al especialmente obligado por razón del servicio y que no es titular de la función pública[462]. En esa perspectiva cabe mencionar la extensión de la punición por colusión ilegal o patrocinio infiel prevista en el art. 386 para los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes de incapaces o testamentarías cuando tales títulos no derivan de un nombramiento oficial. Asimismo, la regla del art. 392 que amplía la sanción por peculado o malversación a los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, y a las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodian dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

---

colaboración al ejercicio, siendo indispensable una actividad directa en la función. De modo parecido, para OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., p. 141, n. 59, en casos de este tipo la ley no amplía el concepto de funcionario, «sino más bien que se trata de particulares que por su frecuente participación en el ejercicio de la función pública la ley prevé la misma pena que para los funcionarios».

461 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 495.

462 LACKNER, Karl. En: Lackner/Kühl. StGB mit Erläuterungen. 24ª ed. München, C.H. Beck 2001, § 11/13-17.

Fuera de estos casos existen otros que deben entenderse restrictivamente, por ejemplo las cláusulas de interpretación analógica, como la referida a sujetos similares a «miembro de un tribunal administrativo» (arts. 395, 398, 398-A) o «quien desempeña cargo similar» al de auxiliar de justicia (art. 396), las cuales deben delimitarse bajo la exigencia de título para ejercer la función y efectivo ejercicio de la función pública, como ocurre con el estudiante de Derecho que labora como «secigrista» en el Despacho de un Juez proyectando sentencias.

Mayores problemas plantean disposiciones como la del art. 388 pf. 2, que extiende la pena del peculado de uso al empleado del contratista de una obra pública cuando los bienes son del Estado. Aquí ni siquiera es posible apreciar la presencia del algún título porque la relación de dependencia no se mantiene con el sector público, sino con el contratista, menos aún puede hablarse del ejercicio de una función pública en ese marco de dependencia privada, con lo que se tiene una disposición vacía de contenido material en virtud de la cual se sustituye con una pena más grave la consecuencia de lo que podría significar un mero hurto de uso (art. 187)[463].

§ 25. En cuanto a la jurisprudencia, bajo la vigencia del art. 361-B el desarrollo en torno al concepto de funcionario fue escaso, limitándose las decisiones judiciales a reproducir el texto de la norma, como se observa en la sentencia de 23 de julio de 1986 del 13° Tribunal Correccional de Lima, exp. 36-86, que califica como funcionario al administrador interino del Centro Cívico y Comercial de Lima por hallarse comprendido en la carrera administrativa[464].

463 O falta contra el patrimonio si el valor de los bienes no supera la 4 R.M.V. (art. 444 pf. 1 del CP) y se acepta una analogía *in bonam parte*, no prohibida por el art. III, en el sentido de admitir la falta derivada del hurto de uso (art. 187) porque es menos grave (es decir bajo el argumento «*a fortiori*» o con mayor razón) que la derivada de un hurto simple (art. 185).

464 En: RICARDO CALDERON, Grover. CP. Lima, AFA 1992, p. 593.

Sin embargo, aunque el art. 425 del CP de 1991 dispensa criterios para delimitar la noción penal de funcionario público («*Se consideran* funcionarios o servidores públicos»), la doctrina y la jurisprudencia nacional no siempre han aceptado la supremacía de esta determinación penal, recurriéndose a criterios constitucionales y administrativos. Se olvida pues que esta disposición «no es una norma en cuanto interpreta, sino en cuanto impone una interpretación única entre todas las que son admisibles»[465], sin que por ello deba excluirse el recurso a la regulación extra penal como fuente complementaria de interpretación de los elementos que componen la definición penal de funcionario, como ya se ha sustentado.

Pues bien, una muestra de las consecuencias de este problema radica en la interpretación del num. 3 del art. 425. Pese a que originalmente consideraba como funcionarios a «Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado», la ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1994, exp. 1688-94, Lima, consideró injustificadamente que esta norma había sido derogada por el pf. 2 del art. 40 de la Constitución de 1993, según el cual «No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta», por lo que negó la condición de funcionario del miembro del Comité de Administración del Fondo de Consolidación Minera (FOCOMI), designado como tal en tanto funcionario del Banco de la Nación[466]. Por su parte, la ejecutoria de 12 de diciembre de 1996, exp. 710-95-B, Ica, se pronunció en igual sentido negando la calidad de funcionario del servidor de la Empresa Comercializadora de Alimentos S.A.[467]

---

465 VALEIJE, Inmaculada. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», cit., p. 445.

466 En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal. T. I. Lima, Gaceta Jurídica 1999, pp. 625-626. Del mismo modo, en otro caso relativo al Banco de la Nación, la ejecutoria suprema de 27 de abril de 1995, consulta 286-94, Lima.

467 Ibid., p. 627.

Esta línea de interpretación fue amparada por un sector de la doctrina[468] y reforzada con la reforma del num. 3 mediante la Ley N° 26713 de 27 de diciembre de 1996, que introdujo una cláusula poco clara a fin de considerar funcionario a «Todo aquél 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». De esta forma, la ejecutoria suprema de 3 de abril de 1998, R.N. 6314-97, Lima, entendió que no era funcionario el Presidente del Directorio de la empresa estatal Cementos Yura S.A. porque «al promulgarse la Ley veintiséis mil setecientos trece, modificatoria del artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado, por desarrollo constitucional se excluye de los alcances de dicho dispositivo a los ejecutivos y/o trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta; que, el citado precepto constitucional establece que los ejecutivos y los trabajadores de las empresas del Estado o de Sociedades de Economía Mixta no ejercen función pública, teniendo en cuenta el régimen estrictamente empresarial de dichas sociedades, reguladas dentro del ámbito de las personas jurídicas de derecho privado y que en consecuencia se encuentran desprendidas del "*ius imperium*" propio de las entidades estatales»[469].

Sin embargo, la propia Corte Suprema ha defendido la línea contraria mediante la ejecutoria de 27 de noviembre de 1997, Sala C, exp. 4874-96, Lima, la cual señala correctamente que el art. 40 de la Carta Magna rige para los beneficios sociales y no para la determinación de los funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal[470].

468 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 31.

469 De modo semejante, la ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1997, exp. 5823-96, Lima, en una causa vinculada a funcionarios de la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima, empresa pública de régimen privado.

470 En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal. T. I, cit., p. 628. Similar, la ejecutoria de 4-6-99, exp. 5210-98, Lima, en: DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA. Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica 2000, p. 136.

Con mayor claridad se expresa la ejecutoria de 14 de abril de 1998, Sala C, exp. 5522-98, Lima, adoptada por la mínima mayoría, según la cual el art. 40 rige únicamente para efectos laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se cometen en el manejo de fondos públicos, a través de las diversas empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica, interpretación que concuerda con la exposición de motivos de la citada norma constitucional pues lo que se pretendió evitar es que muchos trabajadores se acojan indebidamente a los alcances de la Ley N° 25030 que regula la llamada «cédula viva»[471].

Esta contradicción jurisprudencial fue advertida en su momento por los magistrados, habiéndose adoptado en el Pleno Jurisdiccional Penal celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, por mayoría absoluta de 31 contra 23, el Acuerdo N° 04-97 según el cual se declara «que la prohibición contenida en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y previsional»[472], bajo el considerando que «La relación de personas que pueden ser responsabilizadas por delitos contra la administración resulta de una decisión legislativa adoptada en atención a los principios de legalidad y lesividad, entre otros. Ella no puede verse limitada por más límites que los que le corresponden a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por mandato de la Constitución»[473].

471 En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal comentada. T. I. Lima, Gaceta Jurídica 1999, p. 499. De la misma manera, la ejecutoria de 3 de agosto de 1998, Sala C, exp. 251-98, Loreto, en: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal. T. I, cit., p. 629.

472 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Lima; Palestra 1999, p. 469.

473 bid., pp. 468-469.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como ya se dijo, que la actual redacción del art. 425.3 permite otorgar la condición de funcionario público a quien efectivamente ejerce funciones públicas dentro de una empresa mixta[474]. A ello contribuye que en el propio debate parlamentario, relativo a la aprobación de la Ley N° 26713 que modificó el citado num. 3, se señaló que «Si bien la modificación efectuada mediante la citada norma legal se enmarca dentro de lo previsto por el artículo 40 de la Constitución Política del Estado en cuanto no considera dentro de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado, no es menos cierto que para efectos de la ley penal (...), dichos trabajadores continúan siendo pasibles de incurrir en responsabilidad penal»[475]. A partir de estas ideas, la Contraloría General de la República ha llegado a la conclusión de que «el Congreso de la República se ha pronunciado interpretando los alcances del artículo 40 de la Constitución Política en el sentido de que no implica asumir que los directivos, funcionarios y servidores de las empresas del Estado comprendidos en la Ley del Sistema Nacional de Control, están excluidos del régimen de responsabilidad penal previsto para funcionarios y servidores públicos; y, por ende, que la intención legislativa es que el nuevo texto introducido por la Ley N° 26713 engloba, entre otros, a funcionarios y servidores públicos»[476].

Por lo demás, esta conclusión está reforzada por el concepto de funcionario público del art. I de la CICC, el cual comprende a «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades», lo que incluye a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta[477]. Atendiendo a estos argumentos debe darse crédito

474 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., pp. 32, 34.

475 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. «¿Los trabajadores de las empresas del Estado son pasibles de incurrir en responsabilidad penal contra la Administración Pública?». En: Boletín de Control. N° 11/1997, p. 17.

476 Ibid., p. 17.

477 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cit., p. 15.

al sentido corrector de la ejecutoria suprema de 12 de junio de 1998, Primera Sala Penal Transitoria, exp. 154-97, Lima, para la cual si bien es cierto que anteriores resoluciones judiciales consideraron que con la vigencia del artículo 40 de la Constitución se derogó el num. 3 del artículo 425 del CP, «un examen minucioso de aquella disposición, nos hace llegar a la conclusión de que la dación del mencionado articulado constitucional obedeció a que los trabajadores del Estado regidos por la Ley N° 4916, desde el punto de vista laboral, no sean amparados por la Ley N° 20530, la misma que está referida a los servidores públicos que cumplen ciertos requisitos para la obtención de la denominada "Cédula Viva"»[478].

5.2 El Estado como sujeto pasivo

§26. Se acepta en general que el Estado, en tanto titular de los bienes afectados a través de los delitos contra la administración pública, es el sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito[479]. Se ha sostenido que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada[480], ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la administración pública (cohecho activo o pasivo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido. El particular también podría ser víctima de algún delito patrimonial cuando otorga ventaja[481], pero de ello no se deriva que

478 ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal comentada. T. I, cit., p. 503.

479 ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito, cit., p. 53. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 465. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 242. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 290.

480 BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 78. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 153. CANCINO MORENO, Antonio José, Maruja TOSCANO DE SÁNCHEZ. El delito de enriquecimiento ilícito. Bogotá, El Profesional 1986, p. 23.

481 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 153.

ostente la titularidad del objeto tutelado en el enriquecimiento ilícito[482].

5.3 La ilicitud de la conducta funcional («por razón del cargo») como atributo del comportamiento penalmente relevante

§ 27. Se ha señalado en la doctrina peruana, como se advirtió con anterioridad, que lo ilícito del 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»[483] o una presunción *iuris tantum* de comisión de delito[484]. Más allá de la discusión formal acerca de si la redacción del tipo permite fundamentar tal obligación[485], ya que ésta 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[486], sino además una grave violación del *nemo tenetur* según se ha visto[487].

---

482 ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito, cit., p. 53, propone que en estos casos se considere al particular sólo como «perjudicado», otorgándosele capacidad para reclamar un resarcimiento. De igual modo, ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. CP. Vol. VII, cit., p. 3282. FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Delitos contra la administración pública, cit., p. 354.

483 No admitida en la doctrina del Derecho comparado, así CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 7-9.

484 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 476-477, 480-483, 486-487, pese a que la critica admite finalmente tal solución. PORTOCARRERO HIDALDO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 243. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 468. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 291, citando a Ferreira Delgado. BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 79.

485 Niegan tal posibilidad, ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. CP. Vol. VII, cit., p. 3283. FRISANCHO APARICIO, Manuel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 355.

486 Claramente, HUGO ALVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, cit., p. 217.

487 Vid. supra § 16.

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 lícito de su «mayor riqueza». Lejos de ello, debe entenderse que la norma penal reprime el enriquecimiento ilícito, dentro de los márgenes de delimitación derivados de la expresión «por razón de su cargo», y «no el incremento patrimonial no justificado»[488].

§ 28. También se ha sostenido en nuestro medio que la ilicitud prevista en el tipo constituye un atributo del enriquecimiento[489]. Ello no debe admitirse, el enriquecimiento describe per se un mero estado patrimonial, no una conducta respecto de la cual pueda predicarse su ilicitud. Al Derecho penal no le interesa la evitación de resultados sino de determinados comportamientos (función de determinación) que lesionan o ponen en riesgo los bienes de la administración (función de desvaloración), lo que no puede perseguirse mediante la prohibición de resultados o estado de cosas, sino de conductas. Por ello, en el art. 401 la «ilicitud» no puede ser sino un atributo de la conducta del funcionario que describe un elemento de valoración global.

Pero dada la escueta redacción de la norma, se ha puesto en tela de juicio si puede identificarse un comportamiento por parte del sujeto activo o si por el contrario nos hallamos frente a una figura que se limita a describir un estado o consecuencia determinada. Frente a ello, GÁLVEZ VILLEGAS precisa que es posible identificar en el tipo penal una conducta o acción típica, la misma que está determinada por el verbo rector «enriquecerse», considera que «Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al resultado o consecuencia de esa conducta que

488 FRANCIA ARIAS, Luis, Raúl PEÑA CABRERA. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 48.

489 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 468, «Interesa tan sólo la ilicitud del resultado "enriquecimiento"».

vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica»[490]. Así, el enriquecimiento, en tanto incremento real del patrimonio económico, podría concretarse a través de un acto comisivo, mediante una conducta positiva o activa, o mediante una omisión, esto es, cuando el sujeto del enriquecimiento, no realiza concretamente algún acto para incrementar su patrimonio, aunque permite que esto se produzca[491].

Debe entenderse entonces que el núcleo del injusto del enriquecimiento indebido, especialmente porque se erige como una infracción de peligro abstracto, radica en lo que «clásicamente» ha venido a denominarse disvalor de acción, es decir en la conducta ilícita del funcionario, en virtud de la cual se sirve del cargo para obtener un incremento patrimonial.

5.3.1 La infracción del deber vinculado al cargo como fundamento de la autoría

§ 29. La reforma penal de 1981 introdujo el enriquecimiento indebido en el art. 361-A del CP de 1924, dentro de la Sección Décima Cuarta de «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales». De esta ubicación sistemática podía deducirse el argumento para entender éste y otros ilícitos como el peculado, el cohecho o la malversación, como delitos consistentes en la infracción de deber (*Pflichtdelikten*), en apariencia el legislador radicaba la antijuricidad en la violación de las obligaciones propias de la función antes que en la efectiva lesión o puesta en riesgo de los bienes de la administración pública.

Independientemente de la valía de esta interpretación formal, la actual ubicación del art. 401 en el Título XVIII de «Delitos contra la administración pública» y en el Capítulo II de «Delitos cometidos por

490 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 122.

491 Ibid., p. 125.

funcionarios», impide deducir que desde el punto de vista sistemático se apuesta por una fórmula de delito de infracción de deber. La actual configuración de este grupo de delitos es más satisfactoria, el punto de partida para definir el contenido del injusto no es el del sujeto activo, «sino la consideración del bien jurídico como la función de prestación o servicio a los ciudadanos de la Administración de acuerdo con los principios de objetividad, eficacia y satisfacción de los intereses generales»[492].

Pero como precisa GÁLVEZ VILLEGAS, «no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, 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»[493]. Por ello la interpretación del art. 401 del CP no puede excluirse de la discusión relativa a los delitos de infracción de deber, su configuración como delito de peligrosidad abstracta o *ex-ante* del comportamiento, y el recurso a la expresión «por razón del cargo», deja abierta la cuestión sobre la relevancia de la infracción de los deberes frente a la administración pública del funcionario que se enriquece, así como el régimen de la participación delictiva dentro de ese marco normativo.

§ 30. El desarrollo dogmático de los *Pflichtdelikten* o delitos de infracción de deber se debe principalmente a ROXIN[494], desde su punto de vista estos ilícitos corresponden a los clásicamente denominados delitos especiales, en los que sólo puede ser autor quien reúne una determinada cualidad que se concreta en una posición de deber ex-

492 Así, criticando la regulación del CP español derogado, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., p. 70.

493 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 152.

494 Para una exposición actual, Vid. ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. 7ª ed. Berlin-New York, Walter de Gruyter 2000, pp. 352-399. También, Autoría y dominio del hecho en DP. Madrid, Marcial Pons 2000, pp. 385 ss.

trapenal convertido en elemento del tipo[495]. A diferencia de los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*), donde el factor central de la imputación de la autoría radica en el dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber la autoría se fundamenta en la simple violación del mandato extrapenal, lo que conduce a una serie de consecuencias en el terreno de la participación delictiva que no siempre han sido admitidas por la propia doctrina alemana[496]. Entonces, conforme a la configuración de los injustos típicos, el criterio delimitador de la autoría puede darse en unos casos por la posesión del dominio del hecho (*Herrschaftsdelikte*), y en otros por la mera titularidad de un deber extrapenal (*Pflichtdelikte*)[497].

Es en ese sentido que el enriquecimiento ilícito se erige como delito de infracción de deber[498], no tanto por su calificación formal como delito especial propio que sólo puede ser cometido por quien es funcionario, como por la vinculación de éste a una serie de deberes no penales que fluyen de la regulación constitucional y administrativa principalmente[499], conforme a los cuales no está jurídicamente permi-

---

495 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., p. 354. DP. PG. T. I. 2ª ed. Madrid, Civitas 1997, p. 338.

496 Críticamente JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG. 4ª ed. Comares, Granada 1993, p. 593, nota 30. Incluso se cuestiona la propia clasificación entre delitos de dominio y de infracción de deber, así, MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL, Heinz ZIPF. DP. PG. 2. Buenos Aires, Astrea 1995, p. 119.

497 PIZARRO BELEZA, Teresa. «La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad *versus* dominio del hecho?». En: Silva Sánchez, Jesús María. Fundamentos de un sistema europeo del DP. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona, J.M. Bosch 1995, p. 340.

498 En igual sentido, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 173ss.

499 No es relevante por ello la discusión en torno a si la determinación del deber infringido reposa en el marco extrapenal, en lineamientos propiamente penales según las situaciones de hecho y el fin de protección de la norma (perspectiva fáctica), o en criterios diferenciados que combinen ambas perspectivas –regulación extrapenal y por defecto criterios fácticos de ordenación- en concordancia con el principio de legalidad, como parece más conveniente tomando en consideración que no siempre existe un precepto penal para definir con exactitud el deber que fundamenta el injusto penal, Vid. en tal sentido, TIEDEMANN, Klaus. En: StGB. Leipziger Kommentar, cit., antes del § 283/59ss. MARXEN, Klaus. En: Nomos Kommentar zum StGB. T. I, cit., § 14/22.

tido que el funcionario se sirva del cargo para enriquecerse más allá de lo que su retribución pública o actividades permitidas en el sector privado le reditúen. Así, se considera que el enriquecimiento es ilícito porque infringe normas concretas del ordenamiento jurídico en general[500], aquellas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos[501].

Estos planteamientos pueden reforzarse mediante el análisis funcional, a través del cual se arriba a una fundamentación de los delitos de infracción de deber no ajena a críticas pero que marca un derrotero importante para el desarrollo de nuevos criterios de imputación en este ámbito. A juicio de JAKOBS, los delitos de dominio se limitan a aquéllos en los que la relación con el afectado se limita a que la propia organización no sea dañosa, se definen únicamente de modo negativo como un simple mandato general al ciudadano de no lesionar, la imputación opera en virtud de la ampliación del propio ámbito organizativo, es decir la creación o aumento de un riesgo no permitido[502]. En cambio, los delitos de infracción de deber se fundan en una relación positiva entre el autor y el bien, a través de un status del autor respecto del bien, status vinculado a contextos regulados, es decir a instituciones, preformados y a lo sumo disponibles dentro de límites muy reducidos, como acontece justamente en los delitos de funcionario público[503]. Aquí la

500 Para ANGELES GONZÁLES, Fernando. CP. Vol. VII, cit., p. 3284, el «incremento patrimonial ilegítimo ha de ser obtenido violando normas legales». Igual, FRISANCHO ANGELES, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Delitos contra la administración pública, cit., p. 356.

501 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 151.

502 JAKOBS, Günther. DP. PG. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons 1997, pp. 266, 791. Como señala GARCÍA CAVERO, Percy. Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Barcelona, J.M. Bosch 1999, p. 38, en los delitos de dominio la norma penal recurre a un modo de estructuración en base a «la libertad como criterio de legitimación y el dominio del riesgo como factor de imputación».

503 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 160, critica precisamente que «La falta de un criterio material en torno a cuáles son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone».

responsabilidad o incumbencia del autor no se define por su ámbito de organización, sino a través del status que fundamenta un deber especial estricto, de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado[504]. Entonces, el grado de responsabilidad es más extenso, se ha de tutelar el bien, no sólo del desarrollo de la propia esfera de organización originaria o asumida, sino sobre todo de las derivadas de otras fuentes o de terceros[505].

Visto de esta forma y en relación con lo ya expuesto, puede entenderse que la especial posición o status del funcionario, determina una serie de deberes de conservación de determinados estándares mínimos para el funcionamiento de la administración pública, entre ellos la imparcialidad, la eficacia, la defensa del interés general, entre otros. Sin embargo, debe quedar claro que en el específico caso del enriquecimiento ilícito, no existe una prohibición previa y general de enriquecerse que vincule al funcionario, de manera tal que el núcleo del injusto no puede depender del simple acaecimiento del resultado de incremento patrimonial sino en lo que está detrás del mismo, es decir en la violación o infracción de estos especiales deberes o deberes institucionales. Así lo exige el tipo penal cuando sanciona el enriquecimiento «por razón del cargo».

§ **31.** Esta línea de razonamiento no se ve afectada por la importante discusión en torno a si debe admitirse la equiparación entre delitos especiales e ilícitos de infracción de deber, toda vez que reina acuerdo en torno al carácter especial y de infracción de deber de los delitos de funcionario público. Se cuestiona dicha equiparación por-

504 JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., pp. 266-267, 791-792. SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 160, señala sin embargo que «el concepto de "institución" no se encuentra ontológicamente determinado y que, por lo tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional».

505 Así, GARCÍA CAVERO, Percy. Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, cit., p. 43.

que puede constatarse la presencia de delitos de dominio calificados o especiales, así como delitos de infracción de deber comunes o comisibles por cualquiera. La ausencia de identidad entre delito común y de dominio, y entre los de infracción de deber y los especiales, es más que una cuestión nominal, mientras la dualidad delito común/ delito especial es básicamente formal, en razón de si el tipo exige o no una cualidad especial y en función de ello un especial deber, la dicotomía delito de dominio/delito de infracción de deber obedece a la necesidad de contar con distintos criterios de imputación de responsabilidad frente a dos modos también diferentes de defraudación de expectativas[506].

Así, mientras en los delitos de dominio el criterio de imputación se cifra en el dominio del riesgo para la esfera de organización de un tercero, en los ilícitos de infracción de deber no se defrauda la expectativa mediante la creación de un riesgo prohibido sino a través de la violación del deber institucional. Ello conlleva a aceptar la incorporación de determinados delitos especiales en la categoría de delitos de dominio, aquéllos donde la norma no se refiere a roles especiales sino a una posición particularizada del rol general del ciudadano, así el circulo de autores se reduce a sujetos en situación de mayor proximidad frente al objeto tutelado y lo determinante en orden a la imputación no es la existencia de una vinculación de esferas, sino la creación de riesgos desaprobados que emanan del propio ámbito organizativo, como se observa por ejemplo en los casos de «actuación en lugar de otro»[507] que regula el art. 27 del CP. En esa misma perspectiva de análisis deberá reconocerse la existencia determinados delitos comunes de infracción de deber, como acontece en la omisión del deber de socorro (art. 127 del CP) fundada en un deber institucional de solidaridad común a todos los ciudadanos[508].

506 Ibid., pp. 42-43.
507 Ibid., pp. 39-40.
508 Ibid., p. 42.

§ 32. La consideración del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber tampoco se ve afectada por las comunes críticas de la doctrina hispana contra este grupo delitos, sobre todo por su posible distanciamiento del principio de lesividad. Se ha sostenido en esa perspectiva que la admisión de injustos fundados en la infracción de deberes extrapenales conduciría a manifestaciones de un Derecho penal autoritario ya superadas, a través de la cuales se criminalizarían simples infracciones administrativas o, pero aún, meros actos de infidelidad, deslealtad o traición al Estado[509], como era común en las antiguas construcciones propias de las llamadas «infracciones subjetivas del deber» o «delitos en el cargo» del Derecho penal alemán[510].

Estas apreciaciones deben sin embargo matizarse, como bien expone RAMOS TAPIA la calificación autoritaria «deriva no del hecho en sí de fundamentar el ilícito en la infracción de un deber, sino de que se haga derivar ese deber de una relación de fidelidad al Estado. Pero, si la tutela penal del cumplimiento del deber no se basa en la relación funcionarial con el Estado, sino que el deber se selecciona como objeto de protección, en cuanto resulta esencial para la institución en la que se inserta o garantiza el funcionario y de la que depende la satisfacción de derechos esenciales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, entonces, la infracción del deber no implica en modo alguno una visión totalitaria del Estado»[511].

---

509 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Corrupción y delitos contra la administración pública», cit., p. 69, la infracción del deber implica «un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora». GARCÍA ARÁN, Mercedes. La prevaricación judicial. Madrid, Técnos 1990, p. 37. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Guillermo PORTILLA CONTRERAS. «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias». En: Cobo del Rosal, Manuel (Dir). Comentarios a la legislación penal. T. XVI. Madrid, Edersa 1994, p. 180. RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de prevaricación judicial. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp. 95-99.

510 WAGNER, Heinz. Amtsverbrechen. Berlin, Duncker & Humblot 1975, p. 28. MARXEN, Klaus. Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Berlin, Duncker und Humblot 1975, passim.

511 RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de prevaricación judicial, cit., p. 97.

Dicho de otro modo, no existe una relación de exclusión «ontológica» entre delito de infracción de deber y un Derecho penal de la lesividad, y así lo advirtió en su día ROXIN para quien el fundamento de tales delitos sigue siendo la tutela de bienes jurídicos y no la mera infracción del deber extrapenal, lo que es distinto a considerar que la infracción de dicho deber sea el criterio de determinación de la autoría[512]. Así lo pone de relieve cuando analiza el delito de tortura (§ 343 StGB)[513], ámbito en el que indiscutiblemente estamos en presencia de un bien jurídico fundamental y no ante una infracción formal. Ello sin embargo, no enerva la necesidad de oponerse cuando corresponda a aquellos delitos que consistan en la infracción de un deber extrapenal, sin más, pues toda crítica por ausencia de justificación «en términos del carácter subsidiario del Derecho penal, continúa siendo válida»[514].

No es este el caso del tipo de enriquecimiento ilícito, su propia 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 del cargo. Queda claro entonces que la relevancia de los deberes funcionales previstos fuera del Derecho penal cumplen una importancia indiscutible para la organización y funcionalidad de la administración pública. Como ha precisado BACIGALUPO, «la legalidad de la actividad administrativa y el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario», pero de ello no cabe deducir que «la infracción del bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes»[515].

---

512 Así ya en la 3ª ed. de Täterschaft und Tatherrschaft. Berlin-New York, Walter de Gruyter 1975, p. 601, nota 224. 7ª ed. alemana, p. 696, nota 537.

513 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. 7ª ed., cit., pp. 352-353.

514 PIZARRO BELEZA, Teresa. «La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., pp. 342-343, también nota 15.

515 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios». En: Documentación Jurídica. N° Monográfico/1983, Vol. II, p. 1099. Similar, DE LA MATA, Norberto, Xabier ETXEBARRIA. Malversación y lesión del patrimonio público. Barcelona, J.M. Bosch 1994, p. 75.

5.3.2 El criterio de imputación «por razón del cargo»

§ 33. El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario 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. El art. 401 del CP expresa ese reproche a través de la expresión «por razón del cargo», estableciendo con ello el criterio central de la imputación penal, en el sentido de que el incremento patrimonial debe derivar del ejercicio efectivo de la función[516], siendo insuficiente para la tipicidad que ese mero resultado se alcance al tiempo del cargo si además no se cuenta con un criterio claro de atribución al desempeño del mismo.

Desde el punto de vista formal, el CP utiliza distintas expresiones en la determinación del criterio de imputación de responsabilidad al funcionario. Así, el rótulo del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial se refiere genéricamente a los «Delitos *cometidos por funcionarios* públicos», la agravante del art. 46-A señala a quien «*se aprovecha de su condición* de (...) autoridad, funcionario o servidor público», el tipo de patrocinio ilegal indica a quien «*valiéndose de su calidad* de funcionario o servidor público» (art. 385), en el cohecho pasivo propio se precisa «en *violación de sus obligaciones* (...) haber *faltado a sus deberes*» (art. 393) y en el cohecho pasivo se menciona el «*acto propio del cargo, sin faltar a su obligación*» (art. 394), la expresión «*abusando de su cargo*» se usa en los tipos de concusión y exacción ilegal (arts. 382, 383), mientras que la elocución que nos interesa, «*por razón de su cargo*», se aprecia en las figuras típicas de colusión ilegal, peculado, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito (arts. 384, 387, 397 y 401).

Desde el punto de vista gramatical estas expresiones pueden implicar una mayor o menor extensión de la punibilidad, dependiendo de las posibilidades de actuación funcional o situaciones conexas,

516 DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, cit., pp. 122-123.

reconocidas por la norma. En ese sentido, contemplan mayores casos las elocuciones «se aprovecha de su condición de funcionario» o «abusando de su cargo» frente a la expresión «acto propio del cargo», mientras las dos primeras se refieren a cualquier posibilidad de actuación funcional, incluso aquellas alejadas del propio ámbito de competencias del funcionario, la última parece limitarse sólo a dicha esfera de actuación. Pero en todo caso, más allá de estos aspectos literales, los límites de la relación funcional con el injusto típico dependerá finalmente de la propia estructura del tipo y de su concreta función protectora de los bienes de la administración, lo que según el caso implicará una mayor o menor intensidad de la relación entre el comportamiento típico y el ejercicio funcional.

§ 34. Las dudas sobre el grado de relación que debe existir entre el ejercicio de la función y la conducta incriminada se presentan también en el Derecho comparado. Efectivamente, el art. 268 (2) del CP argentino, aún tras la reforma de 1999, parece vincular la expresión «posterior a la asunción de un cargo o empleo público» sólo a una exigencia temporal del resultado de enriquecimiento, dejando en duda si debe exigirse la atribución al desempeño de la función. En el caso de la legislación colombiana la evolución del tipo parece orientarse a ese relajamiento de la imputación funcional, si bien el art. 148 del CP de 1980 exigía claramente que el incremento patrimonial del funcionario se explique «por razón de su cargo o de sus funciones», el art. 412 del texto de 2000 recurre a la elocución «durante su vinculación con la administración», en apariencia y acercándose al tipo argentino, sólo como una exigencia temporal.

La misma perspectiva, a través de la expresión «posterior a la asunción de un cargo público», se asume en los arts. 346 y 335 de los textos legislativos de Costa Rica y Panamá respectivamente, o en el art. 25 de la Ley venezolana de 31 de marzo de 1965 («durante el desempeño de su cargo»). Lo mismo cabe criticar al art. IX de la CICC («durante el ejercicio de sus funciones»). Un extremo de esta orientación se aprecia en el art. 150 del CP cubano pues es suficiente que el funcionario manifieste signos de riqueza que no pueda justifi-

car, lo mismo cabe decir del art. 477 del CP de Puerto Rico que llega a consagrar una presunción de responsabilidad penal bajo semejantes condiciones.

Otras regulaciones, entre las que se halla la peruana («por razón de su cargo»), si exigen la necesaria conexión funcional, entre ellas el art. 1 de la citada Ley brasilera 3.502 («por influencia o abuso del cargo o función»), los arts. 224 y 353 del CP mexicano y del Anteproyecto de CP de Sinaloa respectivamente («con motivo de su empleo, cargo o comisión») y el art. 333 del CP de El Salvador («con ocasión del cargo o de sus funciones»). Esa relación es más clara todavía en otros textos que llegan a exigir, además, una expresa ilicitud extrapenal, así por ejemplo el CP ecuatoriano («con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes»), el art. 323 del CP italiano («en el desenvolvimiento de sus funciones o del servicio, y en violación de normas, de leyes o de reglamentos») y el art. 382 del CP portugués («abusare de los poderes o violare los deberes inherentes a sus funciones»).

La intensa relación que debe existir entre el ejercicio del cargo y el enriquecimiento en estas dos últimas regulaciones, se explica por su tipificación como modalidades de abuso de autoridad, similar a la prevista en el art. 376 del CP peruano («abusando de sus atribuciones»), aunque esta figura nacional no opera como tipo de recogida o subsidiario frente a otros modos de enriquecimiento funcional.

§ 35. La delimitación de la expresión «por razón de su cargo» del art. 401 de nuestro CP debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos del CP dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito[517], y restringido en orden a descar-

517 Sólo así podrá superarse la cuestión planteada, en torno a la función del enriquecimiento ilícito, por GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Universidad del Externado 2000, p. 253, «¿Qué incremento patrimonial no justificado, derivado del ejercicio del cargo o de la función, no constituye automáticamente delito de concusión, de peculado, de cohecho o de prevaricato?».

tar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas del cargo, es decir cuando el funcionario actúa como un particular.

En la doctrina y en la jurisprudencia alemanas se ha desarrollado el contenido de la expresiones *Diensthandlung* o *Dienstausübung*, o acto relativo al ejercicio del cargo del funcionario, usadas en el § 331 del StGB de «Aceptación de ventajas», antes y luego de la Reforma mediante la Ley de lucha contra la corrupción de 13 de agosto de 1997, respectivamente. Para la jurisprudencia alemana es suficiente que el acto no se halle en una relación excepcional con el funcionario ni esté completamente al margen del ámbito de sus objetivos, siendo necesario que la ejecución del acto pueda realizarse por su posición oficial[518]. De modo similar, la doctrina dominante considera necesaria una relación funcional o material entre el funcionario y el acto, así el acto oficial debe corresponder al ámbito de las actividades del funcionario en el sentido de que sólo puede efectuarlo él como portador de una capacidad funcional, sin requerirse que el acto corresponda a sus competencias concretas conforme al reparto específico interno o que se desarrolle dentro del lugar de trabajo y en horas de servicio. De este modo, no es acto oficial los que se hallen totalmente fuera del ámbito de las funciones del concreto funcionario, ni las que efectúe como particular aunque se sirva de los conocimientos especiales o las ventajas que su condición de funcionario le otorgan[519].

En la doctrina italiana y española se han alcanzado resultados semejantes, aunque con distintos matices. En Italia la doctrina y la jurisprudencia son más estrictas al interpretar por ejemplo el art. 318 del CP que tipifica la corrupción impropia relativa al «acto de su oficio». Así, se diferencia entre incompetencia absoluta y relativa, en

---

518 Así ya la sentencia del Tribunal de Bonn de 27 de octubre de 1960, o la del Tribunal de Dortmund de 13 de enero de 1961, ambas en: BGHSt. T. 15. Köln-Berlin, Carl Heymanns 1961, pp. 239, 353.

519 CRAMER, Peter. En: Schönke/Schröder. StGB Kommentar, cit., § 331/7-10. TRÖNDLE/FISCHER. StGB und Nebengesetze. 50ª ed. München, C.H. Beck 2001, § 331/6-10. KÜHL, Kristian. En: Lackner/Kühl. StGB mit Erläuterungen, cit., § 331/10a-11. JESCHECK, Hasn-Heinrich. En: StGB. Leipziger Kommentar, cit., § 331/11-14.

el primer caso no puede hablarse de ejercicio funcional porque entonces el funcionario prácticamente se desenvuelve como un particular[520], mientras que en los supuestos de incompetencia relativa se distingue entre incompetencia genérica, que acontece si el funcionario realiza un acto que compete a un órgano distinto al que integra, e incompetencia específica donde éste aún realiza actos propios del poder del órgano, ente o ramo de la administración que pertenece. Frente a estas posibilidades se estima que el acto de oficio a que se refiere el art. 318 está presente si el agente realiza un acto estricto de su competencia y, sólo por excepción, en los supuestos de incompetencia específica[521]. Sin embargo, en la interpretación del tipo de peculado del art. 314 que, de modo similar al art. 401 del CP peruano, utiliza la expresión «por razón de su oficio o servicio», la doctrina y la jurisprudencia italiana reconocen la necesidad de una interpretación amplia, admitiéndose dentro de su ámbito, inclusive, aquellas conductas realizadas «con ocasión» del ejercicio del cargo[522], es decir sin necesidad de una competencia funcional estricta[523], pudiendo pues admitirse todos los casos de incompetencia relativa, específica y genérica[524].

Pues bien, la generalidad de la elocución acto relativo al «*ejercicio de su cargo*» prevista en los tipos de cohecho de los arts. 419 y 420 del CP español de 1995, ha permitido una interpretación amplia dentro de la jurisprudencia y la doctrina. Si bien no se admiten los simples actos «con ocasión del ejercicio del cargo», la exigencia típica tampoco radica en que los actos sean «inherentes al cargo», de allí que en una lógica intermedia se abarca toda conducta de carácter formal o material que

520 SEGRETO, Antonio, Gaetano DE LUCA. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. 3ª ed. Milano, Giuffrè 1999, p. 315.

521 Ibid., pp. 313-314.

522 BENUSSI, Carlos. Il nuovo delitto di abuso di ufficio, cit., p. 65.

523 LATTANZI, Giorgio, Ernesto LUPO. Codice penale. Ressegna di giurisprudenza e di dottrina. Vol. VI. Milano, Giuffrè 2000, p. 12.

524 SEGRETO, Antonio, Gaetano DE LUCA. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, cit., pp. 102-106.

el funcionario pueda realizar en el ejercicio de sus tareas, extendiéndose tanto a los actos jurídicos como a todas las actividades materiales y técnicas que realiza el funcionario y que no significan la modificación de situaciones jurídicas específicas vinculadas a su sola emanación[525]. De ello se deduce que no es imprescindible que el funcionario sea competente específicamente para realizar la actividad, únicamente se requiere que el acto no resulte completamente ajeno al ámbito de atribuciones del funcionario o que, cuando menos, la acción presente una relación directa con el círculo de competencias del funcionario o de la oficina o entidad donde éste presta sus servicios[526].

Así, se tiene por suficiente que el funcionario se halle dentro de sus competencias genéricas, es decir en relación con el desempeño de su función aunque no corresponda a su específica competencia dentro del reparto interno de funciones de la administración, con lo que se asume una interpretación similar a la italiana, pero también cercana a la alemana porque, dicho de otra forma, ha de exigirse una relación funcional entre el acto y el desempeño de la función[527]. En todo caso, no se trata de cualquier posibilidad fáctica, que también podría poseer el particular, sino de aquellas que pese a significar una extralimitación de sus tareas, son proporcionadas por el cumplimiento normal de sus obligaciones legales[528].

A juicio de OLAIZOLA NOGALES esta conclusión cobra fuerza desde la perspectiva del bien jurídico, no existe necesidad de un acto

525 VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario, cit., pp. 201, 197, 195, comentando el texto del CP anterior.

526 RODRÍGUEZ PUERTAS, María José. El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. Pamplona, Aranzadi 1999, p. 205. VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario, cit., p. 198.

527 OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 272-273. DE LA MATA, Norberto, Xabier ETXEBARRIA. Malversación y lesión del patrimonio público, cit., p. 77.

528 VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario, cit., pp. 198-199.

propio de la función, no sólo porque ningún reparto interno va a prever una competencia funcional para afectar los bienes de la Administración pública[529] o porque dicho reparto específico de competencias es en muchos casos coyuntural y dinámico en función de los criterios organizativos de cada momento, sino porque estos bienes jurídicos pueden ser afectados aún cuando el funcionario no ejerce su competencia específica estricta[530]. Como precisa a su vez RODRÍGUEZ PUERTAS, 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 sus competencias para efectuarlos, no son totalmente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que de facto puede 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[531].

529 Así también VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario, cit., p. 201. RODRÍGUEZ PUERTAS, María José. El delito de cohecho, cit., p. 206.

530 OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 273-274.

531 RODRÍGUEZ PUERTAS, María José. El delito de cohecho, cit., p. 206. Con un criterio más casuístico, VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario, cit., p. 200, resume la posición del Tribunal Supremo español para admitir, a propósito del cohecho, el acto en ejercicio del cargo: «a) cuando el acto entra dentro de las tareas que legítimamente pueden serle encomendadas al funcionario por sus superiores; b) cuando la confección del acto pertenece evidentemente a la competencia de la oficina donde el funcionario desarrolla sus tareas; c) cuando por tener encomendada la tramitación de los asuntos aquél tiene encomendada su guarda y custodia (quien puede lo más puede lo menos); d) cuando por estar destinado a determinado organismo aprovecha su libre acceso para conseguir unos impresos; e) cuando el acto o la omisión, entren o no dentro de las facultades o cometidos legalmente asignados al funcionario, no resulten manifiestamente extraños a él».

Antes bien, en otras ocasiones y en atención a la propia estructura del tipo, la doctrina y la jurisprudencia españolas han restringido, como es común en el Derecho penal alemán y el italiano, el sentido de expresiones no equivalentes a las del cohecho, referidas al acto relativo al «ejercicio de su cargo». Así acontece por ejemplo en los tipos de malversación donde se alude a los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo «por razón de sus funciones» (arts. 432.1 y 433), terreno en el que prácticamente reina acuerdo para limitar el sentido de esta última expresión a aquellas situaciones en las que el funcionario posee los bienes en virtud de sus competencias específicas, descartándose tanto la mera ocasionalidad y las posesiones o tenencias de facto, al igual que las derivadas de una simple competencia general[532].

§ 36. A mi juicio la relación funcional descrita en el art. 401 del CP peruano con la expresión «por razón de su cargo» debe interpretarse conforme al desarrollo previsto en el Derecho comparado a propósito del cohecho[533] y que se acaba de explicar, no tanto por la consideración del enriquecimiento ilícito en nuestro CP como una forma de corrupción, como por el carácter subsidiario de este delito y la razonable amplitud que para estos fines puede dispensar la noción de acto en el ejercicio del cargo dentro del sistema alemán, italiano y español. En ese sentido, el art. 401 delimita la punición del enriquecimiento frente a aquellos comportamientos que derivan del ejercicio funcional, sin necesidad de que expresen el desarrollo de una competencia específica sino únicamente general, en los términos antes explicados.

532 Así, ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Barcelona, J.M. Bosch 1999, pp. 156-157. MORÁLES GARCÍA, Oscar. Los delitos de malversación. Barcelona, J.M. Bosch 1999, pp. 197-202, refiriéndose incluso a la concreta vinculación a las formas de expresión jurídico-administrativas como criterio delimitador de la razón de las funciones.

533 ÜBERHOFEN, Michael. La corrupción en el Derecho comparado, cit., p. 48, en el marco de un amplio estudio que comprendió a países de Europa continental, U.S.A., Japón, algunos de Sudamérica y del Cercano Oriente, observó que comúnmente se exige el vinculo funcional, «aún cuando no exista para el caso concreto la competencia territorial o material», Vid. también pp. 54ss.

Esta orientación ha sido adoptada, no sin matices propios, por la doctrina peruana[534]. BRAMONT ARIAS apostó más bien por una interpretación demasiado amplia, sin duda motivada en la distinta redacción prevista en el art. 361-A del CP derogado («por razón del cargo o de sus funciones»), pero que en todo caso merece restricciones. Comentando la norma anterior, explicó que el enriquecimiento podía operar de dos maneras: *propter officium* (por razón del cargo) o *in officio* (en la función), o sea en el acto del cumplimiento de su cargo o a causa de sus funciones. En efecto, en el llamado enriquecimiento *propter officium* «es necesario un nexo de causalidad, y no sólo ocasional, entre el cargo y la utilidad económica. El cargo puede dar causa a la utilidad económica por medio de un acto realizado o de un acto que va a realizarse». Sin embargo, entendió que en los casos *in officio* «basta un nexo ocasional, una relación de contemporaneidad entre la utilidad económica y el ejercicio de las funciones. Por lo tanto hay enriquecimiento, aunque la utilidad económica tenga por causa motivos particulares»[535], extensión que, bajo la actual redacción del art. 401, no puede admitirse porque en estricto el funcionario ya estaría actuando como un particular y no en el ejercicio, siquiera, de una competencia general que permita advertir esa relación funcional que se exige en el Derecho comparado.

Mayor concordancia con lo aquí sostenido y, en definitiva con la actual redacción del tipo, guarda GÁLVEZ VILLEGAS pues a su juicio

534 Con la clara excepción de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 480ss., quien cifra el injusto en la no justificación del incremento patrimonial por parte del funcionario, quedando por indicar que si bien pone de relieve que el enriquecimiento debe derivar del ejercicio de la investidura (p. 478), otorga a esa relación funcional una importancia secundaria, no central en la fundamentación del injusto, con lo que se relaja el Derecho penal de acto. Así, más importante que la riqueza se impute al ejercicio del cargo, será que el funcionario no satisfaga un mero deber de justificación, inexistente según se ha sostenido.

535 BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de derecho Penal. T. IV, cit., pp. 80-81, Vid. también p. 78, sujeto activo «puede serlo sólo un funcionario o servidor público, que ejerció un cargo en la administración pública (...), aún fuera de su competencia funcional».

no basta el enriquecimiento de un funcionario o servidor público, para configurar la conducta típica necesariamente tenemos que vincularlo al ejercicio de la función o, más ampliamente, en razón del cargo[536], la expresión «por razón de su cargo» permite que «sean punibles también 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, aún cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete»[537].

Por su parte, ROJAS VARGAS entiende que el nexo «por razón del cargo» implica, en cuanto aquí interesa, que el enriquecimiento se realice «mediante el prevalimento del cargo sin requerir que necesariamente se ejercite actividades de función o servicio», pudiendo abarcar claras situaciones de abuso del cargo, esto es «un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco del prevalimento manifiesto»[538]. Así, coincide con la interpretación de FRISANCHO/PEÑA[539] y ANGELES/FRISANCHO[540], cuando expresan por igual que la exigencia por razón del cargo implica que el funcionario se haya «aprovechado del cargo para incrementar su patrimonio».

5.3.3 Fuentes del enriquecimiento «por razón del cargo»

§ 37. En una perspectiva más bien casuística se ha planteado en la doctrina nacional la cuestión acerca de qué comportamientos pueden admitirse, dentro de los alcances del art. 401 del CP, como fuen-

536 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 153.

537 Ibid., p. 152.

538 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit. pp. 469-470, Vid. también p. 463.

539 FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Los delitos contra la administración pública, cit., p. 355.

540 ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. CP. Vol. VII, cit., p. 3283.

tes de enriquecimiento. No reina acuerdo sobre el particular, se ha sostenido que el incremento patrimonial puede derivar de infracciones jurídicas extrapenales, es decir civiles o administrativas principalmente, e incluso de delitos comunes[541] o contra la administración pública[542]. La postura más amplia ha sido defendida por ROJAS VARGAS, a su juicio, la expresión típica por «razón del cargo» otorga relevancia a todas estas formas de incremento patrimonial[543].

Si se parte de la subsidiaridad del tipo y de la exigencia de esa relación funcional entre el resultado de enriquecimiento y el desempeño del cargo, entonces el ejercicio casuístico no es necesario. Cabe aclarar sin embargo que la función de recojo o subsidiaria de la norma impide, per se y siempre que se quiera respetar el *ne bis in idem*, que el incremento patrimonial derive de otro delito *perseguible* de funcionario previstos en el CP o en la regulación complementaria. Si éste se haya descubierto y se considera probado, deberá sancionarse al funcionario con la pena prevista para el injusto que específicamente abarque su conducta. Antes bien, como se ha señalado también en la doctrina nacional, si el delito de funcionario específico no puede perseguirse, por ejemplo porque ha operado la prescripción, siempre podrá recurrirse al tipo del art. 401 precisamente por su carácter subsidiario o residual[544].

---

541 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 242-243, para quien no cabe el origen en otros delitos de funcionario debido a la subsidiaridad del tipo, pero implícitamente admite que el enriquecimiento derive de delitos comunes. Similar, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., pp. 291-292. Cercano, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 145.

542 ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. CP. Vol. VII, cit., admiten de modo expreso como fuente otros delitos de funcionario (p. 3284) y niegan el origen en delitos comunes (p. 3283). Igual, FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 355, 356. En contra, PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PE. Vol. IV. Lima, Sagitario 1990, p. 338. BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de derecho Penal. T. IV, cit., p. 78, aunque no de modo expreso.

543 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 462, 469.

544 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 484-485.

Pueden admitirse a su vez determinados casos de enriquecimiento derivados de delitos de dominio, comunes o especiales no vinculados a la función pública, por una parte puede sostenerse que aquí el funcionario actúa como particular, pero también puede ocurrir que éste se sirva del cargo para facilitar o determinar la consumación o impunidad de alguno de estos ilícitos, por ejemplo el alto funcionario de la administración tributaria que durante años evade el pago del impuesto a la renta mediante declaraciones falsas, porque evita a través de su poder funcional todo tipo de control administrativo en su contra[545]. En todo caso, menor resistencia ofrece la posibilidad de sancionar hechos semejantes como enriquecimiento ilícito, allí donde no pueda perseguirse el delito de dominio, en el caso penal tributario por ejemplo si la autoridad administrativa no decide la persecución, es decir si falta la condición de procedibilidad prevista, todavía, en el art. 7 del D.Leg. N° 813.

Además de esta función residual, puede reivindicarse una función de complementariedad frente a los vacíos de punición de la actual regulación de los delitos contra la administración pública del CP peruano[546]. Así se ha reconocido para determinados casos de infracciones funcionales que, sin ser delito, determinan un incremento patrimonial a favor del funcionario[547]; por ejemplo el funcionario municipal que otorga una licencia ilegal recibe, al cabo de un tiempo,

545 Debe tomarse en cuenta que el D.Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria, no prevé una agravante específica vinculada a la función pública, como sí lo hace la Ley N° 26461 de Delitos Aduaneros (art. 9). Dado que el hecho podrá subsumirse también en el art. 401 del CP, tampoco es aplicable al caso la agravante genérica del art. 46-A que incorpora en el pf. 3 la prohibición de doble valoración o principio de inherencia.

546 Así parece haberlo entendido en su día el citado fallo administrativo de 7 de enero de 1931 de la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional, que sancionó por enriquecimiento ilícito al ex Presidente Augusto Bernardino Leguía Salcedo e hijos, bajo consideraciones de graves infracciones administrativas, que en algunos casos parecían haber dado lugar a delitos no comprobados, vid. considerandos 1-10.

547 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 485. CANCINO MORENO, Antonio José, Maruja TOSCANO DE SÁNCHEZ. El delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 36.

un regalo de gran valor de parte del «favorecido» por la decisión edil[548]. Finalmente, debe rechazarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales, la base mínima de la responsabilidad penal se cifra en la infracción de deberes funcionales.

5.4 El resultado material de enriquecimiento

5.4.1 Noción de enriquecimiento

§ 38. El enriquecimiento es el resultado material del delito[549]. En la doctrina argentina y colombiana se entiende que el concepto de enriquecimiento es consustancial al incremento patrimonial del funcionario público, súbito o paulatino, y que puede consistir tanto en un aumento del activo, es decir del conjunto de bienes y derechos estimables en dinero, o con valor económico, como en una disminución del pasivo, entendido como aquellas cargas, gravámenes o deudas que soporta el patrimonio del sujeto[550]. Así lo aclaró además la Ley 25188 que reformó en 1999 el art. 268(2) del CP argentino a fin de considerar que «hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban».

---

548 Este supuesto podría incardinarse dentro del tipo de corruptela del CP alemán (§ 332 StGB), Vid. KÜHL, Kristian. En: Lackner/Kühl. StGB mit Erläuterungen, cit., § 332/3ss., pero no dentro de los estrechos márgenes del art. 393 de cohecho pasivo propio del texto peruano que no prohíbe la aceptación de prebendas por actos anteriores.

549 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 46. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., 468. FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Delitos contra la administración pública, cit., p. 356. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 122.

550 NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de DP. PE, cit., p. 441. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII, cit., p. 366. CREUS, Carlos. DP. PE. T. 2, cit., p. 324. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública, cit., p. 199. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública. Medellín, Dike 1995, p. 315.

Antes de la reforma mediante la Ley N° 27482, la legislación nacional no ofrecía parámetros objetivos para delimitar el concepto de enriquecimiento, por lo que era necesario acudir a otros referentes normativos para dotar de contenido al término. Actualmente el pf. 2 del art. 401 del CP se refiere al «aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal», condiciones que reflejan el incremento patrimonial en el sentido de aumento del activo o reducción del pasivo[551]. Del pf. 2 también se deduce que para medir este incremento será necesario tomar en cuenta la declaración jurada del funcionario público que, conforme al art. 41 de la Constitución, el art. 3 de la Ley N° 27482 y el art. 7 de su Reglamento, el D.S. N° 080-2001-PCM, debe efectuar al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión, cargo o labor, conforme al formato previsto en el Reglamento. Dicha declaración debe ser publicada (art. 6 de la Ley, arts. 13 y 14 del Reglamento) y debe contener todos los ingresos, bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados, tanto en el país como en el extranjero (art. 3 de la Ley, art. 5 pf. 1 del Reglamento).

Se entiende por ingresos las remuneraciones y toda percepción económica sin excepción que, por razón de trabajo u otra actividad económica, reciba el funcionario y el servidor público» (art. 4 pf. 2 de la Ley). Con más precisión señala el Reglamento que los ingresos, bienes y rentas, comprenden las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados

551 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 460, se refiere a la necesidad de realizar una comparación entre la situación *ex ante* y *ex post*. Pero a juicio de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 480, cabría aún preguntarse si la medida del enriquecimiento debe efectuarse tomando en cuenta el momento de la «sospecha» o «todo el período laboral del funcionario». Sin embargo, esa cuestión será relevante sólo si se parte de que el tipo sanciona la omisión de justificación del enriquecimiento, lo que aquí se descarta para dar paso a una comprensión del resultado de enriquecimiento como objetivamente imputable al ejercicio funcional, en cuyo caso carece de valor la discusión sobre los referentes temporales de comparación.

por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante y todo aquello que reporte un beneficio económico al obligado (art. 5 pf. 2 del Reglamento). La omisión del deber de efectuar la declaración no es delito como en Argentina, Bolivia y Honduras, sino una mera infracción administrativa sancionable conforme al art. 9 del Reglamento según los términos del D.Leg. N° 276 para quienes formen parte de la carrera administrativa y, en para los otros funcionarios, con inhabilitación de un año para contratar con el Estado o desempeñar funciones o servicios públicos.

Estos referentes administrativos no hacen del art. 401 del CP un tipo penal en blanco, no convierten el «enriquecimiento» en elemento normativo del tipo, ni exhiben alguna forma de complementariedad[552]. Simplemente son criterios administrativos, o más concretamente, la base de un posible indicio de enriquecimiento indebido que debe tomarse en cuenta para emitir el juicio de tipicidad. A ello abona el hecho de que no todos los funcionarios y servidores públicos están legalmente obligados a realizar dicha declaración sino sólo los referidos en el art. 2 de la Ley y en el art. 3 del Reglamento. De este modo, cuando el funcionario no se encontrara obligado a formular la declaración o si omite dicha obligación, podrá tomarse en cuenta otros elementos de prueba como la declaración del impuesto a la renta y los «signos exteriores de riqueza» en general[553].

552 La remisión a determinaciones que se hayan fuera de la órbita penal suele efectuarse mediante tres técnicas de complementariedad: 1) la *complementariedad de derecho* mediante leyes penales en blanco, 2) la *complementariedad normativa-conceptual* canalizada mediante elementos normativos típicos y, 3) la *complementariedad de acto* mediante cláusulas de autorización. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. DP económico. PG, cit., p. 121. CARO CORIA, Dino Carlos. DP del Ambiente, cit., p. 372.

553 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 465. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 479.

§ 39. En cuanto a la entidad del incremento patrimonial penalmente relevante, la descripción típica del pf. 1 del art. 401 del CP no establece una exigencia de enriquecimiento «apreciable» o «con significativo exceso», como sí precisa el art. 268 (2) del CP argentino o el art. IX de la CICC, respectivamente. No obstante, aunque ello podría deducirse de la expresión típica «se enriquece» que a juicio de ROJAS VARGAS enfatiza «un estado de real y marcada prosperidad económica»[554], la cuestión ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el pf. 2 del art. 401, según la cual es necesario un incremento patrimonial «notoriamente superior», lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario.

En todo caso, no puede señalarse en estricto que aquí rige el principio de insignificancia, lo protegido no es el patrimonio de un particular que permite el enriquecimiento del funcionario, sino los diversos bienes de la administración pública potencialmente afectados a raíz del incremento indebido, pudiendo darse casos de incrementos poco significativos pero de gran eficacia lesiva[555]. De esta manera, la exclusión de la relevancia penal sólo puede obedecer a razones de oportunidad o conveniencia político criminal: dificultades probatorias y grandes márgenes de duda que se resolverán con el *in dubio pro reo*, fácil justificación de los incrementos menores, etc.

La ausencia de un criterio cuantitativo que defina el significado de «notoriamente superior» puede determinar un gran margen de

554 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 466. Le sigue, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 479-480. Ya antes, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., pp. 292-293, para quien «algo» de la exigencia de notoriedad del incremento «queda aún en el art. 41 de la Constitución de 1993» (p. 293).

555 En Austria se recurre a una cláusula de insignificancia que en todo caso no depende sólo del valor de la «dádiva», ÜBERHOFEN, Michael. La corrupción en el Derecho comparado, cit., p. 49, nota 165, pero en general los diferentes ordenamientos se sirven de criterios de adecuación social o similares (pp. 50-52).

inseguridad. Pero tampoco sería conveniente la instauración, *de lege ferenda*, de una suma fija que delimite lo penalmente relevante porque ello no atendería a la muy distinta situación económica de los funcionarios de todos los niveles de la administración pública. Esto no ocurriría si se adopta un criterio cuantitativo a determinar por el Juez, por ejemplo si se establece que se considera delito el incremento equivalente a tantas veces el sueldo del funcionario o los bienes declarados cuando exista esa obligación. Así se contaría con un estándar que atiende a la concreta situación económica del funcionario, pero se planteará el problema respecto a si el dolo debe abarcar el conocimiento de que el incremento supera ese límite determinable o si el traspaso de dicho margen es sólo una condición objetiva de punibilidad.

5.4.2 El objeto material del «enriquecimiento»

§ 40. Se ha discutido también si el objeto material vinculado al resultado de incremento patrimonial debe delimitarse, por deducción a partir del art. 401-A del CP que se enmarca dentro de los delitos de corrupción, entre los que cuenta por sistemática general el enriquecimiento ilícito. Así, como el art. 401-A ordena la incautación de todos los «donativos, dádivas o presentes» podría estimarse que sólo son relevantes los enriquecimientos logrados a través de dichos objetos[556].

Tal interpretación no debe prosperar, no sólo por el argumento formal de temporalidad, en el sentido que el art. 401-A fue incorporado mediante el D. Ley N° 25489 de 10 de mayo de 1992, es decir luego de ponerse en vigor el tipo del art. 401 en abril de 1991. El art. 401-A regula con suma imperfección, como se desarrolla posteriormente[557], una consecuencia procesal a partir de la cual difícilmente

556 Así lo pone en duda, ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 466-467. Similar, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 482-483.

557 Vid. infra. Cap. IV.

podrán extraerse consecuencias normativas sobre los alcances de la tipicidad. Es más, no existe razón aparente para limitar sus alcances a los delitos de corrupción, pudiendo extenderse a los casos de peculado o concusión en los que también existe un objeto material de carácter patrimonial obtenido ilícitamente[558].

De otro lado, si el enriquecimiento puede operar, por definición, mediante una disminución del pasivo entonces difícilmente la condonación de una deuda o el no cobro de ésta hasta que prescriba la acción civil, podrán equipararse a «donativos, dádivas o presentes». Es más, si como se ha indicado debe concederse relevancia penal a la violación de deberes funcionales para dejar de pagar tributos fraudulentamente, ello no podría lograrse mediante una interpretación restrictiva del objeto material que terminaría por contraer la función subsidiaria y de complementariedad del delito de enriquecimiento ilícito. En consecuencia, el objeto material debe entenderse en sentido amplio, es decir como todo medio a través del cual pueda lograrse el incremento patrimonial[559], 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[560].

---

558 Incluso fuera de los alcances de la regla general del decomiso del art. 102 del CP, la prevista en el art. 401-A, sin perjuicio de sus propias particularidades frente a la anterior, no se limita expresamente a los «donativos, dádivas o presentes» derivados de los delitos de corrupción, como si lo hace el art. 431 del CP español que se limita únicamente a las consecuencias del cohecho y tráfico de influencias, Vid. MORÁLES PRATS, Fermín, María José RODRÍGUEZ PUERTAS. «Del tráfico de influencias». En: Quintero Olivares, Gonzalo (Dir). Comentarios al nuevo CP, cit., p. 1959.

559 ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito, cit., p. 53. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 242, se refiere en general a «bienes muebles e inmuebles».

560 DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, cit., pp. 102-104, refiriéndose a aquellos «bienes respecto de los cuales el servidor se conduzca como dueño».

5.4.3 Momento del enriquecimiento

§ 41. El art. 401 sólo describe al funcionario «que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente», no señala cual es el momento en que debe operar el enriquecimiento. Pese a ello, si se entiende que el tipo penal no incrimina al funcionario por el hecho de ejercer la función pública, sino porque se sirve del cargo, entonces debe admitirse con toda claridad que el incremento pueda manifestarse «durante» el efectivo ejercicio de dicho cargo[561].

La doctrina nacional no suele admitir que el incremento opere antes de haberse desempeñado el cargo o después de haber cesado en éste[562]. Estos casos pueden ser bastante comunes y de suma relevancia desde el punto de vista de los bienes de la administración pública, así el funcionario nombrado o elegido para desempeñar un puesto público podría recibir dádivas a cambio de hacerlo en un determinado sentido, al momento de tomar posesión y ejercer el cargo, ello se viene discutiendo actualmente a propósito del famoso caso del ex Congresista Alberto Kouri Bumachar, quien recibió del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres una suma de dinero para cambiar de tienda política al asumir el cargo de Congresista y votar con el partido del Gobierno. Algo similar puede acontecer, por ejemplo, si el funcionario de una institución reguladora de servicios o sectores específicos favorece a una determinada empresa «omitiendo sus funciones de control», y acepta tras haber dejado el cargo un cuantioso contrato de trabajo o un premio público en dinero, por parte de dicha empresa como reconocimiento a «su recta labor de control».

561 Así ya PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PE. Vol. IV, cit., p. 339.

562 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 291. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., p. 242.

Debe admitirse la relevancia penal del enriquecimiento anterior al ejercicio del cargo[563], el art. 401 del CP peruano se refiere en general al funcionario que «por razón de su cargo», lo que denota una neutralidad temporal en cuanto al incremento patrimonial. No se recurre pues a expresiones como «durante el tiempo de su encargo» del art. 353 del Anteproyecto de CP de Sinaloa, «posterior a la asunción de un cargo» del art. 268 (2) del CP argentino[564] o el art. 346.4 del CP costarricense, o «desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones» del art. 477 del CP de Puerto de Rico.

En esa medida, la norma nacional no erige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio del cargo[565], sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento debe ser objetivamente atribuible al ejercicio del cargo. Así también lo considera la doctrina y la jurisprudencia italiana, pese a que el art. 323 del CP no reprime expresamente como abuso de oficio el enriquecimiento anterior, a juicio de BENUSSI «sujeto activo podrá serlo también el funcionario público que se halla en estado de excedencia o expectativa. En efecto, como ha observado correctamente la jurisprudencia, la excedencia no constituye una suspensión de la relación de empleo público, sino sólo una suspensión de la obligación de prestar servicio que no disminuye las obligaciones a cargo del funcionario público»[566].

563 Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 477.

564 Razón por la cual Carlos CREUS (DP. PE. T. 2, cit., p. 324), rechaza la relevancia del incremento patrimonial anterior a la asunción del cargo.

565 De distinta opinión MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública, cit., p. 314. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública, cit., p. 202. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la administración pública, cit., p. 252, para quien es necesario entender que la expresión «por razón del cargo o de sus funciones» del art. 148 del CP colombiano «apunta a la mera exigencia de una "causalidad general"». Similar, BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., pp. 80-81.

566 BENUSSI, Carlo. Il nuovo delitto di abuso di ufficio, cit., p. 49.

El problema de la punición del enriquecimiento posterior ha sido expresamente resuelto en otras regulaciones. Aunque ya la Ley venezolana de 31 de marzo de 1964 se refería en la definición de enriquecimiento al funcionario que desempeñaba el cargo o hasta «dentro del año siguiente a su cesantía», este problema ha merecido mayor atención recientemente. Así, la reforma de 1999 del art. 268 (2) del CP argentino incorporó la posibilidad que el incremento se suscite «hasta dos años después de haber cesado» el funcionario en el desempeño del cargo[567], por su parte, a diferencia de su antecesor de 1980, el CP colombiano de 2000 prevé en el art. 412 que el enriquecimiento del «servidor público» pueda manifestarse hasta «en los dos años siguientes a su desvinculación».

En el caso del CP peruano, partiendo de que el art. 401 no incluye la circunstancia temporal en la tipificación del comportamiento, un sector admite que el resultado de enriquecimiento se produzca con posterioridad al cese en las funciones[568]. A esta posibilidad se opone ABANTO VÁSQUEZ porque entonces el enriquecido «ni es ya funcionario público, ni los actos de enriquecimiento pueden ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones»[569]. Pero no queda claro porque el autor había indicado que sujeto activo puede serlo incluso «un ex funcionario, siempre que el "enriquecimiento ilícito" que se le imputa provenga de hechos cometidos durante el tiempo en que desempeñó funciones públicas»[570]. Del mismo

567 El art. 259 del texto argentino, tras la reforma de 1963, se refería al funcionario que «durante su desempeño o dentro de los 3 años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar», posibilidad que excluyó la reforma de 1964 que derivó la sanción del enriquecimiento ilícito al art. 268 (2) con otra redacción.

568 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 46. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 465, siempre que el enriquecimiento esté en «vinculación causal con el período de ejercicio funcional».

569 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 478.

570 Ibid., p. 477.

modo, no se entiende porque en otra contribución sostiene que «El tipo penal no exige (...) que el sujeto haya sido "funcionario público" (en sentido penal) en el momento mismo en que tal enriquecimiento se produce efectivamente»[571].

§ 42. El argumento de ABANTO que en el incremento posterior los actos de enriquecimiento no pueden reputarse como efectuados «durante el ejercicio de las funciones», no sólo introduce una exigencia ajena al tipo («durante») sino que debería conducirle a negar la relevancia del incremento anterior, lo que más bien admite[572]. Asimismo, cuando objeta que el sujeto ya no es funcionario si el incremento es posterior, adopta una interpretación literal y restrictiva, dejando de lado que la condición de funcionario se erige como fundamento del disvalor de la acción. En ese sentido, carece de relevancia la posición del sujeto frente a los bienes de la administración pública al tiempo del resultado de incremento patrimonial, lo importante es que éste sea objetivamente imputable al ejercicio ilícito del cargo.

Ello refleja que difícilmente puede otorgarse soluciones diferentes a los casos de enriquecimiento anterior y posterior al ejercicio del cargo. O se asume una simple regla causal según la cual el ilícito ejercicio del cargo determina el enriquecimiento del funcionario, o se recurre más bien a criterios de imputación objetiva en donde la causalidad deviene en irrelevante, pudiendo admitirse que el incremento patrimonial (resultado) opere antes o después que el propio ejercicio ilícito del cargo (acción). Aquí no se llega a sostener la admisión de enriquecimientos anteriores a la propia existencia de la función pública, por ello el problema central para admitir la relevancia de los casos de incrementos posteriores al cese del cargo, se cifra en aceptar que el resultado de enriquecimiento, y en consecuencia la consumación,

571 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 92.

572 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 477.

pueda alcanzarse en un momento en que el objeto de la acción[573] (la función pública)[574], a pesar de haber estado presente cuando se ejerció ilícitamente el cargo, ha desaparecido[575].

Aunque los estudios relativos a la aplicación de las reglas generales de la imputación a los casos de variación del «status» jurídico-penal del objeto de la acción se halla aún en sus inicios, se han planteado diversas alternativas en la dogmática alemana y española orientadas a evitar, *de lege lata*, vacíos de punición frente a casos merecedores y necesitados de injerencia penal[576]. Como precisa SILVA SÁNCHEZ, «Desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creado por la acción, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica», así, «la norma prohíbe crear riesgos para objetos de la acción probables y a este respecto resulta irrelevante el que el cambio de *status* del objeto de la acción tenga lugar antes o incluso después de la incidencia de la acción sobre el mismo (siempre y cuando se den las condiciones de imputación objetiva y subjetiva)»[577].

---

573 Definido por JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG, cit., p. 247, como «objeto del mundo exterior sobre el que recae, o en relación con el cual se realiza, la acción del hecho».

574 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., p. 91. Estimo que el objeto de la acción no es el patrimonio materia del enriquecimiento, si el delito se comete «por razón del cargo», la acción recae precisamente sobre la función pública, afectada mediante la violación del especial deber del funcionario.

575 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 465, 470, admite la relevancia del enriquecimiento posterior en bases a criterios causales. Semejante, CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública, cit., p. 420, le siguen ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. CP. Vol. VII, cit., p. 3285, y FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Delitos contra la administración pública, cit., p. 357.

576 En nuestro medio se ha difundido el trabajo Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. «La dimensión temporal del delito y los cambios de "*status*" jurídico-penal del objeto de la acción». En: Estudios de DP. Lima, Grijley 2000, pp. 170ss. Con ligeros cambios aclaratorios en: Quintero Olivares, Gonzalo, Fermín Morales Prats (Coords). El nuevo DP español. Pamplona, Aranzadi 2001, p. 759ss.

577 En: Estudios de DP, cit., p. 179.

De esta manera y pensando en casos en los que el objeto no está presente en el momento de la conducta, estima SILVA que el elemento típico objeto de la acción, así como el proceso resultativo con sus respectivos medios y características basta con que concurra *ex post*, *ex ante* lo único necesario es que se observe un sujeto cuya acción, en tanto proceso dinámico, encierra el riesgo de producir el resultado lesivo en el bien jurídico. Así, «Sujeto y acción típica son elementos que deben concurrir *ex ante*, pues son presupuestos de la infracción de la norma/imperativo. No así el resultado y el objeto de la acción» que son elementos de la lesión, a cuyo efecto «es indiferente que en el momento de la acción el objeto -como soporte del bien jurídico- estuviera en un lugar diferente o, sencillamente, no estuviera como tal»[578].

El autor antes citado aclara que esta regla no sólo se extiende a supuestos donde la acción opera antes del cambio de *status* y la incidencia sobre el objeto después, sino también a casos como el que nos ocupa: el enriquecimiento posterior al cese del cargo. En tal sentido se refiere a aquéllos en que «no sólo la acción, sino también la incidencia sobre el objeto -*función pública*- se ha producido antes del cambio de *status*»[579] y más concretamente, cuando el cambio de *status* del objeto se produce para perder todo valor jurídico-penal[580], como sucede tras el cese del cargo que implica la pérdida de la función pública. Aquí la solución es bastante sencilla, si el cambio de status «fuera previsible, afectado por un riesgo relevante y abarcado por el dolo (...), no hay ninguna razón convincente para bloquear la responsabilidad adicional»[581]. Esa previsibilidad de la mutación del *status* (cese del cargo), en ocasiones podría ser perseguida por el funcionario a fin de enervar las consecuencias penales de su enriquecimiento posterior al cese del cargo.

578 Ibid., pp. 181-182.
579 Ibid., p. 182, expresión entre guiones fuera de texto.
580 Ibid., p. 183.
581 Ibid., p. 182.

La regla no varía cuando la incidencia lesiva no es consumativa, es decir cuando el objeto ha sido alcanzado por los efectos de la acción sin que ello equivalga a la consumación formal del tipo[582]. Ello se observa justamente cuando el funcionario ejerce ilícitamente el cargo, afectando con ello el objeto función pública, pero sin consumar el tipo porque el incremento patrimonial opera tras la pérdida del *status* de funcionario y, con ello, la función en virtud de la cual ejerce el cargo. Para este particular caso, SILVA SÁNCHEZ considera que «si la incidencia no es consumativa, entonces de nuevo –aunque haya habido "afectación"- será el resultado menos grave el que determinará el tipo imputable a título de consumación»[583]. Lo que en el supuesto analizado equivale a entender que debería sancionarse el hecho con la pena prevista en el art. 401 del CP, como un delito de enriquecimiento ilícito consumado.

Pero al margen de esta última consecuencia, el valor normativo de estos planteamientos es indiscutible porque se erigen como una propuesta de desarrollo de los presupuestos generales de la imputación objetiva admitidos en el estado actual, aplicados al problema de los cambios de *status* del objeto de la acción. En ese sentido, las conclusiones a las que se arriba no pueden verse afectadas con el argumento formal de una «confrontación con el "principio de legalidad"»[584], porque de ese modo habría que poner en tela de juicio prácticamente todo el desarrollo alcanzado en los últimos años a través de la imputación objetiva, en orden a acotar los alcances de la tipicidad en función de categorías normativas que por lo general,

582 Ibid., p. 183, pone como ejemplo la introducción de una plaga en un espacio natural que lo sigue siendo en el momento de incidir sobre él, pero que pierde tal calificación en el momento de la destrucción de algunos de sus elementos que es cuando debe operar la consumación del delito ambiental conforme al art. 330 del CP español.

583 Así, exactamente, en: El nuevo DP español, cit., p. 770, con algo menos de especificidad en: Ibid., p. 183.

584 Como pone en duda ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?», cit., pp. 90-91.

o casi siempre, no están reconocidas expresamente en la ley penal[585].

Antes bien, cabe aún discutir sobre las consecuencias de una concepción dualista del ilícito penal, según la cual el resultado no cuenta como «consecuencia del azar», ni su desvaloración como mera condición objetiva de punibilidad, sino que se integra en la norma primaria, como producto previsible del comportamiento controlable *ex ante* peligroso del autor[586]. En esa medida, y teniendo en cuenta la atenuación prevista en el art. 16 del CP, puede discutirse si cuando el resultado de incremento patrimonial opera tras el cese del cargo, cabe aún apreciar la misma estructura del delito consumado, como podrá defenderse fácilmente desde una concepción monista del ilícito penal que sólo se basa en el disvalor de la acción[587]. O si más bien debe afirmarse una equivalencia normativa o estructural con la tentativa acabada, en tanto el objeto de la acción desaparece antes de la consumación efectiva[588].

Una solución semejante a ésta última podría ser la más acertada para el caso citado por SILVA de la inyección al moribundo de un veneno que sólo tiene efecto definitivo una vez que éste ha fallecido por otra causa[589], pues aunque el autor ha desplegado aquí toda la

---

585 Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «A manera de presentación: nociones preliminares». En: Roxin, Claus. La imputación objetiva en el DP. Lima, Idemsa 1997, pp. 13ss.

586 ROXIN, Claus. DP. PG. T. I, cit., pp. 319ss. CARO CORIA, Dino Carlos. DP del ambiente, cit., pp. 406ss.

587 Así, MORENO-TORRES HERRERA, Mª Rosa. Tentativa de delito y delito irreal. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, pp. 203ss., 246.

588 SOLA RECHE, Esteban. La llamada «tentativa inidónea» de delito. Granada, Comares 1996, pp. 152ss., quien admite la distinta desvaloración entre la tentativa y la consumación, partiendo de que lo injusto en los delitos de resultado queda plenamente constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado, aunque lo injusto queda ya constituido con el desvalor de la acción, pp. 94ss.

589 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La dimensión temporal del delito y los cambios de "*status*" jurídico-penal del objeto de la acción». En: Estudios de DP, cit., p. 183.

potencialidad de la acción peligrosa, su eficacia lesiva queda interrumpida por una circunstancia accidental. Sin embargo, para admitirse la sanción como tentativa del funcionario que incrementa su patrimonio tras el cese en el cargo, habría aún que construir la justificación político criminal de la tentativa en un delito de peligro abstracto como el del art. 401 del CP[590], así como discutir los argumentos, que no serán pocos, para negar un «desistimiento» de eficacia eximente (art. 18 del CP) allí donde el funcionario renuncia al cargo para incrementar luego su patrimonio.

Quizás una polémica parecida, en todo el ámbito de delitos contra la administración pública, condujo al legislador italiano a zanjar la discusión mediante el art. 360 del CP[591], precepto general que, entre otros casos, permite sancionar como delito consumado al funcionario que pierde tal condición cuando el delito ha comenzado, bastando pues que dicha cualidad esté presente durante el comportamiento típico[592]. Algo similar se aprecia en el art. 176 del CP uruguayo[593] cuyo antecedente suele señalarse en la citada norma del CP italiano[594].

590 Vid. infra § 52.

591 «Art. 360: Cese de la cualidad de funcionario público. Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, o de encargado de un servicio público, o de encargado de un servicio de necesidad pública, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, el cese de tal calidad, en el momento en el cual el delito ha comenzado, no excluya la existencia de éste ni la circunstancia agravante, si el hecho se refiere al oficio o al servicio ejercido».

592 ROMANO, Mario. I delitti contro la pubblica ammnistrazione, cit., pp. 313ss.

593 «Art. 176: Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esa calidad, en el momento en que se cometa el delito cuando éste reconoce dicha circunstancia como causa».

594 RETA, Adela, Ofelia GREZZI. CP de la República Oriental del Uruguay. 5ª ed. Montevideo, FCU 1999, p. 112.

6. EL DOLO COMO ELEMENTO DEL TIPO SUBJETIVO

§ 43. La necesaria concordancia entre el art. 401 y el art. 12 pf. 1 del CP conduce a la conclusión que el enriquecimiento ilícito es un delito doloso. Se ha postulado la exclusión de los supuestos de dolo eventual, «el sujeto debe saber que se está enriqueciendo», pudiendo admitirse sólo el dolo directo[595]. Pero el conocimiento eventual de los elementos de la tipicidad objetiva no sólo puede referirse al resultado de enriquecimiento sino también a los componentes del comportamiento prohibido. Así, el sujeto puede tener un conocimiento probable, no actual pero actualizable, en torno a la vigencia del nexo funcional entre su conducta de enriquecimiento y el ejercicio del cargo, y en tales casos no parece existir argumento para bloquear la responsabilidad por dolo eventual.

§ 44. Es más, como he señalado en otra ocasión[596], está en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso, como precisa RAGUÉS I VALLÈS la concepción de la voluntad como fundamento del dolo «ha sido abandonada –explícita o tácitamente– por la mayor parte de la doctrina»[597]. Un sector de la doctrina alemana y española concreta el dolo mediante la renuncia al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo). Este se circunscribe, en los delitos de resultado como el enriquecimiento ilícito y conforme a la teoría del riesgo, al sólo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilí-

595 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 487. De igual modo, aunque no excluye expresamente el dolo eventual, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. T. I, cit., p. 293.

596 CARO CORIA, Dino Carlos, César SAN MARTÍN CASTRO. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales. Lima, Grijley 2000, pp. 126-128.

597 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, Bosch 1999, p. 18.

cito[598]. De esta forma, obra con dolo quien conoce el peligro típico, mientras que actúa imprudentemente el que no se representa el peligro de su acción o se lo representa pero, debido a una errónea apreciación, no lo considera un peligro concreto[599]. Desde este punto de vista, lo que el sujeto «espere», «confíe» o «desee» carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica o, respecto del resultado, la ha previsto[600]. Con esta teoría cognitiva se supera pues la diferencia entre culpa conciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa sólo a la inconsciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo[601].

Sin embargo, algunas normas del CP peruano parecen otorgar al dolo un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la de-

598 Con diversos matices, FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko. Köln, 1983, pp. 97ss. JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., pp. 312ss. PUPPE, Ingeborg. Vorsatz und Zurechnung. Heidelberg, 1992, pp. 71, 74. BACIGALUPO, Enrique. Principios de DP. PG. 4ª ed. Madrid, Akal, 1997, pp. 224ss. LAURENZO COPELLO, Patricia. «El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». En: El DP español de fin de siglo y el DP latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo. Bogotá, 1999, pp. 174ss. Dolo y conocimiento. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, passim. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, cit., pp. 357ss. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo». En: ADPCP 1996, pp. 795ss. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo». En: CPC 65/1998, pp. 269ss. CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva». En: ADPCP 1996, pp. 289ss. En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO, Percy. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales». En: Cátedra 5/1999, pp. 241-242. Críticamente, ROXIN, Claus. DP. PG, pp. 440ss.

599 CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», cit., p. 297. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona, Bosch 1992, p. 401.

600 FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., pp. 279ss.

601 BACIGALUPO, Enrique. Principios de DP. PG, cit., pp. 230-232.

finición de la tentativa (art. 16) como el comienzo de la ejecución de un delito que se «decidió cometer» sin consumarlo. Pero estas referencias a la intención del autor sólo demuestran que el CP es compatible con las teorías volitivas del dolo, de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. De ser así, *mutatis mutandi*, como en su día objetara Gimbernat Ordeig a Cerezo Mir, se estaría dando «por supuesto lo que precisamente hay que demostrar»[602]. En tal virtud, no puede afirmarse que el CP adopta una determinada concepción dogmática respecto al dolo, los modelos dogmáticos son sólo métodos de interpretación para precisar el alcance de la ley[603]. En todo caso, si bien el CP peruano no establece una definición de dolo, de la regulación del error de tipo (art. 14 pf. 1 del CP) se deduce que su base mínima radica sólo en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de allí que no pueda exigirse condiciones volitivas bajo el argumento del «imperio de la ley».

§ 45. Se ha sostenido también que el tipo de enriquecimiento precisa de un «ánimo de lucro»[604], entendido como la «intención de obtener beneficio patrimonial»[605]. Ello no debe admitirse, al menos no en el sentido por ejemplo del art. 185 del CP que requiere típicamente una particular intención de aprovechamiento («para obtener provecho») distinta del dolo. Una exigencia típica similar no se obser-

602 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP». En: Revista de Estudios Penitenciarios 1966, p. 479.

603 SANTA CRUZ, Julio César. Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal. Inédito. Lima, 2000, p. 3.

604 El fallo administrativo de 7 de enero de 1931 que sancionó por enriquecimiento ilícito al ex Presidente Augusto Bernardino Leguía Salcedo e hijos, precisó la existencia del especial ánimo de lucro, al señalar «Que todos estos negociados o contratos no han podido ser alentados sino por un afán de lucro inmoderado, además del de aportar sumas al erario para subvenir y mantener la desalentada política de derroches que han dejado exhausta a la hacienda nacional» (considerando 9).

605 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 487. Similar, BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 80. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 155.

va en el art. 401, sólo podrá hablarse de «ánimo de lucro» como un componente con nombre propio que, entre otros, integra la voluntad dolosa, y eso si, siempre que se admita que la voluntad sigue rigiendo el concepto de dolo.

§ 46. 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 indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular.

En ambos casos nos hallamos ante el problema de definir las consecuencias del error sobre un elemento típico sensible a una valoración jurídica, es decir la regulación como un error de tipo (art. 14 pf. 1) o de prohibición (art. 14 pf. 2). La discusión no es baladí, 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 éste 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[606], sólo cabrá una atenuación de la pena.

Desde el punto de vista formal, en tanto los elementos de valoración global o normativos están integrados al tipo, puede defen-

606 Así, NIETO MARTÍN, Adán. El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona, Atelier 2000, pp. 269ss.

derse la aplicación de las consecuencias del error de tipo, así se ha señalado también en el Derecho penal económico en relación a los elementos normativos y las leyes penales en blanco, aunque se añaden otras consideraciones dogmáticas y de política criminal propias de ese sector[607]. En el caso de los delitos de funcionario, la doctrina nacional ha venido entendiendo que el error sobre la ilicitud del enriquecimiento debe tratarse como error de tipo, y por ende como un caso de atipicidad[608]. Pero hasta donde alcanzo a ver, la orientación dogmática predominante renuncia a un tratamiento homogéneo de todos estos casos, admitiéndose que pueden dar lugar a casos de error de tipo o de prohibición, incluso en el terreno propio de los delitos de funcionario[609], y dependiendo del significado del desconocimiento para la comprensión de la situación socialmente desvalorada o de la valoración jurídica de aquella.

Frente a estos casos, ROXIN destaca que el criterio general parte de comprender que el dolo, desde la perspectiva del saber, debe abarcar el conocimiento de la situación social y no de la prohibición jurídica, así cuando el sentido social de la circunstancia del hecho es comprensible aún al margen del conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas o subsunciones erróneas sólo podrían provocar un error de prohibición, dejando intacto el dolo, pero si la errada concepción jurídica impide apreciar el sentido social de la actuación, el error sobre el elemento normativo excluye el dolo[610].

607 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. DP económico. PG, cit., pp. 187-188. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. DP económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Lima, Idemsa 1997, pp. 131-132.

608 PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 53.

609 Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 389ss. RODRÍGUEZ PUERTAS, María José. El delito de cohecho, cit., pp. 253ss.

610 ROXIN, Claus. DP. PG. T. I, cit., pp. 462-463.

Esta regla puede trasladarse al terreno de los elementos de valoración global[611], aunque debe distinguirse si se trata de un elemento de *valoración global divisible*, como la «ilicitud» del enriquecimiento del funcionario del art. 401 del CP, o un elemento *no divisible* como acontece en el tipo de omisión de asistencia alimentaria del art. 149. Cuando es *divisible* el dolo debe abarcar sólo aquellos elementos descriptivos y normativos propios del juicio de antijuricidad, pero no el propio juicio de antijuricidad que quedará reservado al nivel de la culpabilidad. De ese modo, siempre que se advierta cuando menos en la «esfera del profano» lo que ha determinado la valoración del legislador[612], si el error «concierne únicamente a la antijuricidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aún cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuricidad como tal»[613]. Así, cuando el funcionario cree que el medio a través del cual se enriquece es lícito no estamos ante un error de tipo sobre el elemento «ilicitud» sino frente a uno de prohibición porque el juicio sobre la «ilicitud» ya es idéntico al juicio legal sobre la antijuricidad del hecho global. Es más, si aquí «se admitiera un error de tipo, se estaría haciendo depender la decisión sobre la punibilidad exclusivamente de las valoraciones subjetivas, en su caso totalmente desacertadas, del propio sujeto, lo cual contradiría el carácter de ordenamiento objetivo del Derecho»[614].

Antes bien, la situación cambia, debiendo estimarse error de tipo, si el error sobre la valoración global del hecho deriva de una circunstancia que haría desaparecer la actuación del funcionario como «ilícita», por ejemplo el fiscalizador que, fuera de los casos de corrupción, mediante una actuación discrecional favorece a un particular y es premiado por su superior con un «aumento de sueldo», pero luego se descubre que esa mayor retribución es parte de la contraprestación

611 Vid. en lo que sigue, ibid., pp. 463-465.
612 Ibid., p. 464.
613 Ibid., p. 463.
614 Ibid., p. 463.

del particular al superior[615]. Los mismos principios deben extenderse al tratamiento del error sobre los elementos normativos, concretamente al error sobre la condición de funcionario público, por ello bastará con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, siendo innecesario que el sujeto se autoreconozca como tal[616]. Luego, el error de subsunción de quien desempeña funciones de la administración pública y sin embargo no se considera a sí mismo «funcionario público», merece ser tratado como error de prohibición[617].

Esta ampliación del dolo, que se acerca a un *dolus malus* en orden a regular más casos como error de tipo, es reconocida también en la doctrina italiana[618] y española. En esta última por ejemplo DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO estima que el dolo debe concebirse como objetivamente malo, de forma tal que el elemento cognitivo abarque la concurrencia en el concreto hecho de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal reconozca desde la perspectiva del Derecho que su conducta está prohibida. Así, lo que el sujeto debe conocer es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento típico, al margen de que sepa o no que ello es un elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico[619]. En consecuencia, los casos de error sobre los elementos normativos pueden calificar como error de tipo cuando se refieren a la concurrencia en el hecho del elemento típico así comprendido, o como error de subsunción irrelevante o

615 Ibid., p. 464, también debe apreciarse error de tipo si éste versa sobre un *elemento de valoración global no divisible*, es decir cuando la comprensión del sentido social de la conducta requiere una valoración jurídica, de modo que ésta se integra al dolo, aún cuando sea casi idéntica al juicio de antijuricidad.

616 RIBEIRO DE FARIA, Paula. «Abuso de poder», cit., p. 780.

617 ROXIN, Claus. DP. PG. T. I, cit., p. 467.

618 Así, con relación al error en el abuso de oficio, LEONI, Michele. Il nuovo reato di abuso d'ufficio. Padova, Cedam 1998, p. 98.

619 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «¿Error de tipo o error de hecho?». En: Quintero Olivares, Gonzalo, Fermín Morales Prats. El nuevo DP español. Pamplona, Aranzadi 2001, pp. 210-211.

conducente a un error de prohibición que sí afecta la culpabilidad[620]. A su vez, el error sobre los presupuestos de la valoración global es un error de tipo, pero si recae sobre la valoración misma equivale a un error de prohibición por coincidir esa desvaloración con la desvaloración jurídica y la prohibición misma[621].

7. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 47. La estructura del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, bajo la configuración formal de delito especial propio[622], determina que la condición esencial de la autoría es la vinculación al deber funcional, de forma que autor puede serlo únicamente quien es funcionario o servidor público dentro de los márgenes del art. 425 del CP y actúe «por razón de su cargo» conforme a los términos ya explicados. Esta delimitación también se aprecia en otros delitos de funcionario como el cohecho o el patrocinio ilegal, siendo importante definir las consecuencias de este punto de partida para la admisión de la autoría mediata y la coautoría (art. 23 del CP), y la participación delictiva, es decir la instigación y la complicidad (arts. 24 y 25). Y ello, además, teniendo presente la posible intervención de *extranei*, es decir de particulares que no ostentan el deber especial pero ejercen una injerencia relevante para la consumación del delito especial.

Las reglas relativas a la autoría y participación delictiva desarrolladas para los delitos de infracción de deber, son compatibles con la

620 Ibid., pp. 211, 213-214, 216. Vid. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error». En: Estudios Jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruíz. Valencia, Universitat de Valencia 1997, pp. 676ss.

621 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error», cit., p. 701.

622 Como se adelantó, no es punible en Perú el enriquecimiento de particulares, lo que si se aprecia en el art. 327 del CP colombiano de 2000.

regulación del CP peruano que, en términos generales adopta una postura diferenciadora entre autoría y participación[623]. En el caso del art. 401 el tipo presupone un funcionario como sujeto activo, esa cualidad constituye el requisito *imprescindible* de la autoría, no equiparable al resto de elementos típicos ordinarios[624]. Entonces, sólo puede ser **autor** en el sentido del art. 23 el *intraneus*, no porque ostente el dominio del hecho, sino porque le compete una obligación específica cuya infracción, comisiva o a través de una omisión equiparable (art. 13 CP), 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[625].

Desde esta perspectiva no puede hablarse en estricto de una «*coautoría*» (art. 23) entre *intranei* sino a lo sumo de una «autoría accesoria»[626], 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, si lo relevante es la vulneración del deber no puede hablarse de una ejecución conjunta de esa vulneración, así el hecho se imputa en su totalidad a los intervinientes[627]. Como aclara SUÁREZ GONZÁLES, si se requiriese para la autoría además de la infracción de deber el dominio del hecho, se llegaría al absurdo de contar con «señores del hecho con

623 PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. Estudio programático de la PG. 1ª reimp. de la 3ª ed. Lima, Grijley 1999, pp. 328ss.

624 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., pp. 352-353, así lo explica en el ámbito de los delitos comisivos recurriendo al tipo de tortura del § 343 StGB que, a diferencia del art. 321 de nuestro CP, considera como autor sólo al funcionario público. En ese sentido, si un particular (*extraneus*) induce a un funcionario (*intraneus*) a realizar torturas, deberá responder a título de partícipe, siendo en todo caso irrelevante a quien puede atribuirse el dominio del hecho.

625 JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., p. 266, en cuanto a los «deberes genuinamente estatales», Vid. pp. 1004ss.

626 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 153, nota 12.

627 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., pp. 355ss.

deber de lealtad, y obligados a lealtad sin dominio del hecho», o a negar la autoría cuando el *extraneus* domina el hecho y el especialmente obligado permanece en un segundo plano[628]. Por lo tanto, es irrelevante que en el caso concreto exista o no una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio de hecho, tampoco si el aporte del especialmente obligado pueda equipararse desde tal perspectiva a una simple forma de participación[629]. Por ello, como indica JAKOBS, más exacta que «delito de infracción de deber» es la denominación «delitos con deber que elude la accesoriedad» (*Delikte mit akzessorietätüberspringender Pflicht*)[630].

Resultados semejantes se han destacado en la doctrina nacional. Así, GÁLVEZ VILLEGAS entiende que el enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber y no resulta aplicable para determinar la coautoría el dominio funcional del hecho, porque aún cuando dos o más personas se pusieran de acuerdo para realizar el delito infringiendo cada una de ellas su especial deber frente a la Administración Pública no conseguirán realizar la conducta de enriquecimiento en forma conjunta, dado que al incorporar los bienes, derechos o activos a su patrimonio o asumir la titularidad de los mismos ya estarán realizando un hecho individual y por tanto cada uno realizará su propio enriquecimiento y su propio delito en calidad de «autor directo, inmediato o ejecutivo»[631]. Pero este autor no es consecuente con estas premisas cuando aprecia coautoría si los agentes comparten una misma unidad patrimonial y la incorporación de los bienes se haga

628 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 154.

629 Así en el ejemplo de Roxin, el co-administrador de un patrimonio que, previo acuerdo con otro co-administrador, lo ayuda a apoderarse de los bienes co-administrados para posteriormente repartírselos entre ambos, debe ser considerado co-autor del hecho aunque no ostente el dominio funcional del mismo, pues de igual modo ha vulnerado el vínculo de lealtad para con su administrado, ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., p. 355.

630 JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., p. 792.

631 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 177-178.

mediando un plan conjunto y preconcebido[632]. Allí también está descartada la coautoría porque cada interviniente infringe el deber de manera autónoma y paralela, lo que no varía por el hecho, sólo relevante para el dominio del hecho, de que alcancen el resultado conjuntamente.

Los mismos criterios deben aplicarse a la *autoría mediata* (art. 23), para observarla será suficiente que el *intraneus* vinculado al deber permita, sin necesidad de reservarse para sí el dominio del hecho, que un *extraneus* o tercero no obligado realice la acción descrita en el tipo[633]. Con ello se arribaría a una solución más satisfactoria al caso del «instrumento doloso no cualificado», si el funcionario se sirve de un *extraneus* doloso para realizar el delito, podrá ser sancionado como autor mediato y el *extraneus* como partícipe[634].

Pero como aprecia BACIGALUPO, el propio ejemplo del administrador expuesto por ROXIN pone de relieve que ya la figura de la autoría mediata resulta aquí innecesaria, pues el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial[635]. Lo contrario, admitir la autoría mediata para estos casos, podría conducir a un desdibujamiento del instituto pues su funcionalidad «no puede consistir en una instrumentalización libre y voluntaria del sujeto de delante», así «Tendríamos que rechazar la idea, no ya del dominio del hecho en esta clase de delitos especiales, sino la de instrumentaliza-

632 Ibid., p. 178.

633 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., p. 360.

634 Ibid., pp. 360ss. Así ya WAGNER, Heinz. Amtsverbrechen, cit., pp. 378ss. JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., p. 784. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación. Barcelona, Cymys 1974, pp. 99ss. En la doctrina nacional, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp.45-46.

635 BACIGALUPO, Enrique. Principios de DP. PG. 4ª ed. Madrid, Akal 1997, p. 373.

ción en el campo de la autoría mediata, resultando injustificado porqué no apreciar en los delitos comunes la autoría mediata cuando el sujeto de delante no está instrumentalizado»[636].

En todo caso, lo contrario, exigir del *intraneus* que viola el deber además el dominio del hecho, determinaría que en los delitos especiales propios, como el enriquecimiento ilícito, tanto el *intraneus* como el *extraneus* resulten impunes. Así, la conducta del *extraneus* sería atípica porque carece del dominio del hecho y, por la accesoriedad limitada como por su desvinculación del deber especial, la participación del *intraneus* también sería irrelevante.

§ 48. Pero ello deja 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 (art. 24) o cómplice (art. 25), según el caso. Así lo indica ROXIN, la participación es «intervención sin infracción del deber especial»[637]. Pero la atribución de esa participación es compleja, sobre todo porque quienes defienden la necesidad de mantener el dominio del hecho, plantean la disyuntiva de atribuir la participación bajo el mismo título de imputación al autor o, renunciando a esa unidad de título, atribuir el hecho en función de otro delito que sí podría cometer el *extraneus*. El caso del enriquecimiento ilícito trae esa dificultad adicional, siendo un delito especial propio la ruptura del título de imputa-

636 HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La autoría mediata en DP. Granada, Comares 1996, p. 318, quien entiende el caso del «instrumento» doloso no cualificado como un supuesto de «actuación en lugar de otro», lo que podría admitirse dentro de los márgenes del art. 31 del CP español que reconoce la actuación en nombre de otra persona natural, posibilidad ajena a la regulación de esta figura prevista en el art. 27 del CP peruano, Vid. MEINI MÉNDEZ, Iván. «El "actuar en lugar de otro" en el DP peruano». En: NFP 62/1999, pp. 135ss. CARO CORIA, Dino Carlos. «La responsabilidad de la propia persona jurídica en el DP peruano e iberoamericano». A publicarse en: RPCP 11/2002, ítem 5.2.

637 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., p. 360. Dogmática penal y política criminal. Lima, Idemsa 1998, p. 363.

ción determinará la impunidad del *extraneus* que ejecuta la acción prohibida al funcionario.

Frente a estas opciones considero que sólo la tesis de la unidad del título de imputación es compatible con el marco de la accesoriedad limitada[638] reconocida en el art. 26 del CP. Según las posturas contrarias que escinden el título de imputación, en los delitos especiales se sanciona únicamente al *intraneus*, los *extranei* sólo serán responsables si algún delito común homologable o subyacente al especial abarca su conducta[639], se parte pues del respeto irrestricto de la responsabilidad penal personal, no se admite que el fundamento de la punición o agravación de la pena del *intraneus* se extienda al *extraneus*. Luego, ya para la determinación de la responsabilidad, se recurre al dominio del hecho, así el *intraneus* será autor del delito especial siempre que gobierne el hecho y el *extraneus* partícipe del delito común respectivo porque su intervención es accesoria. Pero si el *extraneus* detenta el dominio del hecho, será autor del delito común, y el *intraneus* partícipe del delito especial[640].

Pero esta tesis no ofrece una solución satisfactoria desde el punto de vista político criminal a los delitos especiales propios, la ruptura

638 LÓPEZ PEREGRIN, Mª Carmen. La complicidad en el delito. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 86-92.

639 Así por ejemplo, COBO DEL ROSAL, Manuel, Tomás S. VIVES ANTÓN. DP. PG. 5ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1999, pp. 756-757. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. Lecciones de DP. Vol. II. Madrid, Trotta 1999, admiten la ruptura del título de imputación sólo en los delitos especiales impropios.

640 Vid. el ejemplo de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 43, «cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo, autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un "hurto" (art. 185). Al revés, cuando el "dominio del hecho" lo tenía el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboró con aquél sin dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de "hurto" y el segundo como partícipe de "peculado"».

del título de imputación conducirá siempre a la impunidad del partícipe en delitos como el enriquecimiento ilícito de funcionario público. Además arriba a la solución artificial de imputar al *extraneus* e *intraneus* delitos distintos, cuando en rigor se trata de un solo hecho punible[641], y ello porque implícitamente considera que la regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad y de los elementos del injusto, renunciando con ello al principio de accesoriedad de la participación.

Antes bien, si se acepta la unidad del título de imputación entonces la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial, propio o impropio, está asegurada al igual que la punición del *intraneus* como autor del mismo ilícito. Esta postura se apoya en la vigencia del principio de «accesoriedad limitada» de la participación que, más allá de la fundamentación doctrinal, puede deducirse del art. 26 del CP que regula el principio de incomunicabilidad, el cual impide la transmisión entre los participantes del hecho punible, autores y/o partícipes, de las «circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad», dejando intacta, conforme a la accesoriedad limitada, la transmisión de las condiciones del injusto penal. De esta forma, el art. 26 del CP, al igual que el art. 65.1 del CP español o el § 28 (2) del StGB, sólo bloquea la extensión de la circunstancias personales que afectan la culpabilidad y la punibilidad.

Esta interpretación ha sido admitida por la doctrina nacional incluso bajo los términos del CP derogado. Así, HURTADO POZO, al comentar el principio de incomunicabilidad del art. 104 del CP de 1924 precisó que «En nuestro derecho debemos, (...), admitir la "accesoriedad limitada"», pues la incomunicabilidad de las circunstancias «no comprende aquéllas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se

641 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir). Manual de DP. PG. Pamplona, Aranzadi 1999, pp. 630-632, para quien la tesis de la ruptura del título de imputación ha sido progresivamente abandonada en la doctrina y también por el Tribunal Supremo español.

exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tal infracción»[642]. Ya bajo la vigencia del texto vigente, la doctrina admite que el art. 26 del CP establece el principio de incomunicabilidad en el marco de la accesoriedad limitada, admitiéndose la transmisión del autor al partícipe de los elementos del injusto penal y la incomunicabilidad entre éstos de las circunstancias modificativas de responsabilidad, así como las relativas a la culpabilidad y la punibilidad[643].

§ 49. Pero la tesis de la unidad del título de imputación también se ha venido entendiendo en el marco del dominio del hecho[644], lo que no deja de plantear dificultades. De esta forma, si el dominio fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por el *intraneus* como autor[645]. Pero si el dominio del hecho lo detentó el *extraneus*, entonces el delito cometido será común y éste será el autor, mientras que el *intraneus* partícipe de ese delito común[646].

---

642 HURTADO POZO, José. Manual de DP. PG. 2ª ed. Lima, Eddili 1987, pp. 560-561.

643 PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. Estudio programático de la PG, cit., p. 357. Similar, BRAMONT ARIAS, Luis, Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. CP anotado. 2ª ed. Lima, San Marcos 1998, p. 221.

644 Así, LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen. La complicidad en el delito, cit., pp. 87ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Madrid, Akal 1996, pp. 191-192. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. Estudio programático de la PG, cit., p. 338.

645 MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN. DP. PG. 4ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 516.

646 Ibid., p. 516. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 45, volviendo a su anterior ejemplo señala que cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo será cómplice de este mismo delito. Al revés, cuando el "dominio del hecho" lo tuvo el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboró con aquél sin dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de hurto y el segundo como partícipe de ese mismo ilícito.

La inconveniente fusión entre unidad de título de imputación y dominio del hecho, plantea debilidades político criminales en los delitos especiales propios, específicamente cuando el dominio del hecho corresponde al *extraneus* y el *intraneus* se limita a instigar o cooperar, la no calificación especial en el *extraneus* determinará su impunidad y el *intraneus* tampoco responderá porque no existe accesoriedad sin autoría[647]. Otro vacío de punición se presentará en los casos de co-dominio del hecho en el delito especial propio, la intervención del *extraneus* será penalmente irrelevante porque, al no ostentar la calidad especial, no puede atribuírsele coautoría, tampoco complicidad porque su intervención no es accesoria, lo que además conduciría al absurdo de que el *extraneus* es sancionable si es partícipe pero no cuando ya asume el dominio del hecho[648].

Debido a esta interpretación del título de imputación unitario y dependiente del dominio del hecho, en la doctrina nacional ABANTO VÁSQUEZ se halla ante una solución «especialmente insatisfactoria» en el caso del instrumento doloso no cualificado, cuando éste ostenta el dominio del hecho en un delito especial impropio el *intraneus* sólo respondería como partícipe del delito común cometido por el instrumento *extraneus*, mientras que en los delitos especiales propios tanto el *intraneus* como el *extraneus* resultarían impunes[649]. La alternativa adoptada por el autor frente a estos problemas consiste en aceptar, como en la tesis de infracción de deber, la autoría mediata pero con el añadido de «un mínimo de dominio normativo-sicológico» siguiendo a JESCHECK[650], con lo que parece decantarse por una solución

---

647 LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen. La complicidad en el delito, cit., p. 91.

648 Ibid., p. 88, nota 47. MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN. DP. PG, cit., p. 516, entienden que en los casos de coautoría entre un *intreneus* y un *extraneus* cabe que cada uno responda por separado del delito que corresponde a cada uno, pero ello será posible sólo en los delitos especiales impropios.

649 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 45-46.

650 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG, cit., p. 610, «en estos casos el dominio del hecho debe entenderse normativamente (...) La influencia jurídi-

mixta bajo la simultánea exigencia de unidad de título de imputación, dominio del hecho y/o infracción de deber.

Más allá de las críticas que se han levantado contra ese «dominio normativo-sicológico», por alterar el concepto de dominio del hecho[651] o porque un instrumento libre, no sujeto a error o coacción, no puede transmitir su conducta al hombre de atrás para fundar una autoría mediata[652], la propuesta de ABANTO de conjugar unidad de título de imputación y dominio del hecho lo conduce a consecuencias que en definitiva evita sin mayor explicación, quizás porque dentro de ese esquema tampoco pueden excluirse soluciones inconvenientes en el terreno político criminal. Así, concluye por un lado que autor sólo puede ser el *intraneus* que haya actuado con dominio del hecho, mientras que los *extranei* siempre serán partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho[653]. Con ello adopta para los *intranei* la perspectiva del dominio del hecho, para admitir luego los beneficios de la tesis de los delitos de infracción de deber, que parece rechazar en otra parte[654], en el tratamiento del

camente dominante del "hombre de atrás" resulta así decisiva para la autoría (...) debe añadirse asimismo un factor psicológico en el sentido de que el "hombre de atrás" haya determinado al actuante para realizar el hecho. Cabe, por ello, hablar en tales casos de *autoría normativo-psicológica*. Si faltase la influencia sólo habría un delito de omisión del "hombre de atrás"».

651 ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, cit., pp. 699ss.

652 HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La autoría mediata en DP, cit., p. 317, indica además que «no se trata de transmitir al ejecutor la cualificación jurídica, sino al revés, que la conducta del otro se transmita, se proyecte o se incorpore al cualificado jurídicamente; no es el "influjo jurídicamente del hombre de atrás" lo que permite realizar el hecho a través de otro, sino que lo que debe importarse es la conducta del dominio del *extraneus* al dominio del *intraneus*».

653 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 50, ya en el ámbito del delito de enriquecimiento ilícito entiende que «AUTOR del delito es el funcionario público, pero otras personas, funcionarios o particulares, *que intervengan en el proceso de enriquecimiento ilícito mismo* (p.ej. el que permite al funcionario una justificación del enriquecimiento) serán partícipes», pp. 488-489.

654 Ibid., pp. 48-50.

extranei. Ello para retomar el dominio del hecho en los delitos especiales impropios, en donde las posibilidades de impunidad se atenúan, pues concluye que si el dominio lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no, éste será partícipe del delito común que aquél haya cometido[655].

La búsqueda de consecuencias político criminales que no sean insatisfactorias y que tomen en cuenta el merecimiento de pena de la intervención de los *intranei* y *extranei*, es un objetivo irrenunciable[656]. Pero tampoco debería conducirnos a no perseguir un mínimo de coherencia dogmática, que podría lograrse bajo la tesis de la infracción de deber. La unidad del título de imputación no tiene porque definirse, necesariamente, en el marco del injusto de quien tiene dominio del hecho. La accesoriedad del partícipe puede derivar del hecho del autor que sólo infringe un deber, y entonces el título de imputación siempre estará referido a la infracción de ese deber especial que sólo podrá llevar a cabo el *intraneus* como autor. Así parece entenderlo, al menos en sus consecuencias, la doctrina peruana de la parte especial[657], concretamente en relación al enriquecimiento ilícito

655 Ibid., p. 50.

656 LÓPEZ PEREGRIN, Mª del Carmen. La complicidad en el delito, cit., p. 92, 97-98, bien indica que el arribo a consecuencias insatisfactorias en los sistemas diferenciadores -como el peruano- en el marco de la accesoriedad, ha marcado una tendencia dominante hacia el establecimiento de limitaciones a dicho principio a fin de alcanzar soluciones más adecuadas, cubriendo vacíos de punición y limitando la responsabilidad de los *extranei*. Algo parecido acontece en ordenamientos que tradicionalmente han acogido el sistema unitario, como el austriaco (§ 14 StGB), el danés (§ 23 CP) o el italiano (art. 117 en materia de delito especiales impropios), en ellos la tendencia es también a limitar la responsabilidad de los *intranei*, con lo que en la práctica se acercan al sistema diferenciador que acoge la accesoriedad.

657 No es una excepción a la regla la sanción como participe de homicidio (art. 106) al *extraneus* que interviene en un parricidio (art. 107), así ROY FREYRE, Luis. DP. PE. T. I. 2ª ed. Lima, Eddili 1986, p. 125. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PE I. Lima, Ediciones Jurídicas 1992, p. 84. VILLA STEIN, Javier. DP. PE I-A. Lima, San Marcos 1997, p. 68. CASTILLO ALVA, José Luis. Homicidio. Lima, Gaceta Jurídica 2000, p. 137. HURTADO POZO, José. Manual de DP. PE 1. Lima, Juris 1993, p. 27. BRAMONT-ARIAS TORRES, Alberto, María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de DP. PE. 4ª ed.

GÁLVEZ VILLEGAS señala 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, sólo que en calidad de partícipes»[658].

Ahora bien, se ha criticado a los delitos de infracción de deber[659], entre otras cuestiones, su posible confrontación con el principio de legalidad[660], sobre todo por las consecuencias a las que arriba en el tratamiento de los delitos especiales impropios. Pero como acota GARCÍA CAVERO, la presencia de delitos de infracción de deber dentro del CP es innegable, y la diferencia de criterios de imputación respecto de los delitos de dominio es evidente y respeta mucho más el principio de legalidad que el dejar su determinación a puros criterios fácticos de imputación[661]. Tal consideración es pertinente, sin

---

Lima, San Marcos 1998, pp. 48-49. A juicio de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 47, aquí estamos ante una «ruptura formal» del título de imputación, pero en rigor se trata de una consecuencia estricta del art. 26 que bloquea la comunicación de la circunstancia especial de parentesco que modifican la responsabilidad, lo que finalmente admite el citado autor.

658 GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 155.

659 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG, cit., p. 593, nota 30, p. 604 nota 1. MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL, Heinz ZIPF. DP. PG 2, cit., pp. 119, 317-318. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación, cit., pp. 102-103. Vid. la síntesis de SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., pp. 156-160.

660 Así ya, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en DP. Madrid, UAM 1966, p. 298, «Pero Roxin va demasiado lejos. El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice expresamente». DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en DP. Barcelona, PPU 1991, p. 34, nota 17, también, criticando las interpretaciones de Mir Puig, pp. 617ss.

661 GARCÍA CAVERO, Percy. Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, cit., pp. 44-45.

perjuicio de ulteriores desarrollos y de entender en todo caso que, de la presencia formal de delitos de deber en la ley penal, sólo cabe deducir la necesidad de asumir criterios acordes con la necesidad de imputar responsabilidad en ese ámbito normativo, a lo que no se opone el sentido del art. 23 del CP que no define la autoría en términos de infracción de deber o dominio del hecho.

En esa perspectiva podrán adoptarse criterios normativos de imputación que, por su adecuación a la estructura del injusto de infracción de deber, permitirá arribar a soluciones más satisfactorias. Así, en el ejemplo de ABANTO del funcionario que le da la llave al particular para que sustraiga de su oficina los bienes que custodia para que los venda y se repartan el beneficio[662], no cabe sino atribuir autoría de peculado al *intraneu* y complicidad primaria al *extraneu*, el delito se consumó mediante la ruptura de ese deber de custodia que fundamenta la punición a título de peculado. Aceptar, como propone el autor citado, que el funcionario debe ser sancionado sólo por colaboración en un hurto, significaría entender que en este caso el Derecho penal no desvalora la ruptura de ese deber de custodia o, peor aún, que el *intraneus* mediante el simple concurso de terceros podrá determinar una imputación más beneficiosa para todos los participantes.

Aún cuando el quebrantamiento del deber opere por omisión o el aporte sea mínimo cabe observar la autoría del *intraneus*[663] y la participación del *extraneus* que interviene decisivamente. ROXIN acepta que «forman parte de estos delitos de deber los hechos de omisión impropia en los cuales es irrelevante la conducta externa, mientras que la lesión de un deber de garante, constitutiva del tipo, por regla general también fundamenta la autoría. El no garante sólo puede ser

662 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 49.

663 Así ya, HERZBERG, Rolf Dietrich. Täterschaft und Teilnahme. München, C.H. Beck 1977, pp. 32-33.

siempre partícipe, incluso cuando influye en el omitente actuando activamente»[664]. Fruto de su propia concepción, con mayor amplitud, entiende JAKOBS que «la relación del interviniente con el bien siempre es directa y sin mediación accesoria, siempre en concepto de autor y sin tener en cuenta en absoluto un hacer», pues «El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido»[665].

En síntesis, la consideración del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber bajo la forma de delito especial propio, conduce a entender que la autoría viene definida por la violación de ese deber, autor sólo puede serlo el *intraneus*, aún en los casos de autoría con instrumento doloso no cualificado en donde no hace falta recurrir a la construcción de la autoría mediata, la coautoría no existe sino a lo sumo la infracción paralela y simultánea del deber que da lugar a autorías individuales. El *extraneus*, aunque fuera un instrumento doloso, sólo responderá como partícipe del delito especial según el grado de intervención, como instigador o cómplice, primario o secundario[666]. De esta forma, el dominio del hecho es irrelevante, al igual que el quebrantamiento del deber opere por acción u omisión.

Es más, ya ni siquiera la consideración de un sector doctrinal del enriquecimiento ilícito como delito de propia mano[667], lo que sin duda cabe discutir ante la clara posibilidad de intervención de *extranei* en los delitos de infracción deber[668], podría afectar estas conclusiones.

---

664 ROXIN, Claus. Dogmática penal y política criminal, cit., p. 364.

665 JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., p. 791.

666 Similar, en el ámbito de los delitos de funcionario, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 165. Semejante, en el ámbito del cohecho, OLAIZOLA NOGALESm Inés. El delito de cohecho, cit., pp. 209-210.

667 Así parece entenderlo ZARAZO OVIEDO, Luis. El enriquecimiento ilícito, cit. p. 61.

668 Incluso la admisión de la categoría «delito de propia mano» se halla cuestionada, aún si se parte de criterios materiales vinculados a la existencia de «un deber

En una perspectiva funcional, y en cuanto aquí interesa poner de relieve, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES ha planteado una equivalencia normativa entre la autoría mediata e inmediata. Así, que ambas sean distintas desde el punto de vista fenomenológico-natural, carecería de trascendencia para el Derecho penal, y este criterio debería extenderse a su juicio, inclusive, al tratamiento de los delitos de propia mano[669]. Este planteamiento naturalmente no se cifra en una concepción unitaria de la autoría y participación, y más allá de la valía de sus conclusiones permite advertir una clara tendencia a establecer un fundamento normativo común a las diversas formas de autoría, más allá del bagaje ontológico del dominio del hecho. Sin duda alguna, el desarrollo que los delitos de infracción de deber viene adquiriendo desde su postulación por ROXIN hace ya casi cuarenta años[670], se incardina en esa dirección.

---

altamente personal», como se observa justamente en la construcción de los delitos de infracción de deber (así y críticamente MAQUEDA ABREU, María Luisa. Los delitos de propia mano. Madrid, Civitas 1992, pp. 126-133). Por ese camino se llegaría a aceptar que el enriquecimiento indebido es un «delito de propia mano», y en consecuencia al rechazo de toda forma de autoría mediata y coautoría (Ibid., pp. 70-77), aunque sin excluirse la participación (Ibid., p. 78), es decir a resultados muy similares a los que se arriba desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber. Esa posible unidad de resultados, y ya siquiera por «economía conceptual» debería restarse relevancia a los delitos de propia mano, así lo considera José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA (La autoría mediata en DP, cit., p. 302), a su juicio «aquellos tipos que se basen (...) en la infracción de deberes altamente personales, (...) deben reconducirse a la categoría de delitos especiales y no a los de propia mano», es más, entiende que «la mayoría de los delitos que hoy se reconducen a la categoría de los delitos de propia mano son susceptibles de una comisión mediata, principalmente por la razón de que su naturaleza de propia mano no está fundamentada satisfactoriamente» (p. 303). Pero llevado más allá este mismo argumento, y si se toma en cuenta que el binomio delito común/ delito especial se ha construido básicamente sobre criterios formales derivados de la configuración legislativa de la Parte Especial, podrá admitirse la necesidad de recurrir a distintos criterios materiales para la imputación, ya ni siquiera en función de las categorías de delitos comunes y especiales, sino a través de la estructura de los delitos de dominio e infracción de deber, como se ha venido sosteniendo aquí.

669 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica "trascendencia"». En: RPDJP 1/2000, pp. 373 ss., 408.

670 La 1ª ed. de Täterschaft und Tatherrschaft es de 1963.

§ 50. Allí donde se admite, como aquí, que el *extreneus* puede responder como partícipe de un delito especial propio como el enriquecimiento ilícito, se ha discutido la posibilidad de plantear, en el terreno de la «determinación judicial de la pena»[671], una atenuación del marco legal abstracto para el partícipe, atendiendo a su desvinculación de los deberes que fundamentan la punición. El legislador alemán ha resuelto expresamente este problema a través del § 28 (1)[672] previendo una atenuación obligatoria «porque el injusto y la culpabilidad del partícipe no cualificado aparecen en todos los casos como esencialmente menores que los del autor, y este desnivel demanda una apertura hacia abajo del marco penal»[673].

El CP peruano no prevé un privilegio similar, tampoco el CP español razón por la cual se ha planteado en la doctrina hispana una atenuación del marco penal mediante un razonamiento analógico, es decir admitiendo la «atenuante por analogía de no funcionario»[674]. De modo semejante, en el ámbito nacional se ha propuesto la atenuación

671 Para DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena». En: NDP 1998/A, pp. 20-21, nota 6, la determinación legal de la pena tiene una dimensión legislativa («fijación legal de la pena») y otra judicial («determinación judicial de la pena»). En la «fijación legal de la pena» («*gesetzliche Strafbestimmung*») el legislador establece en abstracto la pena máxima y mínima según la gravedad del delito, ofreciendo al Juez un espacio de juego («*Spielraum*») o marco penal («*Strafrahmen*»). En la «determinación judicial de la pena» («*richterliche Strafbemessung*»), el Juez fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad («marco penal abstracto»), y decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho («marco penal concreto»), según el grado de ejecución del delito, el título en virtud del cual interviene el sujeto y las circunstancias modificativas de responsabilidad.

672 § 28 (1): «Cuando los partícipes (inductor o cooperador) carezcan de las características personales especiales (§ 14, apartado 1) que fundamenten la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo a lo dispuesto en el § 49 apartado 1».

673 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG, cit., p. 601. Vid. también HOYER, Andreas. Systematischer Kommentar zum StGB. T. I. 35ª entrega. Berlin, Luchterhand 2001, § 28/2, 15ss.

674 Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, cit., p. 185.

de la pena para la participación en delitos especiales impropios, como producto de una analogía *in bonam parte* a partir del art. 26 del CP, en el sentido de que el marco penal de los tipos especiales no debe servir para agravar la responsabilidad penal del *extraneus* sobre quien no recae el deber especial, de modo que podría admitirse la aplicación de la pena del partícipe en el correlativo delito común[675]. También podría pensarse, aún en el ámbito de la «determinación judicial de la pena», en una perspectiva analógica *in bonam parte* por la no condición de funcionario a partir de la agravante del art. 46-A del CP, si dicha condición permite agravar la pena, allí donde ya se contempla esa razón de cualificación, como en los delitos especiales propios de funcionario, cabría postular bajo el argumento «*a pari*» («a igual razón, igual derecho») una atenuación de hasta un tercio por debajo del mínimo legal, la que podría aplicarse tanto en los delitos especiales impropios como propios, ante la no dependencia de un marco de referencia derivado de un respectivo delito común.

Pero ante estas opciones cabe poner en duda si la condición de no funcionario o *extraneus*, es decir la desvinculación del deber institucional permite, de cara a la prohibición de doble valoración o principio de inherencia[676], una ponderación fundamentadora de la responsabilidad sólo a título de partícipe por la condición de *extraneus* y otra limitadora de la punición por el mismo motivo[677]. Además, bajo la propuesta vinculada al art. 26 se llegaría a una consecuencia idéntica a la ruptura del título de imputación, con lo que la defensa de la

675 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 51-52. Le sigue, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., pp. 184-185.

676 Consagrada expresamente en el art. 46-A y con alcance general en el art. 46.

677 Aquí podría admitirse lo que Patricia ZIFFER (Lineamientos de la determinación de la pena, cit., pp. 111-112) denomina la «incidencia específica» de una circunstancia ya valorada, es decir que no se viola la prohibición de doble valoración si una circunstancia ya valorada por la ley en un cierto sentido puede tener «una incidencia específica dentro de un marco penal más general en que cupieran otras circunstancias de menor especificidad» (p. 111).

unidad del título aparecería como una justificación dogmática sin consecuencias. O más bien implicaría aceptar, ya fuera de la analogía, que respecto de la condición de funcionario no rige la accesoriedad, como se admite en nuestro medio en torno al parentesco al fijarse las reglas de participación del *extraneus* en el parricidio, sino la incomunicabilidad, pero con ello la injerencia de los *extrenei* sería siempre impune en los delitos especiales propios, problema que no se presenta en los tipos de homicidio. Es más, en los delitos especiales propios el problema es aún de mayor trascendencia, ya ni siquiera existe un correlativo delito común que permita, si se aceptara el razonamiento analógico derivado del art. 26, adoptar un marco penal de referencia para sancionar al *extraneus* sin sobrepasar el merecimiento de pena.

Hasta donde alcanzo a ver la alternativa más adecuada es resolver el problema fuera del ámbito de la «determinación judicial de la pena», sino en el terreno propio de la «individualización judicial de la pena» en sentido estricto[678]. De esa forma corresponderá al Juez, conforme a las circunstancias del caso ponderar dentro de los límites del marco legal del delito especial la pena relativa al *extraneus*, conforme a los criterios del art. 46 del CP. Se ha entendido que a ello podría oponerse el sentido del num. 3, según el cual el Juez debe tomar en

678 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», cit., pp. 20ss. ZIFFER, Patricia. «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena». En: Determinación judicial de la pena. Buenos Aires, Ad-hoc 1993, pp. 91ss. En *sentido estricto*, la individualización judicial de la pena es la decisión sobre la clase y cantidad de pena que corresponde imponer al autor de un hecho delictivo frente a la trasgresión culpable de un precepto penal, mientras que en sentido amplio incorpora la decisión en torno a la aplicación de sustitutivos penales o medidas alternativas a la privación de libertad. En la individualización judicial de la pena se observa en definitiva una «discrecionalidad jurídicamente vinculada», tanto a determinados principios expresamente recogidos en la ley, como a los fines de prevención general, prevención especial y al principio de culpabilidad. De esa manera, dentro del marco de pena legalmente determinado y teniendo en cuenta, entre otros, los criterios previstos en los arts. 45 y 46 del CP, se trata de definir una pena acorde con la culpabilidad por el hecho que satisfaga simultáneamente las metas prevención general y especial en el caso concreto.

cuenta la importancia de los deberes infringidos[679], y ello tal vez porque este criterio se ha vinculado a la mayor gravedad del injusto[680] y así a un mayor merecimiento de pena. Pero tampoco debe olvidarse que el art. 46 consagra expresamente la prohibición de doble valoración («en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad»), de modo que el num. 3 no puede desplegar efectos agravantes porque «La importancia de los deberes infringidos» ya ha determinado el fundamento de la punición del *extraneu* mediante la extensión del injusto del *intraneu* que infringe el deber, esto es como consecuencia de la accesoriedad limitada.

En esa perspectiva, el Juez podrá atenuar la pena del partícipe *extraneus* dentro del marco legal previsto por el delito especial, solución acorde con la prohibición de exceso que fundamenta el principio de proporcionalidad[681], garantizado a nivel constitucional y a través del art. VIII del CP que fija como límite máximo de la pena la «responsabilidad por el hecho»[682]. Así, como consecuencia de la

679 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 52.

680 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito. Lima, Gaceta Jurídica 2000, pp. 116-117, considera «coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico, al comprometer, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar el autor del hecho punible».

681 CUERDA ARNAU, Mª Luisa. «Aproximación al principio de proporcionalidad en DP». En: Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz. Vol. 1, cit., pp. 454ss. AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en DP. Madrid, Edersa 1999, pp. 275ss. Vid. también GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Colex 1990, pp. 29ss., 141ss., 225ss.

682 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Comentarios al CP de 1991. Lima, Alternativas 1993, p. 39, sostiene más bien que el principio de proporcionalidad carece de regulación, pero que podría derivarse «de la aplicación sobria de los artículos 45 y 46 del Código Penal», con lo que parece reducir su vigencia al ámbito de la individualización judicial de la pena en sentido amplio (art. 45) y estricto (art. 46), lo que no parece convincente.

proporcionalidad concreta o judicial[683], la sanción de dicho partícipe quedará sujeta a la relevancia del bien jurídico y sus concretas formas de ataque[684], es decir el concreto disvalor de su comportamiento merecedor de pena.

§ 51. A diferencia de los textos de Argentina, Colombia o México que expresamente prevén la responsabilidad del «testaferro» u «hombre de paja», el CP peruano no resuelve expresamente el problema. Por ello se discute en la doctrina nacional si cabe sancionar a quienes intervienen para ocultar o disimular el estado de enriquecimiento del funcionario. Se ha sostenido que no debe admitirse la punición porque estos sujetos participan sólo en el ocultamiento, conducta ajena al acto de enriquecerse, siendo posible aceptar más bien la sanción por encubrimiento real[685]. En contra se ha señalado que estamos ante un caso de complicidad[686] o participación[687] punible.

No se justifica un rechazo o una admisión general, la punición del testaferro sólo puede depender de la aplicación de las reglas generales de la participación delictiva, que indudablemente van más allá de la literalidad del art. 401 del CP. Conforme al modelo de delito de infracción de deber aquí adoptado, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no sólo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *extraneus*. Debe pues entenderse que el delito se consuma con el enriquecimiento del

683 SANTANA VEGA, Dulce-María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, cit., p. 185.

684 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal, cit., p. 109.

685 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 489.

686 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 471.

687 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 243-244.

funcionario, sin exigirse que sea éste el poseedor o titular formal de los bienes, sólo se exige que el *intraneus* ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio encubierto, y en consecuencia sobre el sujeto interpuesto, si esa condición no existe o está en duda, sencillamente no habrá testaferrato ni participación criminal. Finalmente, si el delito ya está consumado la responsabilidad del testaferro podrá discutirse dentro de los alcances de las formas de encubrimiento real del art. 405 del CP.

8. LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

§ 52. También la admisión de la tentativa en el enriquecimiento ilícito genera controversia en la doctrina nacional. Se ha negado la tentativa, entre otras razones, porque la descripción típica lo impediría, si se entiende que para la consumación no basta el «enriquecimiento» del funcionario sino además el vencimiento de los plazos para la «justificación» de ese incremento, sin enriquecimiento no habría nada que justificar, por lo que las posibilidades de tentativa decaen[688]. Pero la postura mayoritaria admite la tentativa, incluso cuando el enriquecimiento opera instantáneamente[689], a través de un solo acto,

688 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., p. 487. Similar, FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. PE. T. VII, cit., p. 366. BUOMPADRE, Jorge E. Delitos contra la administración pública, cit., p. 353. Ya antes NÚÑEZ, Ricardo. Tratado de DP. PE. T. 7, cit., p. 146, no admitía la tentativa «porque la omisión o la imposibilidad de justificar el enriquecimiento no admiten actos ejecutivos», pero este argumento ya no concuerda con la dogmática de la omisión. Así, aún bajo esta particular interpretación, DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, cit., pp. 133-134, considera que puede construirse la tentativa, precisamente entre el descubrimiento del incremento patrimonial y el período de no justificación que se extiende incluso hasta el procesamiento penal ante los Tribunales.

689 FRISANCHO APARICIO, Manuel, A. Raúl PEÑA CABRERA. Los delitos contra la administración pública, cit., p. 357, «Si el agente de acuerdo a su plan concreto realiza una actividad comercial ligada a su cargo, se presenta la tentativa en el supuesto que el agente realiza actos orientados a formalizar un contrato que le signifique una ventaja patrimonial».

o ante «incrementos fronterizos con los incrementos significativos»[690], pero sobre todo si el enriquecimiento se produce a lo largo del tiempo[691].

La exclusión de las formas de ejecución imperfecta sobre la base de un «deber de justificación» no reconocido jurídicamente, es una fundamentación insuficiente. Tampoco 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»[692]. 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[693], 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 de crear un peligro abstracto para un bien colectivo.

No puede reforzarse esta conclusión bajo el argumento parcial de que la tentativa de enriquecimiento ilícito ya sería más bien, por su subsidiariedad, la de otro delito[694]. Como se ha visto, el ámbito del

690 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., p. 470.

691 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito, cit., p. 163. BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de DP. T. 4, cit., p. 81.

692 Así, acertadamente, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano, cit., pp. 487-488.

693 Esta opción no es aceptada por ROJAS VARGAS, Fidel. Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Lima, Grijley 1997, p. 277, al menos cuando el hecho no permite apreciar una gradualidad o progresión.

694 Así ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito, cit., p. 58. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos contra la administración pública, cit., p. 205. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la administración pública, cit., p. 259.

enriquecimiento ilícito comprende incrementos patrimoniales que pueden derivar, inclusive, de la comisión de infracciones disciplinarias, casos en los que según dicho argumento tendría que admitirse la ejecución imperfecta del tipo.

CAPITULO TERCERO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMETIDOS EN EL MARCO DE ORGANIZACIONES CRIMINALES: UN ANÁLISIS DOGMÁTICO A PARTIR DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

José Leandro Reaño Peschiera

«Sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una Dogmática de la autoría no plenamente perfilada todavía en sus contornos, obligara a dejar impunes o a castigar sólo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a todas luces la pena del autor»[695].

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

§ 1. Las investigaciones preliminares y judiciales instauradas a partir de noviembre de 2000 contra Vladimiro Montesinos Torres y su compleja red de corrupción, evidenciaron la presencia de una organización criminal enquistada en las principales instituciones del aparato de poder estatal, integrada por altos funcionarios del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, e importantes empresarios, quienes se beneficiaron indebidamente del patrimonio del Estado y coadyuvaron al sostenimiento político del mencionado régimen gubernamental.

A partir del 14 de septiembre de 2000, fecha en la que se difundió en los medios de comunicación el vídeo que registró la escena de «transfuguismo político» protagonizada por el entonces Congresista

695 MUÑOZ CONDE, Francisco. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En: Quintero Olivares, Gonzalo y Enrique Anarte Borrallo (eds). Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones 1999, p. 159.

electo Alberto Kouri Boumachar y el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, se hizo manifiesta la participación activa que tuvo este funcionario público durante la gestión presidencial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, habiéndose erigido como el artífice de una red de corrupción organizada a nivel gubernamental, que utilizó a su favor recursos del erario público, e instrumentalizó a parlamentarios y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público para la consecución de objetivos políticos y crematísticos. Definitivamente, la realidad adquirió visos de ficción cuando el 2 de noviembre de ese mismo año, el Ministro de Justicia anunció que Vladimiro Montesinos era beneficiario de US$ 48'000,000.00 depositados en el sistema financiero suizo, los mismos que fueron descubiertos y bloqueados por la Cuarta Fiscalía Especializada en Lavado de Dinero del Cantón de Zürich.

§ **2.** Habiendo cumplido una década de vigencia nuestro Código Penal, aprobado en abril de 1991 por Decreto Legislativo N° 635, el denominado «Caso Montesinos» ha puesto de manifiesto sus insuficiencias técnicas y político criminales en materia de persecución de delitos perpetrados en el marco de organizaciones criminales complejamente estructuradas, pues, frente a casos de graves infracciones a los deberes de probidad y lealtad funcionariales, se requieren agudas interpretaciones dogmáticas para no dejar ayunos de tutela bienes jurídicos institucionales.

Sin duda, uno de los temas que ha suscitado mayores debates entre los operadores del subsistema anticorrupción -Jueces, Fiscales, Procuraduría Ad Hoc y defensa de imputados- ha sido la participación de particulares en delitos especiales de funcionarios públicos, perpetrados por una organización criminal estructurada desde el poder. A continuación, se abordan *1)* las soluciones dogmáticas al problema de la autoría y participación en delitos cometidos por aparatos organizados de poder, *2)* la participación del *«extraneus»* en delitos especiales de funcionarios públicos; y, *3)* el estudio del tipo penal de asociación ilícita, cuya autonomía permite castigar alternativa y adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, cuando las

reglas generales de imputación a título de autoría y participación, o la valoración de la prueba, no permiten a los Tribunales sancionar a todos los miembros de la asociación por los delitos perpetrados por algunos de ellos[696].

2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE UN APARATO ORGANIZADO DE PODER.

§ 3. La respuesta jurídico-penal frente a las múltiples interrogantes que plantea la lucha contra la corrupción organizada, debe evaluar -como cuestión previa- la suficiencia de las clásicas categorías de autoría y participación, para abarcar a todos los miembros de determinada estructura criminal, o pronunciarse por su urgente redefinición. Sobre este tema, la doctrina se decanta mayoritaria y rotundamente por la segunda opción. Así, QUINTERO OLIVARES es concluyente al advertir que «las clásicas explicaciones sobre la autoría y la complicidad, la inducción o la autoría mediata, la tesis del dominio del hecho como modo de fundamentar la responsabilidad criminal, saltan en pedazos cuando se intentan aplicar en el campo de la llamada «criminalidad organizada»[697].

En materia de intervención pluripersonal en hechos delictivos, la dogmática jurídico-penal y jurisprudencia peruanas han orientado sus soluciones a la tradicional «teoría del dominio del hecho»[698], en cuya virtud será autor del delito quien domine objetiva y subjetivamente su realización, de suerte que sin su decisión e intervención sería impo-

696 ibid., p. 152.

697 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita». En: Quintero Olivares, Gonzalo y Enrique Anarte Borrallo (eds). Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, cit., p. 177.

698 BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal Anotado. 4ª ed. Lima, San Marcos 2001, pp. 210-212.

sible configurar el injusto. Por su parte, será partícipe del delito quien contribuya a su perpetración, sea favoreciendo, cooperando o induciendo al autor del mismo. La consecuencia de mayor relevancia práctica de esta distinción dogmática entre autor y partícipe, adoptada *de lege lata* por en nuestro CP (arts. 23 a 25), se encuentra recogida en el denominado principio de «accesoriedad limitada», según el cual el hecho del partícipe está en relación de dependencia con el delito cometido por el autor, esto es, que su punibilidad dependerá de que el autor haya realizado un hecho típicamente antijurídico[699].

Precisamente, tanto la teoría material objetiva, también llamada teoría del dominio del hecho, como el principio de accesoriedad limitada de la participación, han sido adoptados por nuestros Tribunales en diversas y recientes Ejecutorias Supremas. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema ha sostenido enfáticamente que «la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores»[700]; y que «no se puede condenar como autor en su calidad de cómplice secundario como el caso de autos, ya que un agente puede ser autor, coautor, cómplice primario o secundario, pero estos grados de participación no pueden ser acumulativamente (sic)»[701]. Con relación a los elementos que configuran la co-autoría, la Sala Penal de la Corte Suprema ha exigido en reiterada jurisprudencia la concurrencia de tres requisitos; a saber, «(...), decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer»[702]. Esta línea jurisprudencial en materia de autoría y participación, fue adoptada hace ya mucho tiempo por el Tribunal Supremo espa-

699 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Nicolás GARCÍA RIVAS. Lecciones de DP. PG. Barcelona, Praxis 1996, pp. 250-251.

700 Vid. Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 102-99-LIMA, de 23.3.99.

701 Vid. Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1250-2000, de 10.7.2000.

702 Vid. Ejecutoria Suprema recaías en el R.N N° 102-99-LIMA .

ñol, habiendo rechazado la tesis formal objetiva y la denominada teoría subjetiva[703].

Tal como advierte MUÑOZ CONDE, las ventajas de este sistema se observan con claridad al momento de imputar niveles de responsabilidad a los sujetos no cualificados que intervienen en *delitos especiales propios*, pues si bien nunca podrán ser reputados como autores, sí pueden ser sancionados a título de cómplices o instigadores (partícipes)[704]. Empero, conforme llama la atención este mismo autor, esta distinción entre autores y partícipes puede quedar «gravemente comprometida», cuando el delito es cometido por una pluralidad de sujetos integrados en una organización criminal, pues, independientemente de la sanción que les corresponda por su adhesión a la asociación criminal, surge el problema de imputar responsabilidad penal a los líderes o cabecillas que no intervienen directamente en su perpetración, pero diseñan, planifican o controlan su realización[705].

Y es que en el ámbito de criminalidad organizada, la aplicación de las categorías dogmáticas de imputación personal vigentes en nuestro ordenamiento penal, deben orientarse -¡en tanto los límites a la interpretación de la ley penal lo permitan!- a la defensa de bienes jurídicos de carácter institucional, lesionados por conductas desplegadas en sistemas verdaderamente complejos.

§ 4. En los esfuerzos por dar respuesta eficaz a los fenómenos delictivos complejos, hace ya algún tiempo ROXIN formuló la tesis del

703 Resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25.4.1988, en la que se pone de relieve que «no cabe distinguir entre los coautores y el mero cómplice sobre la base del elemento subjetivo del partícipe, sino sólo en la significación objetiva de los aportes al hecho realizado por cada uno y, más concretamente, por el dominio ejercido en la realización del mismo». Vid. JAÉN VALLEJO, Manuel. Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española, Derecho procesal penal y Derecho penal sustantivo. Lima, Gráfica Horizonte 2001, p. 186.

704 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., p. 151.

705 ibid., p. 152.

«autor detrás del autor»[706], la cual es explicada por el propio autor a partir del siguiente ejemplo: «cuando, en base a órdenes del Estado, soldados u otros funcionarios públicos cometen delitos, como por ejemplo disparar o intentar matar con explosivos a opositores del régimen o a quienes pretenden escapar a otros países, entonces, los ejecutores directos deben ser castigados como autores de un delito de homicidio. Esto vale, pues, incluso cuando creyeron en la conformidad con el Derecho de la orden de matar. La jurisprudencia considerará en tales casos que el error de prohibición era evitable –aunque ciertamente esto depende de cada supuesto particular, por lo que, ante este error, aún existirá un delito de comisión doloso. Y, no sólo eso: serán también autores, y precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores»[707]. En el caso de los crímenes contra la humanidad perpetrados por altos funcionarios del Gobierno nacionalsocialista alemán, ROXIN fundamenta la punibilidad del hombre de atrás en el dominio que ejerce sobre la voluntad de los ejecutores materiales, a través del control de todo un *aparato de poder* de organización estatal que operaba como una «máquina perfecta»[708].

Esta solución fue propuesta por ROXIN en 1963 a propósito del caso «Eichmann», quien se desempeñó como un funcionario nazi encargado de ordenar numerosos asesinatos de judíos. Según la teoría comentada, basada en el "dominio" como criterio de decisión para la delimitación de autoría y participación, Eichmann debía ser condenado -como efectivamente ocurrió- como autor mediato, pese a que quienes cometieron físicamente los asesinatos también debían responder como autores. «La razón es que, tratándose de una organiza-

706 ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en DP. 7ª ed. Madrid - Barcelona, Marcial Pons 2000.

707 ROXIN, Claus. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, cit., p. 191.

708 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., p. 153.

ción criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos sólo ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el "resultado"»[709]. En definitiva, el presupuesto de esta teoría es la *intercambiabilidad* de los integrantes de la organización, quienes ocupan posiciones subordinadas, y el *dominio de la organización* por parte de los cabecillas, pues de otro modo se trataría de una inducción o instigación.

La tesis de ROXIN fue utilizada por el Tribunal Supremo Alemán en el proceso seguido contra diversos dirigentes de la República Democrática de Alemania, al momento de condenar como autores mediatos a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional que ordenaron las muertes de quienes intentaban huir a través del muro de Berlín. En dicha sentencia, el Supremo Tribunal fue concluyente al acotar que «hay (...) casos, en los que (...) pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir cuando mediante estructuras de organización el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones en las que su contribución desencadena desarrollos regulares»[710]. Por su parte, la Corte Suprema argentina hizo suya la tesis de la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder, a la hora de fundamentar la condena de los Generales de la Dictadura de Videla que dirigieron y organizaron sendas ejecuciones y desapariciones.

§ 5. Los postulados de ROXIN, que pueden ser parafraseados como «teoría del dominio del hecho[711] por dominio de organización

709 ROXIN, Claus. «Problemas de autoría ...», cit., p. 192.

710 Sentencia del BGHSt 40, 236.

711 El dominio del hecho es el tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos, y este dominio ha de corresponder a cualquiera que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global. Vid. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Tratado de DP. 2ª parte. 7ª ed. 1989, § 47, num. 85.

(*Organisationsherrschaft*) en el marco de los aparatos organizados de poder», no sólo no han sido admitidos de modo poco pacífico en la dogmática y jurisprudencia alemana, española y latinoamericana, sino que han sido objeto de diversos cuestionamientos, a los cuales no puede ser ajeno nuestro sistema jurídico. Estas críticas están vinculadas principalmente a la punibilidad del ejecutor material directo, en tanto mero *instrumento* del "hombre de atrás". Efectivamente, en condiciones normales, la configuración de la autoría mediata requiere que el instrumento actúe coaccionado o bajo un estado de error, o padeciendo una situación de inculpabilidad (miedo insuperable, error de prohibición directo, estado de necesidad exculpante o causa de inimputabilidad). De este modo, según su formulación tradicional, no existirá autoría mediata en el caso del denominado *instrumento doloso*, esto es, cuando el ejecutor directo obra libremente y conociendo la situación, pues es éste sujeto quien controla el curso causal del evento delictivo[712].

De esta forma, la cuestión si cabe admitir la construcción del «autor detrás del autor» en nuestro sistema jurídico es controvertida. El art. 23 del CP alude a la autoría mediata como un supuesto en el que alguien se sirve de otro como instrumento, pero ¿cómo el ejecutor directo puede responder como autor y al mismo tiempo ser instrumento de otros?. Desde la perspectiva del «dominio del hecho», que preside todas las subformas de autoría, la única manera de afianzar la coherencia de la construcción de ROXIN es fundamentando el dominio del hecho, entendido como control sobre el curso causal, en el «hombre de atrás». De otro modo, esto es, admitir que dicho dominio lo posee el ejecutor inmediato, nos llevaría a concluir que el «hombre de atrás» es tan sólo un instigador, y por tanto, partícipe de un hecho ajeno. Por ello, el citado profesor alemán de la Universidad

712 Por todo: Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Nicolás GARCÍA RIVAS, cit., pp. 248-249.

de Munich, fundamenta la autoría mediata del «hombre de atrás» en la *intercambiabilidad* o *fungibilidad* de los ejecutores materiales directos e inmediatos, sujetos anónimos carentes de mayor autonomía e incapaces de frustrar el evento delictivo ordenado, pues en caso de negativa son sustituidos por otros subordinados. En definitiva, en el marco del aparato organizado de poder, los ejecutores inmediatos no poseen el control del curso causal de los acontecimientos, de suerte que no es posible hablar de instigación o inducción, sino que lo relevante para la ejecución del hecho delictivo es la orden de quien detenta y domina el control de dicha organización.

Esta concepción amplia de autoría mediata ha sido adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 25, inciso 3), literal a)[713], no sólo se limita a los supuestos en los que el instrumento actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino también incluye los casos en los que el ejecutor es penalmente responsable[714]. Es decir, según el citado Estatuto, es autor mediato «quien en el ámbito de la jerarquía trasmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo»[715].

Empero, este planteamiento no puede ser aplicado indiscriminadamente a toda clase de organización criminal, pues, como advierte MUÑOZ CONDE, la tesis de ROXIN carece de mayor funcionalidad en casos de hechos delictivos perpetrados por «organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan característicos del régimen nazi y de otros estados totalitarios»[716].

---

713 Dicho precepto define la autoría mediata como el comportamiento realizado «por conducto de otro, *sea éste o no penalmente responsable*».

714 Con mayor detalle, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la CPI». En: Ius et Veritas. N° 23 / 2002, pp. 260-263.

715 ibid. p. 261.

716 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., pp. 154-155.

§ 6. Al lado de esta tesis, sobre la base de una consideración puramente normativa, autores como HEZBERG y KÖHLER[717] propugnan como solución a la problemática de la imputación de responsabilidad en aparatos complejos la denominada «teoría de la instigación o inducción». Estos autores relativizan el presupuesto fáctico de la construcción de ROXIN, al negar el dominio efectivo y el poder de mando del hombre de atrás, pues lo consideran un dato meramente "naturalístico". Empero, de ningún modo, la tesis comentada se pronuncia por la impunidad del «hombre de atrás», sino que fundamenta la imputación de los delitos cometidos por los ejecutores directos a los jefes de la organización criminal, recurriendo al título de la inducción o instigación. El punto de inflexión entre esta tesis y la defendida por ROXIN no es normativo, sino fáctico, pues de constatarse que los líderes de determinado aparato organizado no persuaden ni determinan dolosamente a los ejecutores, quienes muchas veces se encuentran predispuestos o son intercambiables, deberá ser rechazada. En efecto, el *instigador* debe tomar contacto con el potencial autor, captarlo para su plan, vencer sus resistencias; mientras el que da órdenes en la jerarquía de una aparato organizado de poder se evita todo esto.

§ 7. Paralelamente a la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización, se sitúa la tesis de la «coautoría», defendida principalmente por JAKOBS[718]. Para este autor, la autoría mediata presupone que quien actúa directamente lo haga conforme a derecho, esto es, que no sea jurídicamente responsable o que no lo sea plenamente, pues en caso se trate de alguien plenamente responsable del hecho,

717 Citados por DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J. «La autoría en organizaciones complejas». En: Puente, Luis Ramón (dir). Fenómenos delictivos complejos. Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1999, pp. 218-219.

718 JAKOBS, Günther. DP. PG. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons 1997, pp. 763 y ss. **Jakobs** entiende que la función del dominio en la teoría de la autoría y participación es una cuestión meramente cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa -¿quién responde?- se determina en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias.

no se trataría de un *instrumento*. En caso que el ejecutor directo sea plenamente responsable, sólo podría equiparársele con el hombre de atrás en un esquema de coautoría, pues partícipes y ejecutores son entendidos como una sola persona colectiva. Según esta concepción, «la *accesoriedad* no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también en el acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya».[719]

Empero, la tesis de la «coautoría» también ha sido criticada al confrontarse con la realidad naturalística de los aparatos organizados de poder. Al respecto, pueden sintetizarse en tres las críticas[720]: *a)* Muchas veces quien da la orden no conoce al ejecutor, de suerte que generalmente una compleja cadena de mandos diluye esa «actuación conjunta» a la que postula JAKOBS; *b)* Resulta discutible que se de una ejecución común, pues el "burócrata" no ejecuta nada por sí mismo; y, *c)* La tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (el hombre de atrás sólo ordena y el ejecutor consuma el delito), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de realización de aportes equivalentes y simultáneos a la consumación del delito).

§ 8. Refiriéndose a determinadas formas de realización del delito, específicamente a las que el «cerebro» o principal responsable no

719 JAKOBS, Günther. «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos». Bases para una teoría funcional del DP. Lima, Palestra 2000, p. 175.

720 Principalmente formuladas por ROXIN, Claus. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», cit., pp. 194-195. Por su parte, MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., p. 158, califica de «discutible» el concepto de *coautoría* del que parte Jakobs, pues lo entiende como una mera configuración del hecho, sin necesidad de que haya acuerdo previo entre los *coautores*.

está presente en la fase de ejecución, MUÑOZ CONDE considera que la figura de la *coautoría* es la que se adapta mejor a estas situaciones de imputación pluripersonal. A partir de la reinterpretación de los requisitos que tradicionalmente se exigen para la coautoría, acuerdo de voluntades e intervención de todos los sujetos en la ejecución del delito[721], el citado profesor español distingue entre *coautoría ejecutiva*, total o parcial, *y coautoría en la que alguno o algunos de lo coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito*. En definitiva, según este planteamiento, si el fundamento de la coautoría es el *dominio funcional del hecho*, lo importante es el control o dominio que posea el individuo, aunque no esté presente durante la ejecución del delito[722]. En suma, el elemento innovador de esta tesis radica en considerar que la presencia física de todos los integrantes de la organización en la fase ejecutiva no es el elemento decisivo para la coautoría, sino que debe atenderse a la relevancia de la contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho.

En alguna medida, en la jurisprudencia española, esta tendencia ha sido tratada por la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1998, en la que el grado de participación de los intervinientes en un hecho punible se hace depender del valor concreto de su aportación al hecho típico[723]. Así, en cada caso concreto debe valo-

721 Según JAÉN VALLEJO, Manuel, cit., p. 186, «la coautoría exige un dominio funcional del hecho, y para ello, es necesario: 1; que en todos los coautores concurran los elementos objetivos y subjetivos que exija especialmente el tipo penal; 2, la comisión común del hecho, con reparto funcional de las tareas de acuerdo con un plan común; y 3, una contribución objetiva a la realización del hecho».

722 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., pp. 155-156. Este autor concluye que sólo así es posible considerar «coautores al jefe e integrantes de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental de la realización del delito».

723 Según esta Sentencia «la co-autoría presupone que a cada partícipe puede serle imputada como propia la conducta del otro u otros. La doctrina y la jurisprudencia han considerado que tal imputación es posible cuando, además de la decisión común a un plan delictivo conjunto, el partícipe asume una participa-

rarse si determinado aporte tiene la significación requerida para atribuirle el co-dominio del hecho o no al interviniente. Dicha valoración debe orientarse según los criterios de «dominio por decisión» y «dominio por configuración». Estaremos frente al primero, en aquellos casos en los que el interviniente con su desistimiento determina el fracaso del plan delictivo; y frente al segundo, en los casos en que el dominio del interviniente se caracteriza por una aportación que otorga al hecho su especial configuración. En este último supuesto se requiere para la co-autoría una aportación en el momento de la ejecución[724].

§ 9. El propósito del presente trabajo no es dar una respuesta abstracta a la problemática de las teorías de la autoría en aparatos organizados de poder, tema respecto del cual sólo hay consenso a la hora de afirmar que es una de las cuestiones de primer orden a resolver por el legislador, sino evaluar si las técnicas de imputación de responsabilidad vigentes en nuestro CP, se ajustan a las necesidades de tutela de intereses institucionales, frente a los graves ataques irrogados por la red criminal que se instauró desde el poder durante la década de los '90, fundamentalmente a través de la comisión de delitos especiales.

Para ello, de entrada, es necesario advertir que la forma de actuación de esta red criminal no es asimilable a otros fenómenos de organizaciones complejas, tales como el aparato estructurado desde el gobierno nazi, desde la Dictadura de Videla en Argentina, o formas

---

ción cuya significación le permite co-dominar el hecho. Este con-dominio del hecho no puede ser identificado con la simple existencia de una división del trabajo o reparto de tareas. Es obvio que en el reparto de tareas puede corresponder a un partícipe una tarea que implique co-dominio del hecho o no. Si esto no se admite, se renuncia también a distinguir la co-autoría de otras formas de participación, pues todo hecho llevado a cabo por varias personas requiere una división del trabajo, pero, como también es obvio, no todo hecho al que concurre varias personas debe ser considerado como un supuesto de co-autoría». Más detalle, Vid. JAÉN VALLEJO, Manuel, cit., p. 187.

724 ibid., p. 187.

organizativas como la Mafia siciliana o los «yakuzas» japoneses[725]. Las investigaciones llevadas a cabo desde noviembre de 2000 evidenciaron que la organización criminal de Vladimiro Montesinos Torres instrumentalizó diversas instituciones estatales, tales como las Fuerzas Armas, Policía Nacional y el Sistema de Inteligencia Nacional, para la consecución de sus fines delictivos, habiéndose configurado como una estructura superpuesta al Estado.

Conforme explica KAI AMBOS, cabe diferenciar entre grupos de delitos perpetrados por un aparato de poder de organización estatal y delitos cometidos por un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada en sentido estricto). Este autor distingue entre delitos cometidos por *un aparato de poder de organización estatal* y delitos perpetrados por *aparatos de poder de organización no estatal*[726]. La primera clasificación agrupa a aquellos delitos cometidos en el marco de un Estado totalitario (p.e. el sistema nazi, los regímenes fascistas, y las dictaduras del socialismo real de corte estalinista), caracterizados por el dominio y control total que detentaban sus líderes sobre el curso de los delitos por ellos ordenados, en función a la *subordinación* e *intercambiabilidad* de sus integrantes. En estos casos, el ejecutor directo «sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria»[727].

Por su parte, la clasificación de delitos cometidos por un aparato de poder de organización no estatal incluye a las *organizaciones criminales per se*, respecto de las cuales «la situación es muy poco clara»[728]. Estos grupos se caracterizan por ser «asociaciones criminales» que

725 A nuestro juicio, sólo es posible evaluar las formas de imputación pluripersonal en tanto se determine la estructura organizativa a la que nos enfrentamos.

726 AMBOS, Kai. «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». En: Themis-Revista de Derecho. N° 37. Lima, 1999, pp. 175 y ss.

727 ibid., p. 187.

728 ibid., p. 189.

presentan estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, tales como las organizacioñes terroristas.

Nuestro legislador ha reaccionado de modo parcial contra los delitos perpetrados por este tipo de estructuras organizadas, extendiendo el concepto de autor a toda clase de contribución o participación en el hecho punible, e introduciendo circunstancias agravantes de responsabilidad por pertenencia a asociaciones delictivas. Ejemplo de esta solución es la técnica utilizada para la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo, en los que se sanciona como autoría actos de mero favorecimiento, promoción y facilitación[729], y se imponen penas agravadas cuando el agente actúa como integrante o dirigente de una organización criminal[730]. Estas soluciones dadas desde la PE del CP, principalmente la ampliación del concepto de autor, han sido criticadas por DE LA CUESTA ARZUMENDI, pues si bien permiten alcanzar a aquellos a quienes verdaderamente pertenece el hecho delictivo, *«puede llevar a difuminar la distinta relevancia de las diferentes contribuciones, sometiéndolas todas ellas a una misma sanción penal»*. Efectivamente, con la asimilación de supuestos de verdadera instigación (provocar) o complicidad (favorecer o facilitar) a la categoría de autoría, los Tribunales se ven casi obligados a negar la intervención como *partícipe* en esta clase de delitos, en contra de las reglas de la parte general sobre autoría y participación.

729 En materia de tráfico ilícito de drogas, el art. 296 del CP sanciona como autor del delito de narcotráfico al que *promueve, favorece o facilita* el consumo ilegal de drogas tóxicas, (...). Por su parte, en materia de delitos contra la tranquilidad pública, el art. 2 de la Ley N° 25475 sanciona como autor del delito de terrorismo al que *provoca, crea o mantiene* un estado de zozobra, (...).

730 El art. 297 del CP establece penas agravadas cuando el hecho es cometido por tres o más personas o el agente activo integra una *organización* dedicada al tráfico ilícito de drogas a nivel nacional o internacional, y si el agente actúa como *cabecilla o dirigente de una organización* destinada al tráfico ilícito de drogas de nivel nacional o internacional. Por su parte, el art. 3 de la Ley N° 25475, establece penas agravadas en los casos en los que el agente pertenece al *grupo dirigencial o es miembro de una organización terrorista.*

La referencia a *organizaciones criminales* también la encontramos en algunos delitos patrimoniales como el hurto (art. 186 del CP) y el robo (art. 189 del CP), y en las normas sobre seguridad nacional, específicamente en la erróneamente denominada «Ley contra el terrorismo agravado»[731], en la «Ley contra los delitos agravados»[732], y en alguna medida en la «Ley contra el pandillaje pernicioso»[733]. No obstante, en materia de delitos contra la administración pública no encontramos referencias especiales a actos perpetrados en el marco de una organizaciones criminales, que permitan ampliar el espectro de la autoría o imponer penas agravadas, por lo que debe recurrirse a las reglas generales de autoría y participación[734]. De inicio, esta labor resulta complicada si consideramos que los tipos contenidos en el Capítulo II del Título XVIII del CP han sido diseñados como delitos especiales o de infracción del deber. Adicionalmente, refiriéndonos al ámbito de la individualización judicial de la pena, cabe puntualizar que ni siquiera es posible aplicar la agravante genérica prevista en el art. 46-A del CP, introducida mediante la Ley N° 26758 de 14 de marzo de 1997, a los delitos especiales propios de corrupción, en virtud de la prohibición de doble valoración que establece el propio

731 El art. 1 del D. Leg. N° 895 establece que comete delito de terrorismo agravado el que integra o es cómplice de una *banda, asociación o agrupación criminal* que porta o utiliza armas de guerra, granadas y/o explosivos, para perpetrar un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública.

732 El D. Leg. N° 896 fue el que introdujo las agravantes en función a la pertenencia a una *asociación o agrupación criminal* en materia de delitos contra el patrimonio.

733 El art. 1 del Capítulo III-A del D. Leg. N° 899 define como «pandilla perniciosa» al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años de edad, que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar los bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteran el orden interno.

734 Recientemente, la Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada (Ley N° 27378, de 21.12.2000) y la Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en inverstigaciones preliminares (Ley N° 27379, de 21.12.2000), hacen referencia a delitos perpetrados por una *pluralidad de personas o por organizaciones criminales,* que en su realización hayan utilizado *recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos.*

art. 46-A en el pf. 3. Empero, es de destacar que su aplicación es posible en los delitos comunes de corrupción cometidos por un funcionario o servidor público, en cuyo caso podrían alcanzarse penas más graves que las previstas para los delitos especiales propios, quizás en desmedro de una mínima lógica de proporcionalidad.

Partiendo de las características propias de la organización liderada por el ex Asesor Vladimiro Montesinos Torres, así como de la opción técnica por la que se ha decantado nuestro legislador en materia de imputación pluripersonal, se aborda en las líneas siguientes el tema de la participación de particulares en delitos de funcionarios públicos, cometidos en el marco de la actividad de un aparato complejo y organizado de poder. A tales efectos, partimos de un dato fáctico, evidenciado a lo largo de las investigaciones instauradas en el subsistema «anticorrupción»: la agrupación ilícita dirigida por Vladimiro Montesinos Torres se organizó como un aparato de poder de organización estatal desvinculado del Derecho, que operó como «para-Estado», aprovechando el dominio material que el ex Asesor del SIN detentaba sobre el ámbito público para la común satisfacción de intereses delictivos. El dominio de la organización por parte de Vladimiro Montesinos Torres, que contó con la aquiescencia del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, se ejerció de modo paralelo y superpuesto al ordenamiento jurídico "normal" [735], operando de modo clandestino y antijurídico.

735 Al respecto, resulta esclarecedora por sus semejanzas la Sentencia de la Cámara Suprema Argentina, de 9.12.1985: «(...) mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución estaba en vigor, al igual que el Código Penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de las víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una

3. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL *«EXTRANEUS»* EN LOS DELITOS ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 10. En el terreno de la participación delictiva en delitos especiales de funcionarios públicos, debemos partir de una constatación motivada por una diferenciación *de lege lata*: gran parte de los delitos contra la administración pública (todos los tipos del Capítulo II del Título XVIII del CP) constituyen delitos especiales, caracterizados por delimitar el círculo de la autoría en función a una cualificación *especial*, consistente en la titularidad de determinados deberes que lleva aparejados la condición de «funcionario público», cuyo alcance ha sido precisado en el acápite precedente. Estos sujetos calificados para ser autores de delitos especiales de funcionarios públicos son llamados *intraneus*, a diferencia de los particulares o sujetos que no detentan la titularidad de los deberes exigidos por los tipos penales de funcionarios públicos, que son denominados *extraneus*.

A su vez, los delitos especiales admiten la distinción entre *especiales propios* y *especiales impropios*. En los primeros, el tipo prevé sólo como posibles autores a sujetos especialmente cualificados, pues «la cualidad del autor fundamenta el injusto penal»[736], de suerte que será impune dicha conducta cuando fuere realizada por alguien que no reúna dicha condición. Por su parte, los *delitos especiales impropios* encuentran su correlativo en algún delito común, pero su realización por sujetos especialmente cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto[737].

---

esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles». En este sentido, hay que diferenciar esta clase de criminalidad en aparatos organizados de poder estatal desvinculados del Derecho, de los casos en los que el ordenamiento jurídico es en sí mismo criminal, tales como el sistema nazi, en los que no puede hablarse de una desvinculación del Derecho, al menos concebido en sus términos positivos. Vid. AMBOS, Kai, cit., p. 192.

736 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra la administración pública en el CP peruano. Lima, Palestra 2001, p. 41.

737 Vid. Supra, nota 36.

Sin duda, una de las materias que viene generando mayor debate y controversia, a propósito de las investigaciones judiciales instauradas contra la organización de Vladimiro Montesinos Torres, ha sido la participación del *extraneus* en delitos especiales de funcionarios públicos. Este tema es especialmente *sui generis* en dichas investigaciones, pues mucho se discute en doctrina sobre el título de imputación del denominado «instrumento doloso no cualificado», esto es, cuando el sujeto calificado (*intraneus*) se vale de un particular (*extraneus*) para perpetrar el hecho punible, pero pocos se han colocado en el supuesto de que un particular (o funcionario público no cualificado para cometer determinados delitos, como peculado por ejemplo, en tanto no posee la administración legal de caudales públicos) instrumentalice a verdaderos *intraneus* para cometer delitos especiales públicos. En definitiva, nos enfrentamos a la problemática de dilucidar el título de imputación en aquellos casos de participación de particulares en delitos especiales de funcionarios públicos, en los que el dominio del hecho es detentado por el *extraneus*, mientras que el funcionario público se erige como un verdadero instrumento de aquél, conforme a la lógica de los aparatos organizados de poder.

El dominio material que ejerció el ex Asesor de SIN sobre todo el aparato estatal, nos sitúa en un caso *sui generis* de instrumentalización de funcionarios públicos (*intraneus*) por parte de un sujeto que, si bien ostentó la calidad de funcionario público, carece de la cualificación especial para ser autor de determinados delitos contra la administración pública. Al respecto, son ilustrativos los casos instruidos por delito de peculado, en los que Vladimiro Montesinos dispuso de caudales públicos, cuya administración legal estaba confiada a diversos funcionarios titulares de pliegos presupuestarios (Ministros, Jefes del SIN, etc.), a favor de terceros. Antes de pronunciarnos sobre el título de imputación que debe recaer en estos casos sobre todos los intervinientes en el evento delictivo, conviene revisar las teorías que sobre la participación de *extraneus* en delitos especiales se han formulado, sin olvidar la reflexión de MUÑOZ CONDE, anotada en el epígrafe del presente capítulo, «sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una Dogmática de la autoría no plenamente perfilada

todavía en sus contornos, obligara a dejar impunes o a castigar sólo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a todas luces la pena del autor»[738].

La doctrina explica la participación de *extraneus* en delitos especiales a partir de la tradicional «teoría del dominio del hecho», distinguiendo las tesis que se decantan por la *ruptura del título de imputación* de las que se pronuncian por la *unidad del título de imputación*; y de la «teoría de los delitos de infracción del deber» (*Pflichtdelikte*), cuya formulación originaria se la debemos a ROXIN.

§ 11. Según la tesis de ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los *intraneus*, de modo que los *extraneus* sólo serán responsables por los delitos comunes homologables o subyacentes a los especiales. De esta forma, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un peculado, responderá como autor de un delito de hurto, mas no por el tipo de complicidad en peculado[739]. Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el *intraneus* será autor del delito especial y el *extraneus* partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el *extraneus* quien detenta el dominio del hecho, el *intraneus* será partícipe del delito especial, mientras que el *extraneus* será autor del delito común[740]. En el Perú, esta tesis sólo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la

738 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., p. 159.

739 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., pp. 42-44.

740 Abanto explica esta situación mediante el siguiente ejemplo, «cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo, autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un "hurto" (art. 185). Al revés, cuando el "dominio del hecho" lo tenía el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboró con aquél sin dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de "hurto" y el segundo como partícipe de "pecualdo"». (ibid., p. 43).

regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad como de los elementos típicos. Empero, conforme sostiene QUINTERO OLIVARES, tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriedad de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al *extraneus* e *intraneus* delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible[741].

§ 12. Por su parte, los partidarios de la teoría de unidad del título de imputación» admiten la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor *intraneus*. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de «accesoriedad limitada» de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el art. 26 del CP únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, mas no ante las que fundamentan el injusto.

A nuestro juicio, la aplicación del principio de accesoriedad limitada tiene plena vigencia y aplicación en el Código Penal nacional, pues, como se ha mencionado, la incomunicabilidad de las circunstancias de participación debe circunscribirse exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad. Esta posición tiene refrendo en la doctrina nacional. Así, HURTADO POZO al comentar el principio de incomunicabilidad de las circunstancias, regulado en el art. 104 del CP derogado -que tiene las mismas bases jurídicas que el art. 26 del CP vigente-, afirma que: «En nuestro derecho debemos, como lo hemos dicho anteriormente, admitir la "accesoriedad limitada"», pues la incomunicabilidad de las circunstancias «(...) no comprende aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se

741 Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir). Manual de DP. PG. Pamplona, Aranzadi 1999, pp. 630-632. según este autor, la tesis de la ruptura del título de imputación ha sido progresivamente abandonada en la doctrina y también por el Tribunal Supremo.

exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tal infracción»[742].

En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, al comentar el principio de incomunicabilidad de las circunstancias del art. 26 del CP vigente, admite la aplicación del principio de accesoriedad limitada, en cuya virtud sólo son incomunicables aquellas cualidades personales referidas a la culpabilidad y a la punibilidad. Así, «En todo caso, la regla del artículo 26 del CP no se refiere a las características personales referidas al hecho o materiales. Dichas características de lo injusto referentes al hecho indican en detalle el contenido material del injusto del hecho»[743].

Ahora bien, esta teoría y la tesis de la ruptura del título de imputación tienen un punto de encuentro. Ambas teorías hacen depender la imputación de la autoría de quien haya ejecutado los hechos con dominio del hecho. Así, según la tesis de la unidad del título de imputación, si el dominio del hecho fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquél. Por el contrario, si el dominio del hecho lo detentó el *extraneus*, entonces el delito cometido será común, y el *intraneus* será partícipe de este delito común[744].

---

742 HURTADO POZO, José. Manual de DP. PG. 2ª ed. Lima, Eddili 1987, pp. 560-561.

743 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. CP. 2ª ed. Lima, Grijley 1997, pp. 161-162.

744 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 45. Volviendo al ejemplo de este autor, citado en la nota 60, tenemos que cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo será cómplice de este mismo delito. Al revés, cuando el "dominio del hecho" lo tenía el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboró con aquél sin dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de hurto y el segundo como partícipe de este ilícito.

Conforme advierte ABANTO VÁSQUEZ, la teoría de la unidad del título de imputación es «especialmente insatisfactoria» en los casos en que un *intranei* se vale de un *extranei* doloso, pues llevaría a la siguiente solución materialmente injusta: en los *delitos especiales impropios*, el *intranei* sólo respondería como partícipe del delito común; mientas que en los *delitos especiales propios*, tanto el *intranei* como el *extranei* resultarían impunes.

Retomando el tema de los delitos de peculado cometidos por la organización criminal de Vladimiro Montesinos Torres, nótese que siguiendo la teoría de la unidad del título de imputación, no habría problema -en principio- en imputar a los funcionarios administradores de los caudales apropiados a favor de terceros la calidad de autores del art. 387 del CP, y al ex Asesor Presidencial el título de partícipe (inicialmente instigador, y luego cómplice primario cuando entrega dichos caudales a sus destinatarios)[745]. Empero, como se mencionó líneas arriba, dogmáticamente la instigación exige que el partícipe tome contacto con el potencial autor, lo capte para su plan y venza sus resistencias; mientras el que da órdenes en la jerarquía de una aparato organizado de poder se evita todo esto. Al respecto, cobra relevancia el planteamiento de ROXIN sobre los delitos consistentes en la infracción de un deber, que se explica a continuación.

§ 13. En efecto, una solución distinta a los postulados anteriormente detallados es la denominada «tesis de la lesión del deber», ideada por ROXIN[746], cuyos postulados son compatibles con la regulación nacional de la autoría y participación. Al menos, desde el Derecho positivo, no existe impedimento para su aplicación. La dis-

745 Con ello, no queremos decir que los terceros beneficiados con los caudales sean impunes. Antes al contrario, estimamos que deben responder penalmente como cómplices primarios del mismo delito de peculado. El tema de la punición del tercero en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, será materia de otro trabajo.

746 Esta tesis se encuentra ampliamente formulada en: ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en DP, cit., pp. 385 y ss.

tinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, «parte del presupuesto de que las expectativas normativas que se ven garantizadas por las normas penales admiten distintos modos de defraudación»[747], de suerte que los mecanismos de imputación de responsabilidad, y la estructura del injusto típico, dependerán del modo de defraudación que dichas normas toleren.

Según esta tesis, sólo en los «delitos de dominio» (*Herrschaftsdelikte*) el criterio de delimitación de la autoría está dado por el control o dominio que ejerce el sujeto activo respecto de la conducta típica, sea de modo directo (autoría directa unipersonal), por intermedio de un instrumento (autoría mediata), o conjuntamente con otros (coautoría); mientras que en los «delitos de infracción del deber» (*Pflichtdelikte*), la autoría viene delimitada por la lesión de un deber específico de titularidad del sujeto activo, siendo irrelevante al respecto la posesión del "dominio" del hecho. Dicho de otro modo, según la configuración de los injustos típicos, el criterio delimitador de la autoría está dado por la posesión del dominio del hecho (*Herrschaftsdelikte*), y en otros por la titularidad de un deber extrapenal convertido en elemento del tipo (*Pflichtdelikte*)[748]. Sobre el particular cabe efectuar una salvedad, el fundamento de la punibilidad en los delitos consistentes en la infracción de un deber está dado, al igual que en los delitos de dominio, por la protección de bienes jurídicos. Lo contrario, afirmar que la infracción del deber extrapenal constituye el fundamento de la punibilidad, implicaría regresar a visiones autoritarias del Derecho penal, actualmente superadas.

747 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En: Silva Sánchez, Jesús María y Carlos J. Suárez Gonzáles. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública. Lima, Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales (Biblioteca de Autores Extranjeros 7) 2001, p. 149.

748 Vid. PIZARRO BELEZA, Teresa. «La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad *versus* dominio del hecho?». En: Silva Sánchez, Jesús María (ed). Fundamentos de un sistema europeo del DP. Barcelona, Bosch 1995, p.340.

En materia de participación en delitos especiales, ROXIN propone sustituir totalmente la posesión del dominio del hecho, en tanto criterio de delimitación de la autoría, por la titularidad del deber extrapenal infringido. De adoptarse este planteamiento, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el funcionario público (*intranei*) que ha infringido dolosamente su deber sería autor del delito, sin importar que el dominio del hecho haya sido detentado por un sujeto no cualificado (*extranei*) y no por él; mientras que los que colaboraron con él responderán como partícipes del mismo delito especial, sea como instigadores o cómplices primarios o secundarios.

ROXIN explica las reglas especiales de autoría y participación formuladas para los delitos comisivos, recurriendo a un caso de torturas, delito tipificado en el § 343 StGB y en el art. 321 del CP peruano[749]. Así, si un particular (*extraneus*) instiga o induce a un funcionario a realizar torturas, deberá responder a título de partícipe pese a que detenta el dominio del hecho, pues el tipo presupone un funcionario como sujeto activo. Al respecto, en los delitos comentados, la cualidad de funcionario público constituye un requisito *imprescindible* de la autoría, no equiparable al resto de elementos típicos ordinarios[750]. En suma, en los delitos especiales de funcionarios públicos, sólo pueden ser autores los *intraneus*, no porque ostenten el dominio del hecho, sino porque son los titulares de deberes específicos, cuya infracción acarrea la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal.

Las consecuencias dogmáticas del planteamiento de ROXIN en el ámbito de la autoría y participación, son sintetizadas por SUÁREZ GONZÁLES del siguiente modo: *a)* con relación a la *co-autoría*, en los

749 La diferencia entre ambos tipos radica en que el peruano admite como sujeto activo no sólo a un funcionario o servidor público, sino a cualquier persona que actúe con el consentimiento o aquiescencia aquél, mientras que el CP alemán (StGB) sólo admite como autor a un funcionario público.

750 ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, cit., pp. 385-386.

delitos consistentes en la infracción de un deber no opera el presupuesto del dominio del hecho. Lo relevante es la vulneración del deber, y ello aun cuando, en el caso concreto, no exista dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio de hecho[751]; y, *b)* los principios que rigen la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber, son también aplicables a los supuestos de *autoría mediata*. Así, mientras que en los delitos de dominio es autor quien dirige el curso causal, dominando al instrumento por medio de coacción o engaño, en los delitos de «desión de un deber» la autoría se configura cuando el titular del deber (*intranei*) permite que la acción típica sea realizada por un particular (*extranei*)[752].

§ 14. En el caso de los delitos especiales perpetrados por la organización de Vladimiro Montesinos Torres, tales como peculados y colusiones ilegales, nos enfrentamos a un límite infranqueable: si bien el Ex Asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional se desempeñó como *funcionario público* durante el régimen presidencial de Alberto Fujimori, no tuvo a su cargo la administración *de iure* de partidas presupuestarias ni estuvo facultado por ley a intervenir en contratos o licitaciones pública. De este modo, sólo es posible imputarle responsabilidad penal a título de partícipe (instigador y cómplice), aún cuando haya ostentado el dominio del hecho[753]. Así, a partir de la distinción de fases del *iter criminis*, un particular

751 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J., cit., pp. 153-154. **Roxin** explica este punto con el siguiente ejemplo: el co-administrador de un patrimonio, que puesto previamente de acuerdo con otro co-administrador, auxilia a éste a apoderarse de los bienes co-administrados, para posteriormente repartírselos entre ambos, debe ser considerado co-autor del hecho aunque no ostente el dominio funcional del mismo, pues de igual modo ha vulnerado el vínculo de lealtad para con su administrado. Vid. ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en DP, cit., p. 389.

752 Vid. SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J., cit., pp. 154-155.

753 Según, ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, cit., pp 394 y ss., la participación es «intervención sin infracción de deber especial», aunque este sujeto detente el dominio del curso causal de la conducta típica.

puede desarrollar niveles de instigación cuando su intervención en la fase preparatoria es trascendental para la comisión del delito, en tanto determine al funcionario cualificado por el tipo ha quebrantar sus deberes, y niveles de complicidad cuando realiza algún aporte durante la fase de ejecución del delito, pese a no ostentar los deberes especiales que fundamentan la punibilidad. Por su parte, a los sujetos obligados por el deber (*intraneus*) les cabe responsabilidad a título de autores, aunque su actuación se haya circunscrito a firmar un Decreto o a permitir tales hechos sin mayor dominio del suceso, pues lo relevante en esta clase de delitos es el *quebrantamiento del deber especial.* Respecto a este último caso, debe aclararse que la conducta *permisiva* de los funcionarios encargados de la administración legal de fondos públicos y de la representación del Estado en contratos y licitaciones, comportan actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comisiva.

4. EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR

4.1. Aproximación Inicial.

§ 15. La utilidad del tipo penal de asociación para delinquir en un contexto de represión frente a la criminalidad organizada, radica en su carácter autónomo o independiente respecto de los delitos que a través de ella se cometan. Ante la dificultad de imputar niveles de responsabilidad penal a sujetos que actúan desde estructuras complejas de organización, muchas veces sin poseer las cualidades especiales que para el autor exigen determinados tipos penales, el tipo de asociación ilícita se erige como solución importante para sancionar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, «ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, (...), puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación, a título de autoría o participación y a la valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización los hechos concretos realizados sólo por algunos

miembros de la misma»[754]. En sentido, SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT han sostenido que el delito de asociación para delinquir del artículo 317 del CP peruano «se ha de ir convirtiendo en el mecanismo fundamental para la represión de las conductas vinculadas a la criminalidad organizada, al proceder a la tipificación explícita de la pertenencia a una organización criminal»[755].

§ 16. Sin duda, coincidimos con la función que los citados autores asignan al tipo penal de asociación para delinquir. Empero, debe advertirse que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición de «criminalidad organizada» a partir de la cual sea posible delimitar el ámbito de aplicación del mencionado precepto penal. Tanto la reciente Ley N° 27378 (Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito e la criminalidad organizada) como la Ley N° 27379 (Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares) hacen referencia a la expresión «organización criminal», pero no la definen. Sobre este concepto, de contornos muy imprecisos y lleno de relativismo[756], resulta interesante la propuesta de definición contenida en el Proyecto de Resoluciones del Coloquio Preparatorio sobre «Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I – Derecho Penal General», celebrado en Nápoles los días 19 a 20 de septiembre de 1997: «Existirá criminalidad organizada cuando al menos tres personas, con intención de cometer de forma continuada infrac-

754 MUÑOZ CONDE, Francisco, cit., p. 152.

755 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen emitido a petición del abogado Dr. Julio Rodríguez Delgado, p. 37, y que fuera presentado por la defensa del Sr. Manuel Delgado Parker en la instrucción que se le sigue ante el Primer Juzgado Penal Especial Anticorrupción, por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y asociación para delinquir, en agravio del Estado.

756 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal». En: Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa». N° 10. Madrid, Dykinson 2000, p. 7.

ciones graves, se involucren en una estructura estable y con capacidad de cometer esas infracciones»[757].

Por su parte, el grupo de «Droga y Criminalidad Organizada», creado por la Unión Europea como consecuencia del Tratado de Maastricht ha establecido tres notas características de las asociaciones criminales; a saber, *a)* colaboración entre dos o más personas; *b)* sospechosas de haber cometido infracciones penales graves; *c)* que actúan para conseguir beneficios y/o poder. Al respecto, dicho grupo recomienda identificar algunos elementos de cara a determinar si nos encontramos ante una organización criminal, tales como: *a)* la duración; *b)* estructura disciplinaria interna; *c)* el recurso a la violencia; *d)* el blanqueo de dinero; *e)* la utilización de estructuras comerciales; *f)* el ejercicio de una influencia en medios políticos, judiciales y económicos; y, *g)* la actividad internacional[758].

De alguna manera, parte de estos elementos se encuentran sintetizados en la definición propuesta por HERRERO HERRERO, para quien, en un plano funcional, «la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos»[759].

---

757 Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín. «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto». En: PICÓ I JUNOY, Joan (dir). Problemas Actuales de la Justicia Penal. Barcelona, J.M. Bosch 2001, p. 94.

758 ibid., p.94. En España, art. 282 bis 4) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por la Ley Orgánica N° 5/1999, de 13 de enero, contiene la siguiente definición: «(...) a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: (...)».

759 HERRERO HERRERO, C. Criminología. Parte General y Especial. Madrid, 1997, p. 477.

Por su parte, es útil la distinción que efectúa CHOCLÁN MONTALVO entre criminalidad organizada en sentido amplio y en sentido estricto. La primera acepción está referida a la denominada criminalidad *en* la empresa y abarca todos aquellos comportamientos que se desarrollan en el marco de la actividad empresarial, cuyo tratamiento es reservado al Derecho penal económico y empresarial. En sentido estricto, se alude a la criminalidad *como* empresa, esto es, al delito como objeto y finalidad. Así, a juicio del citado autor, para hablar de organización criminal en sentido jurídico – penal deben concurrir las siguientes condiciones: «1) la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones, lo que presenta específicos problemas a la teoría de la autoría, en atención a la distancia espacio-temporal entre toma de decisión y ejecución material del delito; 2) actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen el plan global, conociendo sólo la parte del plan asumida; 3) aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; 4) fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; 5) sometimiento a las decisiones que emanen del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; 6) movilidad internacional; 7) apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios»[760]. A nuestro juicio, debe agregarse como elemento consustan-

760 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit., p. 9. Esta definición es similar a la propuesta por **Joshi Jubert** al tratar el tipo agravado del tráfico ilícito de drogas por organización. Esta autora identifica los siguientes elementos: 1) la existencia de una seria planificación y preparación del hecho delictivo; 2) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados; 3) introducción a través del blanqueo de dinero en la economía legal; 4) movilidad geográfica y flexibilidad; 5) estructura fuertemente jerarquizada; 6) gran poder corruptor; 7) sus ámbitos de actuación son del más diverso tipo; 8) actitud criminal de grupo; 9) basta el carácter transitorio y finalidad ocasional de difundir los productos del delito. Vid. JOSHI JUBERT, Ujala. «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico ilícito de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fase II/ 1995, pp. 665-666.

cial a toda organización criminal la existencia de una *seria* planificación y preparación del hecho delictivo[761].

§ 17. El recibo del tipo penal de asociación para delinquir por los Tribunales peruanos ha sido motivado por las investigaciones seguidas contra la organización criminal de Vladimiro Montesinos Torres, pues desde su incorporación al CP de 1991 ha alcanzado un escaso desarrollo jurisprudencial[762], registrando nulo tratamiento a nivel doctrinal. Sobre esta materia, son pocos los casos sometidos a la consideración de los Jueces, y pocas por tanto las posibilidades de una doctrina jurisprudencial claramente definidora del tipo penal, habida cuenta sobre todo que los supuestos enjuiciados siempre se han referido a agrupaciones próximas a las *bandas armadas*, tales como las organizaciones terroristas.

Precisamente, por su importante vigencia coyuntural y su escaso estudio, las líneas siguientes están dedicadas al estudio del tipo de asociación para delinquir, abordándose la cuestión del objeto jurídico protegido y los elementos materiales de la infracción. La ausencia de trabajos sobre esta figura en nuestro país nos obliga a recurrir constantemente a la doctrina gestada principalmente a partir de la experiencia colombiana, argentina y española, teniendo presente la barrera infranqueable que nos impone la tipificación nacional del precepto.

4.2. Bien jurídico y técnica de protección.

§ 18. En el DP colombiano[763], BERNAL PINZÓN señala que la determinación del objeto jurídico de la tutela penal en el tipo de asociación ilícita ha dado lugar a discrepancias, pudiéndose distinguir

761 Vid. ibid., p. 665.

762 En los últimos años sólo se han dictado dos Ejecutorias Supremas sobre esta materia. Una recaída en el R.N. N° 492-99-CONO NORTE, y otra en el R.N. N° 3484-2000-LIMA, a las que nos referiremos más adelante.

763 Cuyo art. 208 del CP derogado, de raigambre italiana, es estructuralmente similar al nuestro. Precisamente, el *nomen iuris* «asociación para delinquir» fue toma-

hasta 4 posiciones: *a)* la infracción debe ser clasificada a partir del objeto jurídico tutelado en los delitos que los miembros de la asociación pretenden cometer; *b)* el bien jurídico tutelado debe cifrarse en la *paz pública*, tal como sucede en el ordenamiento penal brasileño; o, *c)* en la *tranquilidad pública*, tal como preconizaba Lozano y Lozano en los trabajos preparatorios del CP colombiano; y, *d)* el objeto de tutela jurídica ha de concretarse en *el orden público*, conforme se entiende en la legislación italiana[764].

Definitivamente, por su carácter disfuncional, debe ser rechazada la posición que cifra el objeto de protección en los intereses lesionados por los delitos perpetrados por la asociación criminal. Tal planteamiento implica desconocer que el tipo de asociación para delinquir ha sido diseñado como uno de *peligro abstracto*, cuya configuración no exige la materialización, ni siquiera el inicio de la ejecución de los delitos proyectados, sino que a tal efecto basta la pertenencia de los sujetos activos a la agrupación delictiva. En buena cuenta, esta posición llevaría a difuminar la protección penal a ámbitos muy diversos, que ya gozan de tutela específica, desconociéndose el carácter trascendente que el legislador penal ha impregnado al tipo de asociación para delinquir.

Por su parte, la referencia al orden público como bien jurídico es absolutamente etérea, si atendemos a que dicho interés es afectado por la comisión de cualquier delito. En este sentido, al comentar los delitos contra el orden público, BINDING afirma que «[...] la dificultad que surge en cuanto a la clasificación de estos delitos y precisamente

---

do de la legislación italiana. «Art. 208: El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa. Tal pena se aumentará hasta en una tercera parte para los que actúen como jefes o directores de la asociación».

764 Mayores referencias, Vid. BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. Bogotá, Temis 1965, pp. 454-457.

en cuanto a la determinación del interés tutelado, no nace propiamente del hecho evidente de que el concepto del orden público se encuentra en otras ramas del Derecho, sino del hecho de que los elementos que integran la noción de orden público como interés violado por estos delitos, pueden, a primera vista, *aparecer comunes al objeto jurídico de todos los delitos*»[765]. En buena cuenta, la genérica y difusa referencia al *orden público* no logra concretizar un concepto material de bien jurídico penal, como expresión de merecimiento y necesidad de pena[766].

§ **19.** En sentido similar, comentando el tratamiento de esta figura penal en el ordenamiento argentino, CORNEJO advierte que las discrepancias doctrinales en cuanto a la determinación del bien jurí-

765 BINDING, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús, cit., p. 455. En esta misma línea de razonamiento, MANZINI, Vicenzo. Tratado de DP. Vol. VI. Buenos Aires, Ediar 1961, p. 140, afirma que: «La consistencia real de una especie de delitos contra el orden público ha sido puesta en duda por una parte importante de la doctrina. Se quiere afirmar que todo delito deriva o puede derivar una turbación del orden público, ya que todo delito, por el daño mediato que produce, ofende a la sociedad entera y turba la opinión del público sobre su seguridad».

766 El merecimiento de pena está dado por la aglutinación simultánea de los criterios de: a) dañosidad social de las agresiones, baremo suficiente para legitimar el bien jurídico (aunque insuficiente para justificar la intervención penal); b) referente individual, por el que se entiende al bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, por lo que requiere ser matizado con el principio de «dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad», consagrado en los arts. 1, 2.1 y 3 de la Constitución. Principio que lo relaciona la idea kantiana del «hombre como fin en sí mismo», que impide su instrumentalización para la consecución de objetivos colectivos o sociales; y, c) plasmación constitucional en sentido lato. El juicio de merecimiento de pena debe complementarse con el de necesidad de pena, entendido en términos de utilidad, de modo que «hay necesidad de pena sólo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro». *In extenso.* Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». En: Themis-Revista de Derecho. Lima. N° 35. Lima, 1997, pp. 137 y ss.

dico ofendido por el delito de asociación para delinquir, obedecen a la amplitud conceptual con la que se ha caracterizado al *orden público*[767]. En el CP argentino el tipo penal de asociación ilícita ha sido ubicado dentro del Título VIII: Delitos contra el orden público[768]. Empero, pese a la ubicación sistemática del precepto, la doctrina argentina no ha dudado en concretar el bien jurídico en la *tranquilidad pública*, a partir de constatar que la existencia de una asociación para delinquir «produce una verdadera alarma colectiva»[769].

Desde una perspectiva teleológica, la referencia a la *tranquilidad pública* como objeto de tutela jurídica en el delito de asociación para delinquir resulta más adecuada, incluso así lo consideran autores en cuyas legislaciones dicho tipo penal ha sido ubicado bajo el Título de «Delitos contra el orden público». Este es el caso de CARRARA, quien comentando el CP italiano se decanta por identificar a la *tranquilidad pública* como bien jurídico, definiéndola como en su vertiente interna como un «estado real de ánimo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, por temor o por ira. Desde el punto de vista externo expresa ese estado correspondiente del cuerpo que consiste en la ausencia de movimientos extraordinarios, impetuosos y convulsivos. *Cuando esos estados se contemplan en un número indefinido de ciudadanos y posiblemente en todos, se usa la fórmula "tranquilidad pública"* (...), se dice que ofenden esta tranquilidad aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos»[770].

---

767 CORNEJO, Abel. Asociación Ilícita. Buenos Aires, Ad Hoc 1992, p. 25.

768 «Art. 210: Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión».

769 BREGLIA ARIAS, Omar, Omar R. GAUNA. CP y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado. 2ª ed. Buenos Aires, Astrea 1987, p. 756.

770 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal. Parte especial. Vol. VI. Bogotá, Temis 1973, § 3014 y § 3015.

En términos similares, CREUS se ocupa del bien jurídico señalando que: «la tranquilidad pública es una "situación subjetiva": sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia»[771].

Por su parte, otros autores como SOLER reconducen el objeto de tutela a la tranquilidad y confianza social, entendiendo que para la ley penal «orden público quiere simplemente decir: tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil. No se trata de defender la seguridad social misma, sino más bien *la opinión de esa seguridad* que, a su vez, en realidad constituye un factor más de refuerzo de aquélla»[772].

En definitiva, coincidimos con este autor, en que «la expresión *tranquilidad pública* tiene la virtud de eludir la ambigüedad que por sus distintas acepciones y dispar contenido tiene la fórmula *orden público*, a la par que señala la verdadera naturaleza del bien jurídico lesionado por este delito (asociación para delinquir)»[773].

§ 20. Sobre el particular, la doctrina española que comenta el tipo de asociación para delinquir[774], cuya estructura típica es similar al

771 CREUS, Carlos. DP. PE. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires, Astrea 1988, p. 101.

772 SOLER, Sebastián. DP argentino. 9ª reimpresión. T. IV. Buenos Aires, T.E.A. 1983, pp. 589 y ss. En este mismo sentido, **Molinario**, citado por FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de DP. 2ª ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma. T. VI. Buenos Aires, Abeledo Perrot 1990, pp. 450 y ss., define al orden público como «el estado de paz y tranquilidad que resulta del hecho que los individuos y las personas colectivas ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social, (...), resulta claro que lo que la ley tutela (...) es la *tranquilidad pública*, que resulta de la confianza general en el mantenimiento de la paz social».

773 ibid, pp. 450 y ss.

774 «Art. 515: Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1) Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión».

art. 317 del CP peruano, mas no así su ubicación sistemática[775], ha propuesto diversas tesis, sintetizables en 3: *a)* La primera, viene representada por quienes lo cifran en el *correcto ejercicio del derecho de asociación*, expresado también como *el derecho de asociación como garantía constitucional*[776]. Con relación a esta posición, VIVES ANTÓN recoge la crítica formulada por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, al señalar que «reconocer que los delitos que comentamos (delito de asociaciones ilegales) son extralimitaciones en el ejercicio del derecho de asociación no comporta ninguna determinación del bien jurídico lesionado con el uso abusivo»[777]; *b)* Otro sector entiende que el bien jurídico se halla constituido, en cada caso, por los *bienes singulares* contra el que se dirige el programa criminal de la asociación. Valen para esta posición las críticas formuladas líneas arriba, en el sentido que la protección penal comienza con el hecho asociativo, sin que su consumación exija el inicio de la ejecución de los delitos planificados. Frente a esta postura, CONDE-PUMPIDO FERREIRA es particularmente crítico al señalar que este planteamiento evidencia el desconocimiento de que el hecho material de la asociación es cronológicamente anterior a la puesta en peligro de tales bienes jurídicos singulares[778]; y, *c)* Quienes prefieren referirse al *orden público en sentido amplio*, y más concretamente, a la «propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de

775 Previsto en el Capítulo IV: «de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», Sección 1ª: «de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución».

776 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. «Asociaciones ilegales». En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Curso de DP español. PE. T. II. Madrid, Marcial Pons 1997, p. 714. Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. CP. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Madrid, Trivium 1997, pp. 4,540-4,541, se refiere a «la protección penal dispensada al ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos identificados como delitos, como claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho».

777 Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord). Comentarios al CP de 1995. Vol. II. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, p. 2012.

778 CONDE-PUMPIDO FERREIRA, Cándido, cit., p. 4,540.

aquélla».[779] En esta línea de razonamiento se encuentra SERRANO GÓMEZ, quien concreta el bien jurídico en el *orden público* y en la *autotutela del poder del Estado*[780].

§ 21. En nuestro ordenamiento, el delito de asociación para delinquir, tipificado en el art. 317 del CP[781], se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de 2 o más personas destinada a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la *tranquilidad pública* la existencia de una agrupación criminal, entendida como aparato con cierta organización y división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva.

Sin duda, conforme advierte DELGADO MARTÍN, la existencia de una estructura organizada de poder destinada a cometer delitos, «supone un incremento significativo de los peligros contra los bienes jurídicos protegidos en un Estado de Derecho»[782]. En definitiva, la dañosidad social que comporta la presencia de una asociación criminal está vinculada a sus notas esenciales, pues *a)* la sofisticación que las caracteriza, motiva la utilización de mayores medios materiales y personales para la comisión de delitos, que facilitan su perpetración;

779 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, cit., También, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), cit., p. 2012.

780 SERRANO GÓMEZ, Alfonso. DP. PE. 4ª ed. Madrid, Dykinson 1999, p. 880. De igual forma, GUZMÁN DALBORA, J. L. «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas». En: Revista de DP y Criminología, N° 2/1998, pp. 158 y ss.

781 «Art. 317: El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1, 2 y 4».

782 DELGADO MARTÍN, Joaquín, cit., pp. 94-95.

b) esta clase de organizaciones utilizan todos los medios a su disposición para hacer desaparecer las huellas del delito, dificultando de forma extrema la persecución penal; y, *c)* este tipo de criminalidad despliega frecuentemente sus efectos en medios políticos, judiciales y económicos a través de la corrupción de funcionarios, tanto de entidades privadas como de instituciones públicas. El gran poder económico de muchas de estas organizaciones acaba por tentar a los individuos que toman decisiones que pueden entorpecer o favorecer su actividad[783].

A partir de la ubicación sistemática del precepto comentado en el CP peruano, y atendiendo a la dañosidad social del comportamiento incriminado, debe concluirse que el bien jurídico penalmente protegido está dado por *la tranquilidad y la paz pública.* De este modo, el dolo específico que distingue al delito de asociación ilícita de las infracciones penales que dicha agrupación cometa es el de atentar contra dicha *paz pública,* resultante del normal funcionamiento -al menos en términos programáticos- de las instituciones y servicios públicos. Al tratarse de un bien jurídico de naturaleza inmaterial y carácter colectivo[784], estimamos adecuado el recurso a la técnica de

783 ibid., pp. 94-96.

784 **Bustos Ramírez** y **Hormazabal Malarée**, realizan la siguiente clasificación de bienes jurídicos: *a)* Bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema, cuya absoluta destrucción desencadenaría el colapso del sistema social, tales como la vida, salud individual, libertad, patrimonio y honor); *b)* Bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, cuya destrucción generaría el funcionamiento defectuoso de sistema social, aunque no originaría el colapso del mismo. Estos bienes son, a su vez, clasificados en: *b.1)* Bienes jurídicos colectivos, cuya afectación impide el desarrollo efectivo de los bienes jurídicos individuales más importantes. En esta sub-clasificación se ubica la estabilidad de ecosistema, la salud pública, etc.; *b.2) Bienes jurídicos institucionales*, referidos al conjunto de procesos y vías que son necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse. Entre ellos se encuentran la fe pública, la administración de justicia, la administración pública,"etc.; y, **b.3)** Bienes jurídicos de control, vinculados al conjunto de medios que utiliza el Estado para asegurar su poder, tales como la protección de la seguridad interior y exterior del Estado. Vid. *In extenso.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALARÉE. Manual de DP. PG., Madrid, Trotta 1994. pp. 115 y ss.

los delitos de peligro, pues de otro modo el Derecho penal renunciaría a la tutela de este importante bien jurídico. En efecto, la sanción penal se instrumentaría a partir de la aplicación de las reglas de la tentativa (art. 16 del CP) a los delitos planificados por la asociación criminal.

§ 22. Nuestro legislador ha criminalizado la pertenencia a una asociación criminal a partir de un tipo de *peligro abstracto*, en el que el comportamiento del agente «conlleva típicamente la producción de un peligro concreto»[785]. En tanto delito de peligro abstracto, el merecimiento de pena viene dado por la *«peligrosidad general»*[786] que el comportamiento típico irroga a la tranquilidad y paz pública, cuyo control escapa al propio ámbito de dominio del agente[787]. A este nivel, adquiere relevancia la discusión sobre la admisibilidad constitucional de los delitos de peligro abstracto. Así, a partir de la tipificación del delito de asociación ilícita en materia de terrorismo[788], autores nacionales sostuvieron que «según los presupuestos fundamentales del Derecho penal el mero acto de afiliación a una organización criminal no debería ser punible: para la imposición de una sanción penal se requiere que la acción humana haya lesionado o puesto en peligro determinado bien jurídico».[789] Es evidente que para estos autores la represión de un acto de adhesión o afiliación no representaba peligro alguno a la tranquilidad pública.

785 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de DP. PG. Granada: Comares, 1993, p. 238.

786 ibid., p. 238.

787 DEMUTH, Heinrich. Der normative Gefahrbegriff. Citado por CARO CORIA, Dino Carlos. DP del ambiente -delitos y técnicas de tipificación-. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 443-444.

788 Este delito se regulaba en el art. 322 del CP: «Los que forman parte de una organización integrada por dos o más personas para instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo, mediatos o inmediatos, previstos en este Capítulo, serán reprimidos, por el sólo hecho de agruparse o asociarse, con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años».

789 RIVERA PAZ, Carlos, Miguel TALAVERA ROSPIGLIOSI. «Terrorismo. Terror, bandas armadas y CP». En: Series Penales. N° 1. Lima, IDL 1991, p. 73.

Empero, a nuestro juicio, consideramos dogmáticamente válido el recurso a la técnica de *peligro abstracto* para tipificar el delito de asociación para delinquir, habida cuenta que la tranquilidad y paz pública se erigen como intereses cuya tutela exige el adelantamiento de la barrera de punibilidad[790]. Al respecto, la doctrina más aceptada ha puesto de relieve que la vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de **lesión**, sino que es suficiente una *puesta en peligro*, de suerte que «en los delitos de peligro abstracto los bienes jurídicos protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal»[791]. Conforme pone de relieve CHOCLÁN MONTALVO, sancionar la mera pertenencia a una asociación criminal no conduce a un Derecho penal de autor, «sino que trata de arbitrar una tutela anticipada -como delito de peligro- frente a eventuales lesiones de bienes jurídicos. Es decir, *no se sanciona la mera peligrosidad como manifestación de una determinada personalidad, sino la peligrosidad en relación con la debida protección de bienes jurídicos*».[792]

Por su parte, desde la perspectiva político criminal, convendría cifrar la tipicidad a la pertenencia a una organización criminal, tipo Mafia o similar, pues fuera de este ámbito la represión de asociaciones ilícitas se encuentra contemplada, sea de modo específico o a través de la agravante de responsabilidad personal por el hecho de haberse aprovechado de la estructura de una organización, o haber

790 El empleo de tipos de peligro hipotético, esto es, aquéllos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) en una consideración *ex ante* para producir un resultado lesivo, es lícito «cuando no es posible, o no es conveniente, supeditar la intervención penal a la constatación de peligro para un bien jurídico concreto, por ejemplo, porque su lesión va a producirse en un futuro más o menos lejano o porque afectará a objetos materiales que se saben existentes pero no son identificables -como ocurre en los delitos ambientales-». Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho Penal de la Empresa, Madrid, Ed. Trotta 1995, p. 58.

791 ROXIN, Claus. DP. PG. T. I. 2ª ed. Madrid, Civitas 1997, p. 60.

792 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit., pp. 34-35.

actuado en interés de ella[793]. Por lo demás, la importante función político criminal que desempeña la tipificación de este delito en el Derecho español ha sido puesta de relieve por RODRÍGUEZ DEVESA al considerarlo como «el único instrumento que dispone la ley para combatir la criminalidad organizada»[794].

4.2. Elementos materiales del injusto

§ 23. El tipo penal peruano de asociación para delinquir sólo ha sido desarrollado incipientemente a nivel jurisprudencial, a partir de los fundamentos expuestos en dos resoluciones de la Sala Penal de la Corte Suprema, recaídas en el R.N. N° 492-99-CONO NORTE, de 5 de abril de 1999, y en el R.N. N° 3484-2000-LIMA, de 22 de noviembre de 2000. En dichas Ejecutorias se afirmó que «(...) en lo atinente al delito de asociación ilícita, se debe señalar que conforme a la redacción del artículo trescientos diecisiete del Código Penal, la conducta consiste en formar parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos; esto es, que para la configuración de dicho ilícito se requiere la existencia de una agrupación, que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, descartándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativa de la existencia de la asociación, *como por ejemplo el gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismos*

793 En este sentido, Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», cit., pp. 189-190.

794 RODRÍGUEZ DEVESA, José María. DP Español. PE. Madrid, Dykinson 1994, p. 752. En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit., p. 34, para quien el sistema de agravaciones específicas previsto para determinados delitos es insuficiente para dar respuesta al fenómeno de la delincuencia organizada, «que no se agota en esas concretas manifestaciones delictivas y que requiere sanciones penales adecuadas que compensen el mayor contenido de injusto de los delitos favorecidos desde una organización criminal».

medios o división de tareas delictivas a través de diversas actuaciones (...), *no existiendo ningún historial delictivo que haga presumir que efectivamente los encausados conforman la organización antes mencionada, al no existir denuncias concretas en que se sindiquen a los acusados como presuntos autores de hechos delictivos y menos fluye ello de sus antecedentes penales y policiales* (...), de los que se advierte que éstos *no registran antecedentes penales, pero sí policiales por el presente proceso;* ***que, siendo esto así, los referidos acusados deben ser absueltos de la acusación fiscal*** (...)»[795]. A partir de la confrontación de esta Ejecutoria Suprema con el precepto normativo del delito de asociación para delinquir, destacaremos las notas esenciales de este ilícito penal.

§ 24. En lo que respecta al *sujeto activo*, el tipo de injusto del art. 317 refiere a un hecho punible necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal. *La agrupación criminal debe formarse mediante acuerdo o pacto de dos o más personas*, de suerte que nos encontramos ante un tipo de participación necesaria, y más concretamente ante un *delito de convergencia.* En definitiva, «existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente la intervención de más de una persona»[796]. Tales casos de participación se clasifican en delitos de convergencia y de encuentro. En los primeros, las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen a una meta común, y desde un mismo ángulo. Ello ocurre precisamente en el tipo de asociación para delinquir, pues la

795 El fragmento corresponde a la Ejecutoria recaída en el R.N. N° 492-99-CONO NORTE, extraída de Revista Normas Legales. Jurisprudencia. Tomo N° 276 (mayo 1999), pp. A-15, A-16. También publica en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 2/2001, p. 682-685. Las referencias en cursivas y negritas no corresponden al texto publicado. La otra Ejecutoria en mención, recaída en el R.N. N° 3484-2000-LIMA, reproduce de modo idéntico esta descripción de los elementos materiales exigidos por el injusto de asociación ilícita.

796 JESCHEK, Hans-Heinrich, cit., p. 636. También, Vid. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?». En: Ius et Veritas. N° 23/2002, pp. 283 y ss.

consumación necesariamente requiere la *convergencia* de voluntades orientadas a una meta común: cometer delitos.

Con relación al número de integrantes de la asociación criminal, nuestro legislador ha optado por exigir la concurrencia de dos personas como sustrato mínimo para la configuración de una agrupación criminal. Sobre este particular, el Código nacional se aleja de la tendencia seguida en el Derecho comparado, donde mayoritariamente se requiere como mínimo la concurrencia de tres personas para el perfeccionamiento del injusto. Quizá por ello, al comentar los elementos materiales del tipo peruano de asociación ilícita, VILLAVICENCIO TERREROS afirma que «Por agrupación se entiende el acuerdo de tres o más personas para dedicarse a determinada actividad. (...) La asociación debe estar constituida por tres o más personas»[797]. Empero, lo cierto es que al definir el concepto de agrupación criminal, el legislador peruano se ha decantado por exigir la concurrencia de dos o más personas.

Ahora bien, según el fallo antes citado, el acuerdo destinado a cometer delitos puede ser explícito o implícito, de tal suerte que este último supuesto debe deducirse de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación, tales como del *gran número de delitos realizados por las mismas personas,* así como del *historial delictivo de los imputados*. Empero, tal planteamiento carece de sustento dogmático y legal, pues la *ratio essendi* del tipo de asociación para delinquir no es reprimir la reincidencia y habitualidad, proscrita en el Código Penal de 1991[798], sino prevenir el efecto lesivo que irrogan las organizaciones criminales a la tranquilidad y paz pública.

---

797 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de tráfico de influencias y en el delito de asociación ilícita en contra del señor Manuel Delgado Parker, p. 38.

798 Efectivamente, en la Exposición de Motivos de nuestro texto punitivo se consignan las razones por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto del CP los institutos de la reincidencia y la habitualidad; entre otras,

Antes bien, el carácter explícito o implícito del acuerdo incriminado debe deducirse de actos de adhesión, esto es, de comportamientos manifiesta y positivamente destinados a cometer delitos, sin interesar que éstos se hayan materializado o no. Al respecto, lo determinante para dilucidar la membresía a una organización criminal son los actos de adhesión consistentes en un «hacer» o en un «no hacer», equiparables a conductas comisivas.

§ 25. La conducta típica consiste en formar parte de la agrupación criminal, constituyendo por tanto un delito de comisión permanente o de tracto sucesivo. De la exigencia de este elemento típico, puede concluirse que no se castiga la participación específica en un delito, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos. Se trata pues de un caso de adelantamiento de la barrera criminal, concretamente de la sanción de actos preparatorios elevados a la categoría de actos ejecutivos por razones de prevención general.

Es indispensable la concurrencia de un *elemento tendencial, finalista o teleológico*, expresado en el propósito colectivo de cometer delitos. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad ilícita, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos. En buena cuenta, el delito de asociación ilícita no viene consumado porque en la marcha de una determinada estructura asociativa -ínsitamente lícita- se cometan determinadas infracciones,

porque constituyen «formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (DP de autor)», y porque «castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio Non bis in idem (sic) (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito)».

sino porque desde el principio sus miembros buscan tal propósito como una finalidad, ya inicialmente delictiva. Al lado de este elemento finalista, autores como JIMÉNEZ VILLAREJO han destacado que las asociaciones criminales se caracterizan por el medio a través del cual se cometen las infracciones penales, siendo uno de los más relevantes la corrupción[799].

Ciertamente, a la par de estos criterios, debe destacarse como elemento típico la *permanencia* de los miembros de la asociación criminal. En esta línea, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA concluye que la calidad de integrante de una asociación criminal requiere la existencia de un *vínculo estable* y *duradero* de varios sujetos, orientado a la ejecución de un programa criminal[800] de carácter indeterminado.

En definitiva, para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de *permanencia*, así como un mínimo de *cohesión*. Sin embargo, ello no implica equiparar los conceptos de banda, ni de concierto o mera pluralidad de personas con el de «*asociación ilícita*». Ciertamente, la noción de banda también exige permanencia y base organizativa, esto es, un sistema jerárquico y de reparto del trabajo, empero el concepto de *banda armada* comporta un *plus* de dañosidad social en tanto su sola existencia produce un estado de *terror* en la población. Al respecto, la diferencia entre *bada armada* y *asociación criminal* no debe establecerse en función a una mayor o menor importancia de la estructura jerarquizada ni al número de integrantes[801], sino que debe estribar en el elemento subjetivo orientado a producir terror y zozobra en la población, que caracteriza al delito de terrorismo en tanto su configuración requiere de la existen-

799 JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. «Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal». En: Estudios de Derecho Judicial. Vol: «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial». Madrid, Consejo General de Poder Judicial y Escuela Judicial 1998, p. 62

800 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Asociaciones ilícitas en el CP, 1977.

801 Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit., pp. 32-33.

cia de una banda armada. Cabe puntualizar, que nuestra jurisprudencia ha definido el término *banda* como «la integración de dos o más personas que concertan con la finalidad de cometer uno o más delitos, para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efectos de asegurar el éxito de su incursión criminal, señalándose roles para tal propósito»[802].

Ahora bien, por otro lado, el concepto de organización criminal no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, la mera participación eventual en el hecho punible de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los correspondientes roles. Al respecto «debe poder ser apreciado un *plus* de contenido de injusto (mayor desvalor de acción o del resultado) con relación al tipo básico realizado por una pluralidad de personas. (...). De este modo, la organización adquiere cierta *autonomía* con relación a las personas individuales que contribuyen mediante su aportación a la consecución del objeto de esa empresa delictiva»[803].

En suma, conceptualmente es posible centrar la noción de asociación ilícita entre lo que se entiende por *banda* y por un simple *concierto eventual* de sujetos con propósitos delictivos sin fines de permanencia. La idea clave es que la asociación criminal supone un *plus* de desvalor cifrado en el carácter *autónomo* de la organización, sin llegar a exigirse la causación de un estado de terror o zozobra que caracteriza los delitos cometidos por *bandas armadas*. De acuerdo a este carácter autónomo, la constatación de la organización debe llevar aparejada la penalidad por el delito de asociación para delinquir con *independencia* de la responsabilidad que le cabe a los autores que concretamente intervinieron en la ejecución de los delitos proyectados por la asociación.

802 Ejecutoria Suprema de 25.6.1997, recaída en el R.N. N° 1902-97-JAEN.
803 ibid., p. 8.

§ 26. Respecto a la fase consumativa del ilícito asociación para delinquir, el legislador ha optado por pergeñar un delito permanente, en el que mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de suerte que -en cierta forma- el hecho se renueva constantemente[804].

Cabe acotar, que técnicamente no es correcto catalogar el delito de asociación para delinquir como delito continuado, pues, en rigor, esta acepción no se refiere a una clase de tipo penal, sino que se trata de una modalidad de concurso delictivo. Sobre el particular, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE explica que en estos casos el sujeto activo comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe una determinada homogeneidad, por lo que el legislador recurre a la ficción de considerar que desde el punto de vista jurídico existe una sola, calificándola de continuada[805]. Por su parte, para HURTADO POZO, a partir de la concepción adoptada en nuestro ordenamiento legal, el delito continuado es una ficción jurídica y su admisión significa una atenuación de la pena, debido a que constituye una verdadera excepción del concurso real de delitos. Según el art. 107 del CP de 1924 (art. 49 del CP de 1991) el legislador considera como elementos del citado delito continuado, circunstancias de naturaleza objetiva (pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley y contexto temporal de realización de las acciones) y subjetiva (unidad de resolución criminal)[806].

En términos prácticos, la consecuencia más importante de haberse diseñado un delito permanente está vinculada a la prescripción de la acción penal. De este modo, de conformidad con el art. 82.4 del CP, el plazo de prescripción para el tipo de asociación para delinquir

804 Sobre el concepto de delito permanente, Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, cit., p. 237; MIR PUIG, Santiago. DP. PG. Barcelona, PPU 1990, pp. 216-217; VILLA STEIN, Javier. DP. PG. Lima, San Marcos 1998, p. 210.

805 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, cit., p. 263.

806 HURTADO POZO, José, cit., pp. 598-599.

comienza a correr desde el día en que se cesó la permanencia, esto es, cuando el agente abandona la asociación criminal o ésta es desintegrada. Ello encuentra explicación en el carácter prolongado o de *tracto sucesivo* que caracteriza a la fase consumativa.

§ 27. En la doctrina se discute si la configuración del injusto del tipo de asociación para delinquir exige la concurrencia de una base organizativa fuertemente jerarquizada entre sus integrantes o miembros. Al respecto, GARCÍA PABLOS DE MOLINA contribuye a dilucidar la controversia al distinguir entre un concepto amplio y uno restrictivo de «asociación». Conforme a la acepción lata, sólo se requiere un acuerdo genérico para delinquir, asemejándose a una «asociación de hecho», mientras que en el segundo caso habría que añadir ciertos requisitos, tales como *estabilidad, permanencia, organización, número mínimo de miembros*, aproximándose tal acepción estricta a la noción civilista de asociación.

El concepto de asociación en el contexto jurídico-penal es evidentemente más amplio que el contemplado en la esfera privada. En cualquier caso parece que tal asociación requiere formalmente una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que el tipo penal de asociación para delinquir supone que la organización es independiente y autónoma respecto de la pluralidad de individuos que la conforman.

A nuestro juicio, la exigencia de una base organizativa no puede ser equiparada a la estructura altamente formalizada de una asociación civil lícita, pues no se requieren estatutos ni reglamentos, sino que el requisito de organización ha de entenderse como medio idóneo para alcanzar el objetivo permanente de cometer delitos. En la práctica, tal base organizativa se traduce en una división funcional de roles y tareas, propia de toda forma de autoría plurisubjetiva.

Ciertamente, la criminalización de las asociaciones ilícitas no representa la represión de un simple *acuerdo privado* para delinquir,

sino que el perfeccionamiento del injusto necesita de alguna manifestación externa, traducida en la amenaza de un riesgo concreto y serio para la tranquilidad pública. En este sentido, dicho acuerdo debe reunir ciertas notas de *seriedad*, sea en función al poder del que se hayan investido sus miembros, o de la idoneidad de los medios con los que cuentan, pues sólo de este modo la mera planificación de delitos significa un peligro para el bien jurídico penal.

Un tema de notoria relevancia práctica es el relativo al carácter subsidiario o complementario del tipo penal de asociación ilícita, esto es, si es admisible el concurso con las infracciones penales perpetradas por la agrupación criminal o, si por el contrario, éstas pueden ser subsumidas en la fase de agotamiento del delito de asociación ilícita.

Resulta claro que si determinada agrupación criminal comete delitos contra la administración pública, contra la vida, la administración de justicia y, en general, dirige su accionar delictivo contra bienes jurídicos distintos a la tranquilidad pública, es necesario castigar por cada afectación para abarcar independientemente el desvalor de cada resultado. En tal caso, al momento de determinación judicial de la pena deberán aplicarse las reglas concursales previstas en los arts. 48 y ss. del CP., pues, como se ha mencionado líneas arriba, el tipo del art. 317 del CP sanciona la mera pertenencia a la agrupación criminal con independencia del inicio de actos de ejecución, pues el legislador ha considerado que el solo hecho de integrar una asociación delictiva significa un peligro para la tranquilidad y paz pública.

En suma, el delito de asociación para delinquir debe entrar en concurso real o ideal, según sea el caso, con los delitos que lleguen a cometerse a través de la organización, quedando desplazada la aplicación del tipo penal comentado *sólo* cuando se prevean agravaciones específicas en los tipos de la Parte Especial[807].

807 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit., pp. 30-31.

Asimismo, llama la atención que a diferencia de lo que ocurre en la legislación comparada ya comentada, el tipo peruano de asociación para delinquir no contemple una modalidad agravada en función a la calidad del líder o dirigente de la agrupación. En efecto, el segundo párrafo del art. 317 del CP contempla una penalidad agravada en los supuestos en los que la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional.

No obstante, en tanto tal deficiencia no sea superada *de lege ferenda*, y habiéndose pergeñado un delito común, es posible aplicar al cabecilla o líder de la asociación criminal, así como al resto de miembros, la agravante genérica prevista en el art. 46-A del CP, siempre que hayan integrado la asociación aprovechándose de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público. En tales casos, el Juez podrá imponer hasta 8 años como pena privativa de libertad.

§ 28. Cabe abordar como último tema, la cuestión de si es posible realizar conductas punibles de *participación* en relación con el delito de asociación para delinquir. Es decir, si cabe sancionar a título de partícipes a los sujetos que sin ser miembros de determinada organización criminal, realizan actos de colaboración o prestan auxilio a los integrantes de la asociación en su propósito de cometer delitos. En definitiva, tratamos aquí el caso de los sujetos que -sin formar parte de la agrupación criminal- cooperan con sus integrantes en la planificación o ejecución de delitos. Esta importante cuestión queda sintetizada en la siguiente pregunta: ¿a estos sujetos les cabe responsabilidad penal como cómplices del delito de asociación para delinquir, independientemente del grado de responsabilidad que se les deba atribuir por la comisión o tentativa de los delitos planificados por la organización?.

Conforme se ha expuesto líneas arriba, de entrada, el art. 317 del CP sanciona exclusivamente las conductas asociativas, sin que se haya

previsto un tipo específico que reprima los actos de colaboración con la agrupación criminal, tal como ocurre en el caso de la Ley de Delitos contra la Tranquilidad Pública (Decreto Ley N° 25475)[808]. Empero, ¿qué sucede con los sujetos ajenos o extraños a la asociación que consciente y voluntariamente favorecen su actividad criminal, sea financiándola, participando en la planificación de delitos o interviniendo en su materialización?.

Ciertamente, la solución no es asunto sencillo y dependerá del criterio que se adopte para delimitar los actos preparatorios y el inicio de la ejecución del delito. Así, si centramos la delimitación en la «puesta en peligro» del bien jurídico, habrá que decantarse por la impunidad de los colaboradores, pues no es posible sancionar conductas de participación en actos preparatorios. Definitivamente, en tanto la criminalización del delito de asociación para delinquir constituye una excepción a la regla general de la impunidad de todos los hechos anteriores al comienzo de la ejecución delictiva, si el legislador pretende sancionar las conductas de participación en dicha preparación debe también tipificarlas expresamente[809].

---

808 «Art. 4: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años, el que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o *facilita cualquier tipo de bienes o medio o realiza actos de colaboración de cualquier modo* favoreciendo la comisión de los delitos comprendidos en este Decreto Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista».

809 Esta posición es defendida por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT. Dictamen emitido a petición del abogado Dr. Julio Rodríguez Delgado, pp. 38-40, y que fuera presentado por la defensa del Sr. Manuel Delgado Parker en la instrucción que se le sigue ante el Primer Juzgado Penal Especial Anticorrupción, por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y asociación para delinquir, en agravio del Estado. En dicho dictamen, los mencionados autores españoles afirman que: «Pero es que, además, resulta claro que esa excepción se regula en la ley en términos significativamente difusos, en los que la ambigüedad todavía se incrementaría si se proyectara sobre ellos la cláusula genética de participación. El riesgo es, entonces, que de la suma de la anticipación de la protección penal, más la ambigüedad de la regulación del tipo legal de anticipación, más la regulación genérica de la participación, resulte la sanción de conductas *"di mera disponibilità"*, carentes de todo valor concreto de lesividad».

Sin embargo, cifrar la delimitación entre actos preparatorios y ejecución en un concepto indeterminado, como la «puesta en peligro», es *metodológicamente incorrecto*[810]. Antes bien, fijar el comienzo inmediato de la acción típica como elemento de la delimitación ha resuelto el problema de manera *metodológicamente ejemplar*[811]. De este modo, si centramos la delimitación en el comienzo inmediato de la acción típica, concluiremos que los actos de colaboración que prestan los sujetos extraños y ajenos a la organización se realizan en la fase de ejecución del delito de asociación para delinquir, pues, al tratarse de un tipo de comisión *permanente*, queda configurado desde que dos o más personas dan vida a la agrupación destinada a cometer delitos.

A nuestro juicio, para que los sujetos extraños a la organización criminal sean imputables penalmente como cómplices del delito de asociación para delinquir, independientemente de la responsabilidad penal que quepa atribuirles por los delitos que dicha asociación haya perpetrado con su colaboración, deben concurrir los siguientes requisitos: *a)* que la organización criminal sea preexistente al acto de colaboración; *b)* que el sujeto tenga conocimiento que está relacionándose con una agrupación con fines delictivos, aunque ignore mayores detalles acerca de sus miembros o estructura organizativa; *c)* que se trate de un acto aislado o de cooperación eventual, pues de otro modo deberá ser considerado como integrante de la agrupación, y por tanto imputable a título de autor; y, *d)* que los actos de cooperación estén orientados a la planificación, ejecución o encubrimiento de infracciones penales, cuya realización constituya la finalidad de la asociación.

§ 29. No cabe duda que el develamiento de la organización criminal que se estructuró desde el poder durante el régimen presidencial de la década pasada, y que giró en torno al dominio ma-

810 ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, cit., pp. 334-336.

811 ibid., p. 336.

terial que detentó el ex Asesor Vladimiro Montesinos Torres sobre el ámbito público, llegando a aprovecharse de los «cauces del Derecho» para la común satisfacción de intereses delictivos, evidenció una verdadera *asociación para delinquir* que cumplió suficientemente las exigencias de seriedad y de base organizativa, pues estuvo integrada por altos funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Servicio de Inteligencia Nacional, Poder Judicial, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Congreso de la República, entre otras instituciones de carácter público y privado. Definitivamente, el hecho que la asociación criminal de Montesinos Torres haya instrumentalizado para la consecución de sus fines delictivos y crematísticos a organizaciones preexistentes, ínsitamente legales y de carácter tutelar, no debe postergar la urgente tarea de reestructuración institucional.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCEDIMIENTO PENAL POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

César Eugenio San Martín Castro

1. ASPECTOS GENERALES.

1.1 Ambito de la persecusión penal.

§ 1. El procedimiento penal por los delitos contra la Administración Pública, específicamente el previsto en los Capítulos II y III del Título XVIII del Libro II del CP, que comprende los tipos penales de abuso de autoridad, concusión, peculado, cohecho y contra la Administración de Justicia (contra la función jurisdiccional, prevaricato, y denegación y retardo de justicia), presenta algunas especialidades procedimentales.

Esto último significa, desde ya, que la base del procedimiento declarativo, de corte contradictorio, será el ordinario - común (delitos graves) o el sumario o abreviado (delitos menos graves)[812]. Sobre esa matriz procedimental, la ley incorpora algunas instituciones *sui generis* o modula de diferente modo determinadas instituciones básicas, que es del caso analizar[813].

§ 2. En efecto, la Ley N° 26689, de 30.11.1996, en su art. 1, dispone que corresponden al procedimiento ordinario – común, tres figuras delictivas: concusión, peculado y corrupción de funcionarios o

---

812 Se sigue el criterio de clasificación de MONTÓN REDONDO, Alberto. Derecho Jurisdiccional. T. III. Proceso Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 479, 514-515.

813 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. T. II. Lima, Grijley 1999, pp. 919-921.

cohecho. Los ocho restantes rubros delictivos del Título XVIII del Libro II del Código Penal (vid. art. 2), se tramitan bajo las reglas del procedimiento sumario o abreviado: *1.* delitos contra la Administración de Justicia: tres figuras delictivas (Capítulo III); *2.* delitos cometidos por particulares: usurpación de autoridad, títulos u honores, violencia y resistencia a la autoridad, y desacato; y, *3.* delitos de abuso de autoridad.

§ 3. Las especialidades procedimentales están circunscritas a seis ámbitos: *1)* al ejercicio de la acción penal, referida a la fase pre-procesal de investigación preliminar, a la inmunidad de los Altos Funcionarios del Estado, a la preceptiva intervención del Fiscal de la Nación tratándose de jueces, fiscales y procuradores públicos, así como respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, y al poder de investigación del Congreso; *2)* a las prejudicialidades y a las condiciones de perseguibilidad; *3)* al aforamiento de determinados Altos Funcionarios y a la alteración de las reglas de competencia para otros funcionarios (competencia objetiva por razón de la persona, *rationae personae*); *4)* al derecho probatorio, siendo de anotar el «Informe Especial» emitido por los órganos del Sistema Nacional de Control; y, *5)* a las medidas cautelares, especialmente las reales vinculadas a la incautación; y, *6)* a la vigencia o modulación de determinadas garantías procesales constitucionalizadas, como el *ne bis in ídem,* la presunción de inocencia y el derecho a la no auto-incriminación.

1.2 Algunas observaciones para mejorar la persecusión penal

§ 4. Como se infiere de lo anteriormente expuesto, la estructura jurídica destinada a la persecución de los delitos contra la Administración Pública es bastante compleja. Comprende la intervención de varios órganos, tales como el Congreso y el Ministerio Público, prevé la incorporación de varias especialidades procedimentales y, como se verá, reconoce numerosos obstáculos que impiden una eficaz estrategia contra este fenómeno criminal, cuyo centro es la corrupción[814].

814 Es de definir la *corrupción*, desde una concepción sociológica amplia, como abuso

También se constata la ausencia de normas claras y coherentes, especialmente en el área de las medidas coercitivas o limitativas de derechos.

Sobre el particular debe tenerse en consideración, conforme advierte CHOCLÁN MONTALVO, que la corrupción de envergadura tiende a institucionalizarse orgánicamente, en cuyo caso, cuando se entrelaza con la organización criminal se presenta como una forma dulce y simbólica de criminalidad organizada, lo que ha motivado una enérgica acción internacional que se ha plasmado en varios convenios internacionales y regionales[815].

§ 5. Desde luego, en el campo estrictamente jurídico - penal y desde una perspectiva normativa aunque sin desconocer que la corrupción tiene su explicación en la ausencia de un marco institucional y en la existencia de un Estado teórico y desorganizado,[816] es del caso,

---

de la función pública en pos de un beneficio privado (Joseph A. Senturia). El primer elemento es que debe tratarse de una *función pública*, radicada en el ámbito del Estado, cuyos fines son la protección jurídica y social a la población; el segundo elemento, es que la conducta realizada sirva a los *intereses propios o al beneficio personal*, que incluye perspectivas económicas o de otra índole, así como destinados a sí mismo cuanto a terceros; y, el tercer elemento, es el *abuso*, que se produce cuando el funcionario público utiliza el propio cargo para beneficio de sus intereses personales, en tanto que el cargo público, como tal, está ligado a una posición pública de especial confianza y a una autoridad soberana, que cuando existe abuso no son ejercidas debidamente. PRITZL, Rupert F.J. Corrupción y rentismo en América Latina. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA 2000, p. 55-59.

815 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. La Organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Madrid, Dykinson 2000, p. 52.

816 En el «Informe Anual sobre la región Andina - Enero 2002» se explica que la corrupción en los países andinos fue facilitada por el predominio de regímenes verticales de poder, algunos de ellos disfrazados con antifases democráticos de suerte que lo que primó fue le manejo oculto de los asuntos del Estado. Otros factores que conducen a la expansión y consolidación de este fenómeno fueron: a) el patrimonialismo y el sultanismo; b) la existencia constante de un Estado nominal; c) ausencia de una adecuada conciencia de ciudadanía; d) el alto costo de la legalidad; y, e) la crisis de valores (Comisión Andina de Juristas. Lima, CAJ 2002, pp. 53-57).

siguiendo a CRUZ CASTRO[817], adoptar un fluido y coherente sistema de instituciones procesales y materiales. Entre ellas cabe destacar las medidas coercitivas, especialmente las medidas instrumentales restrictivas de derechos o de injerencia en derechos fundamentales, tales como:

1) La intervención telefónica, que permite obtener evidencia decisiva, en la medida que se adopte con todas las garantías dimanantes de los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, a fin de proteger los derechos de los implicados. En este nivel resulta esencial contar con otra posibilidad conexa: acceso a los sistemas informáticos de todo aquél que se encuentre vinculado, directa o indirectamente, a los actos de corrupción y de lavado de activos procedentes de actividades criminales graves. Una medida más invasiva, y que en todo caso requiere de las mayores seguridades para su adopción, sería –tal como lo propone el art. 20.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional- la de vigilancia electrónica (gran escucha, según la legislación germana)[818].

2) El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, que posibilita acceder al movimiento económico del funcionario público y de las personas o empresas que puedan estar vinculadas a él, muy útiles sobre todo en los delitos de enriquecimiento ilícito, cohecho y peculado. A partir de esta medida, resulta muy importante y útil, siguiendo el modelo de la Convención Europea sobre Blanqueado, Rastreo, Embargo y Confiscación de los productos del Crimen, de 8.11.1990 (art. 4.2), poder disponer de «órdenes de vigilancia de cuentas bancarias y de elaboración de determinados documentos financieros».

---

817 CRUZ CASTRO, Fernando. «La investigación y persecución de la corrupción». En: Rev. Pena y Estado, CORRUPCIÓN, Revista Latinoamericana de Política Criminal. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 1996, pp. 92-98.

818 La aludida Convención ha sido aprobada por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 27527, de 29.10.2001.

Cabe puntualizar que la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su art. XVI, definiendo el ámbito de la cooperación interamericana preció que ningún Estado parte podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario[819].

En cuanto a las medidas cautelares, resulta esencial desarrollar con mayor énfasis:

3) La medida de incautación o secuestro de instrumentos (documentos financieros o comerciales), productos o bienes relacionados con las actividades delictivas contra la Administración Pública, sobre las que el Código de Procedimientos Penales guarda absoluto silencio. Obviamente, el presupuesto básico es la mejor definición y alcances de la institución penal material del decomiso, que nuestro Código Penal (vid. art. 102) denomina «consecuencias accesorias». Esta medida cautelar debe contemplar pautas propias que permitan la identificación, el rastreo, la inmovilización, la incautación y el ulterior decomiso de bienes «obtenidos o derivados de la comisión de los delitos (contra la Administración Pública), de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes»[820]; y,

4) Las medidas preventivas personales (ORTELLS RAMOS) *o* interdictivas (Código de Procedimiento Penal Italiano), destinadas a cumplir una función preventiva de ulteriores delitos por parte del imputado, que ha revelado una cierta peligrosidad al haber cometido una determinada infracción[821], que en el caso de delitos vinculados al abuso de la función pública deviene claro pues en muchos casos resulta necesario apartar al funcionario o servidor público del cargo que desempeña para evitar la reiteración delictiva.

---

819 Esta Convención, adoptada en Caracas en marzo de 1996, fue aprobada por Resolución Legislativa N° 26756, de 5.3.1997, ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, de 21.3.97, y entró en vigor el 4.7.1997.

820 Vid. Art. XVI «medidas sobre bienes» de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

821 ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal.

5) Paralelamente también deben introducirse, de modo general, las denominadas «medidas de protección» en favor de las víctimas, testigos y peritos. Diversos tratados internacionales recomiendan su incorporación en los ordenamientos nacionales, inclusive los prevé el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[822]. Una de las respuestas que ha proporcionado el ordenamiento jurídico para prácticas probatorias ilegales es la protección de las fuentes de prueba, para evitar en lo posible que sean destruidas, ocultadas, manipuladas o influidas; en el caso de las pruebas personales, es del caso cuidar la objetividad del aporte al proceso de testigos y peritos, así como –cuando existan riesgos razonables de que pueden ser influenciados o amenazados- implementar medidas que los protejan y garanticen que su declaración no pueda ser distorsionada o impedida. Estas medidas, como apunta MORENO CATENA, intentan intervenir normativamente en defensa de aquellas personas y salvaguardar, por encima de cualquier otra consideración, la integridad física y el patrimonio de quienes se ven obligados a comparecer en un proceso penal, a prestar testimonio o informe[823].

Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 474-475. La amenaza de un peligro concreto para su imposición es esencial a juicio de la jurisprudencia alemana, las mismas que a juicio de Claus ROXIN tienen una función preventivo-policial radicadas en razones de seguridad común. (vid. ROXÍN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 2000, pp. 321-323.

822 El art. 24.2.a) de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional prevé un procedimiento probatorio especial cuando se trata de testigos, familiares y demás personas cercanas. Señala que una de las medidas previstas puede ser «...establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados».

823 MORENO CATENA, Víctor. «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español». En: Ferre Olive, Juan Carlos y otro (ed). Delincuencia Organizada. Universidad de Huelva 1999, pp. 137-139. Un análisis local de las «medidas de protección», contempladas en el ámbito de la violencia familiar, se encuentra en: SAN MARTÍN CASTRO, César, Dino Carlos CARO CORIA. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Lima, Grijley 2000, pp.

§ 6. Dos técnicas de investigación especial que se recomiendan en estos delitos son, de un lado, la institución del «colaborador eficaz» y, de otro, el «agente encubierto»[824].

Las «fórmulas premiales y de justicia negociada», en delitos graves perpetrados al amparo de una organización delictiva, resultan especialmente útiles para conseguir la *delación* de personas vinculadas a ella, erigiéndose como criterio rector para desarticular las organizaciones delictivas, por lo general fuertemente jerarquizadas, y para obtener información eficaz y oportuna respecto al *modus operandi* de la organización y a sus fuentes de aprovisionamiento y de lavado de activos[825].

236-244. Sobre delincuencia organizada, vid. Ley N° 27378, de 21.12.2000, y el Decreto Supremo N° 020-201-JUS, de 7.7.2001, «Reglamento de Medidas de Protección de Colaboradores, Testigos, Peritos y Víctimas, a que se refiere la Ley N° 27378»

824 Las denominadas «técnicas encubiertas» pretenden hacer frente a las nuevas formas de comisión de delitos y al poderío económico existente detrás. Este concepto abarca distintos aspectos (p.e. agentes encubiertos, informantes, arrepentidos, entrega vigilada, protección de testigos, etc.). El empleo de esta técnica, sin embargo, debe enfrentarse con el viejo principio de que el Estado no puede ser partícipe en delitos bajo ningún concepto (MONTOYA, Mario Daniel. Informantes y Técnicas de investigación encubiertas. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc 1998, pp. 23-24). En rigor, se trata –expone CHOCLÁN MONTALVO, cit., p. 57- de instrumentos procesales para la represión eficaz del crimen organizado, esto es, de técnicas de investigación -que incluyen el favorecimiento de medidas de disminución de la pena para colaboradores arrepentidos, y la protección de testigos y peritos- capaces de acceder a su compleja estructura organizativa para obtener la correspondiente información; y, como tales, pretenden responder a dos cuestiones fundamentales: *(1)* la relativa a la autoría en caso de aparatos organizados de poder, particularmente por la distancia espacio-temporal entre órganos de ejecución directa y centro de decisiones; y, *(2)* los problemas de prueba centrados en el descubrimiento del centro de poder de la organización, hasta llegar al "hombre de atrás".

825 Michael ÜBERHOFEN. La Corrupción en el derecho comparado. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA 1997, pp. 88-90, señala que aún cuando la institución del «testigo de la corona» está expuesta a objeciones básicas desde el derecho alemán, se considera necesaria su aplicación en delitos graves y, como tal, las posibilidades de su incorporación se estiman como verdaderamen-

El «Agente Encubierto» es una institución radicada en el ámbito de la investigación preliminar del delito ejecutada por la Policía, pero intervenida por el Ministerio Público o el Juez Penal, en cuya virtud un miembro policial se infiltra en organizaciones delictivas a fin de obtener información y evidencias necesarias para formular cargos a quienes la integran y desarticularlas. Sobre el particular, sin embargo, es de diferenciar la figura –prohibida e ilícita- del «delito provocado» con la intervención del «Agente Encubierto»[826].

---

te prometedoras; además, da cuenta que tal institución se encuentra prevista en diversos países para los hechos de cohecho. El centro de tal institución procesal se ubica, según CHOCLÁN MONTALVO, un pacto entre dos partes interesadas: de un lado, los órganos encargados de la persecución penal, que necesitan de 'colaborares de la justicia' para obtener un conocimiento suficiente acerca del funcionamiento interno de complejas estructuras criminales; de otro, el arrepentido, que busca un beneficio personal y la vuelta a la normalidad social en régimen de libertad, a partir de la verificación objetiva de un aporte serio y eficaz que permita resultados útiles en la lucha frente a esta clase de criminalidad. La fórmula premial, advierte el citado autor, «constituye un importante instrumento político criminal para la lucha contra la criminalidad organizada, pero también favorece falsos arrepentimientos y conductas de fraude procesal» (cit., pp. 65-66). Obviamente, decimos nosotros, tales riesgos siempre deben tenerse presente a fin de evitarlos.

826 Es de rechazar la validez y eficacia de la actuación del «agente provocador», pues induce a la comisión de un delito que no habría tenido lugar sin la actuación instigadora del policía que hace surgir la concreta voluntad delictiva en quien no había resulto cometer ese delito. En cambio, como postula DE URBANO CASTRILLO, distinto es el caso del «agente infiltrado» que con objeto de obtener pruebas, se introduce en el ámbito donde sospecha pueden producirse delitos, y haciéndose pasar por un particular detiene a quien comete «*in fragranti*» el delito (La prueba ilícita penal. Navarra, Aranzadi 2000, pp. 75-76). El «delito provocado» es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembros de las Fuerzas de seguridad que, deseando la detención de sospechosos, y con la finalidad de construir pruebas indubitables de un hecho criminal, incita o convence a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito; empero, en el supuesto de «agente encubierto» la conducta de la autoridad, sin conculcar la legalidad, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, en cuyo caso los agentes policiales no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que el delito se desenvuelve (PAZ RUBIO, José María y otros. La prueba en el proceso penal. Madrid, Colex 1999, p. 392).

Es evidente, en el estado actual de la Política Criminal, que las nuevas formas de delinquir exigen también la superación de las técnicas de investigación policiales por otras que sean eficaces para combatir a las emergentes organizaciones del crimen a gran escala. Ello ha dado lugar, como apunta PAZ RUBIO, al surgimiento de las denominadas «operaciones encubiertas» como nuevas técnicas de investigación, mediante la utilización de agentes encubiertos, confidentes, agentes provocadores e incluso valiéndose de arrepentidos, cuyo límite –por los peligros que lleva implícitos- está en el respeto de los derechos fundamentales y en la exigencia de una regulación legal muy precisa de sus presupuestos y de una configuración de medios institucionales efectivos para evitar su uso indebido[827].

Es claro, por cierto, que la actividad del «Agente Encubierto» genera graves problemas en la aplicación del ordenamiento penal, material y procesal, así como importantes riesgos para las garantías procesales en un Estado de Derecho. Empero, la legitimidad de esa técnica no puede ponerse en duda, siempre y cuando la ley prevea puntualmente los casos de su intervención y que el órgano judicial autorice su funcionamiento y controle su conducta. DELGADO MARTÍN, sostiene que «el fin de la restricción resulta plenamente legítimo en una sociedad democrática, es decir, la defensa de la seguridad pública a través de un incremento de la eficacia de la actividad policial en la investigación del grave fenómeno de la criminalidad organizada (legitimidad del fin). Por último, debe considerarse que la mencionada restricción del derecho de defensa resulta proporcional y necesaria para esa finalidad, y ello por cuanto, como se ha visto, la ocultación de la identidad real del Agente Encubierto resulta absolutamente imprescindible tanto para su funcionamiento adecuado como para su propia existencia (necesidad)»[828]

827 ibid., p. 385.

828 DELGADO MARTÍN, Joaquín. «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto». En: Pico I Junoy, Joan (dir). Problemas actuales de la Justicia Penal. Barcelona, Bosch 2001, p. 128.

§ 7. Estas instituciones procesales[829], unidas a la más intensa cooperación judicial internacional, sin duda, garantizarán la eficacia de la persecución de los delitos contra la Administración Pública[830], de un lado, en la medida en que el proceso penal se amolde a las exigencias constitucionales, se elimine la burocratización de la instrucción judicialista, y se reordene la función del Ministerio Público, posibilitándose que obtenga el liderazgo de la investigación del delito, coordinando adecuadamente no sólo con la Policía, sino también con los demás organismos públicos que tienen a su cargo, de uno u otro modo, el control de la Administración Pública, tales como la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Aduanas, y las Comisiones Investigadoras del Congreso[831].

Por otro lado, la propia investigación contra la corrupción debe desarrollar una estrategia tal que cubra, a decir de CRUZ CASTRO, cuatro aspectos: *1.* Definir las fuentes de información públicas o privadas, para identificar el cuadro real de las actividades clandestinas

829 La legislación vigente, en gran medida, no ha incorporado estas instituciones con la extensión y precisión necesarias. Para el caso de la delincuencia organizada y delitos graves, la Ley N° 27379 instituyó un ágil y efectivo sistema de medidas limitativas de derechos, pero no incorporó las intervenciones telefónicas ni amplió las posibilidades de la medida de incautación ni del bloqueo de cuentas bancarias. La Ley N° 27378, empero, instituyó el procedimiento especial por colaboración eficaz, que comprende los delitos contra la Administración Pública, en cuyo ámbito exclusivo reconoció las medidas de protección. Por último, aún no se instauran las «medidas interdictivas», previstas en el Proyecto de CPP de 1995, y las figuras especiales del Agente Encubierto y entrega vigilada, sólo se aplican para los delitos de tráfico ilícito de drogas (Decreto Legislativo N° 824, arts. 28-30).

830 Precisa Nicolás RODRIGUEZ GARCIA que: «hasta hace poco tiempo la corrupción se consideraba básicamente en asunto interno de cada país. Sin embargo, este tipo de delitos raramente afectan a uno solo, y a la única forma de luchar con eficacia, sin dejar espacios abiertos a la impunidad, es colaborando judicialmente los diversos Estados, a escala regional y mundial». («Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción» En: FABIAN CAPARROS, Eduardo (coor.) Salamanca, Ratiolegis 2000, pp. 76-77.)

831 Con más detalle: SAN MARTÍN CASTRO, César. «Delito socio económico y proceso penal». En: Revista ADVOCATUS. N° 4. Lima, mayo 2001, pp. 281-283.

en las que se desarrolla la corrupción. *2.* Analizar las zonas y temas claves susceptibles de investigación, focalizándose en los hechos más graves y en los que tengan mayores posibilidades de éxito. *3.* Ejecución de una investigación discreta y bien planificada, evitando la publicidad hasta su finalización. *4.* Diversificar la estrategia contra la corrupción, cubriendo el ámbito sancionatorio, disciplinario, político institucional, sin perjuicio de implementar medidas preventivas[832].

§ 8. Lo expuesto en este apartado, desde luego, no puede dejar pasar por alto que el control de la corrupción es muy complejo y no se reduce a la mera persecusión penal. La profesora Susan ROSE-ACKERMAN nos dice al respecto que «la corrupción se puede controlar reduciendo los beneficios y elevando los costos de determinadas transacciones corruptas. Pero también se puede controlar indirectamente imponiendo límites al poder político y cambiando la actitud del público en cuanto al ejercicio de ese poder».[833]

2. EL PROCEDIMIENTO PENAL CONTRA ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

§ 1. Nuestra tradición constitucional, desde las aurorales Constituciones de 1812 y 1823, reconoce un control político previo para perseguir penalmente a determinados Altos Funcionarios del Estado –señaladamente congresistas, ministros de Estado y Presidente de la República-, así como –en determinados supuestos- introduce determinadas instituciones procesales en el ámbito de la competencia objetiva de los tribunales, alterando las reglas ordinarias de adscripción competencial.

De un lado, se tiene la *(1)* inmunidad constitucional –de definida naturaleza político-constitucional- y, de otro lado, se configura el *(2)* aforamiento procesal. En ambos casos se suscitan un conjunto de

832 CRUZ CASTRO, Fernando, cit., pp. 91-92.

833 ROSE-ACKERMAN, Susan. «Corrupción: causas, consecuencias y remedios» En: I Conferencia Nacional Anticorrupción. Lima, Proética 2001, pp. 45-46.

cuestiones problemáticas que es del caso abordar. Queda al margen del análisis la inviolabilidad, que es una garantía material, en cuya virtud «la persona que goza de este privilegio no puede ser castigada. En otras palabras, aun cuando incurra en delito no será perseguida penalmente»[834]. La inmunidad es, simplemente, una prerrogativa procesal o jurisdiccional.

2.1 Inmunidad de arresto y procesamiento

§ 2. El art. 93 de la Constitución prevé la «inmunidad de arresto y de procesamiento» para el congresista, que los arts. 161, III Párrafo, y 102, III Párrafo, de la propia Ley Fundamental extienden al Defensor del Pueblo y a los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Señala el art. 93, III Párrafo, que los congresistas «no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento». Esta autorización, en el caso del Defensor del Pueblo, es brindada por el Congreso (vid. art. 5 in fine de la LODP, N° 26520, de 8 de agosto de 1995), mientras que tratándose de Magistrados del Tribunal Constitucional el pronunciamiento corresponde al pleno de dicho órgano constitucional (vid. art. 13 de la LOTC N° 26435, de 10 de enero de 1995).

La inmunidad importa constitucionalmente una prerrogativa funcional. Hace referencia a un sistema de protección o de defensa

834 HURTADO POZO, José. Manual de DP. PG. Lima, Eddili 1987, p. 307. Desde la perspectiva procesal, apunta Juan MONTERO AROCA, la inviolabilidad supone una exención de la jurisdicción, lo que implica que la misma ha de impedir incluso la incoación del proceso penal, cuando el acto que pudiera considerarse delictivo esté clara e indudablemente cubierto por el privilegio» («Los privilegios en el proceso penal». En: Revista Poder Judicial. 2° Época. N° 39. Madrid, septiembre 1995, p. 259).

de funciones constitucionales taxativamente consideradas por la Ley Fundamental para garantizar la libertad en sentido amplio de determinados Altos Funcionarios, especialmente congresistas. En sentido genérico, siguiendo a GARCÍA TOMA, se puede definir como el conjunto de derechos y garantías que la Constitución ofrece a determinado órgano constitucional como institución, así como a sus miembros de manera individual, a efectos de salvaguardar su independencia, el libre y normal accionar en el desempeño de su misión constitucional, y su seguridad y jerarquía frente a la injerencia de los otros poderes del Estado o de particulares con influencia en la vida pública[835]. Se trata, en suma, de una garantía objetiva de la independencia y regular funcionamiento de un concreto órgano constitucional.

Por tanto, como apunta TIRADO, el reconocimiento constitucional de esta institución no estriba en una protección absoluta ante cualquier proceso penal o imputación penal, sino exclusivamente ante aquellos casos en los que se pretendiera una persecución política utilizando la vía judicial, por lo que sólo el carácter político de aquélla justificará, con independencia de los hechos, la aplicación de la inmunidad[836]. Desde esta perspectiva la inmunidad es considerada como

835 GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. T. II. Lima, Ed. Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial 1998, p. 281. Juan MONTERO AROCA, en cambio, postula una concepción cuestionadora de ese común entendimiento de la inmunidad; sostiene que «Sin negar radicalmente ese pretendido fundamento, parece más conveniente incluir la prerrogativa en un marco más general, como es el derivado de que la clase política ha pretendido y logrado el privilegio exorbitante de condicionar los procesos penales contra sus miembros a que la misma clase política los autorice» (cit., p. 263). Klaus TIEDEMANN, por su parte, considera que se trata de una garantía que tiene un rasgo característico institucional supraindividual y, en tanto, es una institución jurídica necesaria para mantener la capacidad funcional del órgano constitucional, no puede eliminársela («Indemnidad, Inmunidad y Acusación de Funcionarios». En: Revista de Derecho Procesal. N° 1. Madrid, 1999, p. 121).

836 TIRADO, José Antonio. «Inmunidad parlamentaria y derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega». En: IUS ET VERITAS. Año VII. Número 12. Lima, junio 1996, p. 91.

un reforzamiento de las garantías procesales penales de los congresistas, magistrados constitucionales y Defensor del Pueblo[837].

§ 3. La inmunidad de arresto y procesamiento funciona exclusivamente en favor de congresistas, magistrados constitucionales y Defensor del Pueblo. Como tal, salvo el caso de delito flagrante que permite el arresto inmediato por la autoridad policial, se concreta en que la restricción de la libertad deambulatoria y el procesamiento requiere la previa autorización del Congreso o, en el caso de los magistrados constitucionales, del Pleno del Tribunal Constitucional. La inmunidad está referida exclusivamente a aspectos penales; el art. 16, II Párrafo, del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, ratifica este ámbito material de la institución, al señalar: «La inmunidad de proceso no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra y sean derivadas de sus actos privados». Objetiva o materialmente se circunscribe a los delitos comunes, pues para los delitos de función rige la figura de la acusación constitucional.[838]

La inmunidad cubre un espacio de tiempo que va desde que los citados Altos Funcionarios son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, entendiéndose el primer extremo, según explica RUBIO CORREA, como desde el día en que son proclamados[839]. En tanto se trata de una garantía temporal, aclara ESCUSOL

837 COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel y otros. Los procesos penales. Tomo V. Barcelona, Bosch 2000, p. 2.

838 «La inmunidad de proceso protege al parlamentario en los casos de que se le imputen delitos comunes, como precisa de manera expresa el segundo párrafo del art. 16 del Reglamento del Congreso, que hace aplicable este procedimiento cuando se promueve contra el Congresista una denuncia judicial de índole penal, derivada de actos ajenos a su función». EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios». En: Revista Taller de Derecho N° 1/Enero 2002, p. 153.

839 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 4. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1999, p. 84.

BARRA, una vez terminado el período del cargo previsto en la Constitución, los Altos Funcionarios comprendidos en él (congresistas, magistrados constitucionales y Defensor del Pueblo) pueden ser sometidos al procedimiento penal que corresponda, tanto por los delitos cometidos con posterioridad a su cese como por los delitos que hubieren cometido con anterioridad, siempre que no hubieren sido enjuiciados (o sobreseídos libremente), ni hubieren prescrito[840].

Lo determinante para la aplicación de la inmunidad es que la imputación se produzca durante el período de vigencia de dicho instituto, sin que sea relevante la fecha de comisión del mismo, pues el delito habría podido perpetrarse antes de accederse al cargo y en función a la lógica funcional de la institucional no tendría razón de ser el análisis del *fumus persecutionis*[841]. MORENO CATENA, en esta misma línea, aclara que la inmunidad comprende tanto las infracciones penales cometidas durante la vigencia del mandato –con la extensión en nuestro caso de un mes adicional- que sean enjuiciadas en ese período, como las cometidas con anterioridad (y no prescritas) que todavía no hayan sido enjuiciadas[842]. En consecuencia, bajo esa tesitura, si existe un proceso abierto antes de la proclamación no es del caso suspenderlo o excarcelar al funcionario a las resultas de la autorización parlamentaria.

Sobre este particular, la Corte Suprema en la Ejecutoria de 12.1.1911 estableció, por ejemplo, que los juicios criminales, contra

---

840 ESCUSOL BARRA, Eladio. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex 1993 , p. 639.

841 BRAMONT ARIAS, al parecer, es de otra opinión. Con cita del penalista venezolano José Rafael MENDOZA, precisa que «...El tribunal que entienda en un proceso penal contra un Diputado o Senador, debe suspender todo procedimiento desde un mes antes de comenzar la legislatura hasta un mes de terminada, háyase instaurado el proceso antes o después del goce de la inmunidad, porque los representantes del pueblo no están obligados a comparecer a juicio en ninguna forma, ni por ningún motivo, ni deben permanecer presos ni coartados en el ejercicio de sus funciones ...» (DP. PG. T. I. Lima, Vilock 1972, p. 234).

842 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex 1996, p. 848.

los representantes a Congreso, instaurados en época hábil, con anterioridad a la proclamación de congresista, no se paralizan durante el período de inmunidad[843]. Agregó el Supremo Tribunal tres razones contundentes: *(1)* Que ni del tenor o espíritu de la Constitución ni de los de ninguna otra norma se puede deducir directa ni indirectamente que tales juicios se paralicen durante el período de la inmunidad; *(2)* Que los privilegios, cualesquiera que sean las razones en que se funden y las personas a quienes favorecen, no pueden ser ampliados, y las leyes que los establecen son de estricta interpretación; *(3)* Que el funcionamiento de la justicia criminal es de alto interés público, y su suspensión en el caso que así lo exigiera alguna razón de un orden superior o igual si pudiera haberla, debiera estar explícitamente consignada en la Carta Fundamental por ser de orden constitucional las prerrogativas de los representantes[844].

§ 4. La inmunidad se levanta a mérito de una petición expresa formulada por la Corte Suprema de Justicia, según lo dispuesto en art. 16, III Párrafo, del TUO del Reglamento del Congreso. Esta petición debe ir acompañada de copia auténtica del expediente judicial, conteniendo todos los actuados en la investigación policial, fiscal o judicial respecto del o de los supuestos delitos en los que estaría involucrado

843 Rev. ANALES JUDICIALES, Lima, 1910, pp. 567-575. Otra decisión más reciente, esta vez de la Corte Superior de Lima, de 15.10.1997, estipuló que si el auto apertorio de instrucción se dictó antes que el imputado sea proclamado Congresista, no es del caso entender que se ha producido un requisito de procedibilidad y que debe suspenderse el proceso; empero, entendió que debía elevarse al Supremo Tribunal el cuaderno respectivo para que se pronuncie respecto a la vigencia del art. 93° Constitucional, situación que obviamente es contradictoria con su inicial declaración, pues si el proceso preexiste al cargo de Congresista y por ende devenía infundada la cuestión previa deducida, no era del caso instar la autorización al Congreso (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. Jurisprudencia del proceso penal sumario. Lima, Grijley 1999, pp. 307-308).

844 Otra Ejecutoria, de 26.8.1948, bajo esa misma doctrina, señaló que «no favorece la inmunidad parlamentaria al Diputado que, con anterioridad estaba sujeto a un proceso penal con mandato de detención y, por tanto, radicado en la jurisdicción común, el mismo que fugó y que luego fue capturado dentro del periodo de dicha inmunidad» (Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 62-63. Lima, marzo-abril 1949, pp. 209-210).

el Congresista (art. 16, IV Párrafo, del TUO del Reglamento del Congreso). El petitorio, pues, es la vía procesal que garantiza la inmunidad, a partir del cual el Congreso procede a analizar los fundamentos de la imputación y establecer si existe motivación política o de otra índole[845].

En función a la naturaleza de la institución, el Congreso analizará que en la acusación sólo exista motivación de carácter legal y no de índole política, racial, religiosa u otras; es lo que se denomina «control del *fumus persecutionis*» y que por obvias razones no puede estar a cargo del Poder Judicial: valoración sobre el significado político de la conducta atribuida al congresista. Si como consecuencia de la votación del Congreso acerca del levantamiento de la inmunidad, se alcanza una votación favorable, de la mitad más uno del número legal de congresistas, el Congresista es desaforado y puesto a disposición judicial. Es especialmente importante limitar el análisis parlamentario al *fumus persecutionis*, pues el derecho constitucional que se encuentra en discusión es, siempre, desde la perspectiva del ciudadano, el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3 Const.), cuya limitación expresa, constitucionalmente reconocida, es la inmunidad, de ahí que deba circunscribirse a lo estrictamente político, excluyendo el denominado principio de autodefensa del Congreso, ya que lo contrario implicaría, a decir de TIRADO, «una limitación al proceso penal absolutamente arbitraria e injustificada, violándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se siente afectado u ofendido por la acción de un parlamentario»[846].

---

845 El petitorio –suplicatorio, en la legislación española- es el requerimiento fundado que, al decir de ASENCIO MELLADO, ha de cursar el Tribunal Supremo al Congreso a los efectos de obtener autorización para el enjuiciamiento del parlamentario –nosotros agregamos, Magistrados Constitucionales y Defensor del Pueblo-. Sólo en el caso de obtener dicha autorización, enfatiza el autor, se podrá proceder. En caso contrario, se habrá de dictar auto de sobreseimiento libre (Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1998, p. 322).

846 TIRADO, José Antonio, cit., p. 92. Una gran discusión, apunta MONTERO AROCA, cit., pp. 266-268, es si la denegación parlamentaria es un acto de voluntad política de la Cámara en función a criterios de oportunidad política y, por tanto, no puede ser controlada jurídicamente; o, por el contrario, cabe el

La exigencia de un petitorio expreso y el pronunciamiento obligatorio que respecto de él haga el Congreso constituye un requisito de procedibilidad[847]. Si no se formula el petitorio y el Congreso no se pronuncia, el proceso carece de viabilidad, es radicalmente nulo. Siendo así, cuando se trata de una investigación preliminar o un proceso penal abierto contra terceros, para imputar formalmente a quien goza de inmunidad se requiere que el Juez Penal mediante resolución motivada precise los hechos objeto de imputación y los indicios de criminalidad consiguientes y, en tal virtud, eleve las actuaciones a la Corte Suprema para que ésta, a su vez, las derive al Congreso planteando formalmente el desafuero. Si la investigación preliminar sólo se dirige contra el Alto Funcionario con la prerrogativa de la inmunidad, se formulará un requerimiento expreso al Juez Penal para que se inste el desafuero, el mismo que evaluará la procedencia del pedido en función a las exigencias anteriormente señaladas. En ambos casos, sólo se dictará auto apertorio de instrucción o ampliatorio de la misma si el Congreso levanta el fuero; la ausencia de la autorización del Congreso, es de insistir, hace radicalmente nulas las actuaciones judiciales correspondientes.

El efecto de la petición de desafuero es la suspensión de las actuaciones instructoras a las resultas del procedimiento parlamentario, en cuanto afecten la situación jurídica del Alto Funcionario, sin

---

control jurídico en tanto un tal acuerdo puede vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida en que no se resuelve conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad persigue, controlando que el juicio de oportunidad o de intencionalidad de la Cámara se ha realizado en términos razonables o argumentales. Klaus TIEDEMANN, cit., p.118, estima que la autorización del Congreso es una decisión discrecional, según la perspectiva alemana, aunque señala que tal decisión debe equilibrar la garantía de la capacidad funcional del Parlamento con los intereses de la Administración de Justicia estatal y del ofendido.

847 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y otros. Derecho Procesal Penal. Madrid, Ceura 1993, p. 680. En esta misma dirección, MONTERO AROCA enseña que: Si la inviolabilidad debía contemplarse desde las perspectivas penal y procesal, la inmunidad tiene únicamente carácter procesal y se concibe como una condición de procedibilidad, esto es, como requisito que ha de concurrir para que pueda perseguirse judicialmente al autor de un delito» (cit., p. 263).

perjuicio de realizar, por cierto, los actos de urgencia necesarios para asegurar las fuentes de prueba.

§ 5. Una vez obtenida la autorización del Congreso o, en su caso, del Pleno del Tribunal Constitucional, y, por tanto, logrado el desafuero del Alto Funcionario, que es el objeto del petitorio judicial, en tanto se trata de delitos comunes, la competencia para conocer del proceso que se instaure corresponde al Juez Penal respectivo. No existe una especialidad sobre el particular. Así lo resolvió la Corte Suprema en la Ejecutoria de 31.8.1989, recaída en el Expediente N° 01-89/Lima, oportunidad en que estipuló que cuando se trata de un delito común atribuido a un Diputado de la Nación, no es de recibo que la causa sea de conocimiento del Supremo Tribunal, pues su competencia originaria, por mandato constitucional, está reservada para los delitos de función cometidos por Altos Funcionarios del Estado[848].

2.2 Acusación consitucional

§ 6. Otra institución constitucional, que se erige como un obstáculo procesal para la actuación de la jurisdicción penal, con antecedentes en el art. 22 de la Constitución de 1828, es la denominada «acusación constitucional contra Altos Funcionarios del Estado» (vid. arts. 99 - 100 Const. y 89 TUO del Reglamento del Congreso).

Es también, señala GARCÍA TOMA, un mecanismo procesal de control político destinado a promover, de un lado, la defensa y eficacia de las normas e instituciones previstas en la Constitución, contra el abuso del poder en que pudiesen incurrir los altos funcionarios públicos; y del otro, la intervención del Órgano Judicial –a través de la Corte Suprema- en la investigación, juzgamiento y eventual penalización de determinadas altas autoridades o exautoridades estatales, cuando pesaren sobre ellas denuncias con razonabilidad jurídica de

848 Rev. ANALES JUDICIALES, Tomo LXXVII, Lima, 1989, pp. 269-271.

perpetración de un ilícito penal cometido en el desempeño de la función pública[849].

Es de acotar, con BERNALES BALLESTEROS, que se trata de un procedimiento *sui generis* en el Derecho constitucional comparado, configurando una institución del constitucionalismo peruano, que es el llamado «juicio político», que en realidad opera como un antejuicio, porque el Parlamento no juzga propiamente, sino que pone en funcionamiento un mecanismo constitucional que permite el juicio posterior que debe seguirse ante la Corte Suprema para determinados cargos del Estado[850]. La «Constitución histórica» reconoce al antejuicio peruano un origen en la Constitución de Cádiz, a su vez originario de la Constitución francesa de 1791, en tanto perseguían dejar expedita la vía para que los órganos jurisdiccionales sancionen delitos de función[851].

Se trata, apunta RUBIO CORREA, de una prerrogativa porque el principio general es que toda persona puede ser denunciada ante los tribunales y, en tal caso, queda sometida a jurisdicción. «Cuando se trata de las personas a quienes se hace antejuicio, la situación es distinta: ninguna demanda o denuncia que se haga contra ellos los somete a jurisdicción de los tribunales, a menos que el Congreso autorice tal procesamiento»[852].

§ 7. El art. 99 de la Constitución vigente precisa, bajo un sistema de *numerus clausus*, quiénes son considerados Altos Funcionarios Públicos incursos en la acusación constitucional: *1)* Presidente; *2)* Congresistas; *3)* Ministros; *4)* Miembros del Tribunal Constitucional; *5)*

849 GARCÍA TOMA, Víctor, cit., p. 331.

850 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Lima, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA 1996, p. 404.

851 PANIAGUA CORAZO, Valentín. ¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político? La Constitución de 1993. T. II. Lima, Comisión Andina de Juristas 1995, p. 128.

852 RUBIO CORREA, Marcial. T. 4., cit., pp. 124-125.

miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; *6)* Vocales Supremos; *7)* Fiscales Supremos; *8)* Defensor del Pueblo; y, *9)* Contralor General de la República. La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones en su día sancionó que los miembros de ese órgano constitucional gozaban de inmunidad porque eran Jueces Electorales, empero al no estar incursos expresamente en el art. 99 Constitucional tal extensión legislativa carece de eficacia alguna.

El ámbito de la inmunidad está definido, tanto material cuanto temporalmente: *a)* Materialmente, debe tratarse de delitos que cometan en el ejercicio del cargo; y, *b)* Temporalmente, la acusación constitucional procede hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones. Como tal, se traduce en un especial reforzamiento de las garantías procesales en los procesos penales contra aquéllos.

Por tanto: *1.* No se protege por cualquier delito, sólo frente a aquellos delitos vinculados causalmente a la alta función pública que desempeñan: *tipos penales funcionales*, que vulneren bienes jurídicos cuya custodia les está confiada o dentro de cuyo ámbito legal pueden afectar[853]. *2.* El privilegio es temporal: dura hasta cinco años después que los Altos Funcionarios del Estado hayan cesado en sus funciones, no desde la fecha de comisión del delito; es, pues, independiente del momento de su comisión. Eso sí, debe ser un delito funcional cometido cuando se ostentaba el alto cargo.

Ambos términos importan un cambio en relación con el art. 183 de la Constitución anterior. Dicha norma suprema permitía que la ley incorpore dentro de la acusación constitucional a otros altos funcionarios de la República, así como establecía que la prerrogativa no era temporal, bastaba que el delito funcional fuera cometido siendo su

853 El «nexo de causalidad» es esencial para establecer si el delito imputado está relacionado con el ejercicio de las funciones públicas, en rigor con el abuso de las mismas (Vid. MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. IV. Buenos Aires, EJEA 1953, p. 168). Debe tratarse de actos del oficio del funcionario cuestionado.

autor o partícipe un alto funcionario del Estado, esto es, regía de modo permanente.

§ 8. Es de aclarar que la acusación constitucional tiene una doble vía y un solo procedimiento: *1)* acusación constitucional en vía de juicio político; y, *2)* acusación constitucional en vía de antejuicio político[854].

En el primer caso, se valora políticamente la conducta funcional del Alto Funcionario del Estado y tiene lugar cuando se trata de responsabilidades de tipo político, ausentes de tipicidad penal, y culmina en la permanencia o destitución del afectado en el cargo, y en su habilitación o inhabilitación para ejercer posteriormente una función pública.

En el segundo caso, que es el ámbito de nuestro análisis, el Congreso realiza una valoración político-jurisdiccional destinada a permitir que se establezca o se desestime el juzgamiento de un alto funcionario público por la supuesta comisión de un delito funcional. Como tal, enseña GARCÍA TOMA, persigue, en primer lugar, definir el tipo de intencionalidad subyacente en la formulación de una denuncia constitucional; en segundo lugar, establecer la razonabilidad de los hechos que originan la denuncia; y, en tercer lugar, constatar la existencia de tipicidad penal en la supuesta conducta del imputado[855]. Como tal, sobre la base de un procedimiento preestablecido de des-

854 Para Víctor Julio ORTECHO VILLENA la responsabilidad de los Altos Funcionarios Públicos se expresa a través de tres instituciones: juicio político, antejuicio y desafuero (Juicio Político y procesos a funcionarios. Trujillo, Ed. Libertad EIRL 1992, p. 25).

855 GARCÍA TOMA, Víctor, cit., pp. 337-338. Esta tesis ratifica, como señala PANIAGUA CORAZAO, cit., p. 128, la base del modelo de la Constitución Gaditana. Dice el citado autor que el Congreso: «...califica la intención (política o no) de la denuncia, la verosimilitud de los hechos, y el carácter o, cuando menos, la verosimilitud penal de las conductas imputadas Si hay actos penalmente investigables, como delitos de función, se suspende la inmunidad y el acusado queda sujeto a proceso. Esa resolución implica, automáticamente, desde luego, la suspensión en el ejercicio del cargo».

afuero, remueve la inmunidad funcional para hacer posible el ejercicio de la acción penal, degrada cívicamente al Alto Funcionario responsable -privándole del cargo o inhabilitándolo en las funciones-, y presupone la definición de los delitos de función, sea en la Constitución o en la Ley ordinaria.

§ 9. El procedimiento típicamente parlamentario está desarrollado en el art. 89° del TUO del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa N° 014-2000-CR, de 18 de enero de 2001.

La legitimación activa para poner en conocimiento del Congreso los hechos presuntamente delictivos, a través de lo que se denomina «denuncia constitucional», propia del tipo de inmunidad vinculada a la acusación constitucional, puede ejercerla cualquier persona, pero si lo hacen los Congresistas o el Fiscal de la Nación, se evita un trámite previo de control de admisibilidad ante la Comisión de Acusaciones Constitucionales y necesaria asunción del cargo por un Congresista.

Corresponde a la Subcomisión Investigadora, nombrada por la Comisión Permanente del Congreso, *(1)* calificar que la denuncia constitucional cumpla con los requisitos de procedibilidad correspondientes y, pasado ese filtro, *(2)* verificar que los hechos denunciados constituyan presunto delito de función; está dedicada, como aparece del texto constitucional, a consolidar la imputación constitucional, que se plasma en un informe fundado para ser analizado por la Comisión Permanente y, en su día, por el Pleno del Congreso. El procedimiento parlamentario respeta el derecho de defensa del Alto Funcionario denunciado y está construido para realizar actos de investigación específicos. El Informe de la Subcomisión es elevado a la Comisión Permanente y es ésta la encargada de aprobar o desaprobar la acusación constitucional propuesta por aquélla. De hacerlo, nombra una Subcomisión Acusadora, a fin de que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso. Esta etapa es denominada por ORTECHO VILLENA, de acusación constitu-

cional, mientras que la siguiente etapa, que se lleva a cabo ante el Pleno del Congreso, es de declaración de formación de causa[856].

Compete al Pleno del Congreso decidir, previo debate contradictorio radicado en los alegatos de la Subcomisión Acusadora y en la Defensa del Alto Funcionario acusado, sin posibilidad de actuación de pruebas, si ha lugar a la formación de causa o no. En el primer caso, se emite la Resolución acusatoria correspondiente, que es remitida, con sus antecedentes, al Fiscal de la Nación. En caso contrario, el procedimiento se archiva y, por tanto, no podrá actuar la jurisdicción penal.

§ 10. La Ley N° 27379, en primer lugar, autoriza al Fiscal de la Nación a realizar investigaciones preliminares al procedimiento parlamentario de acusación constitucional por delitos de función cometidos en los supuestos del art. 99 de la Constitución. El plazo es de 60 días, a cuyo término si encuentra indicios delictivos formulará denuncia constitucional. De este modo se consagra legal y formalmente la fase pre-procesal de investigación del delito, produciéndose una ruptura con el CPP de 1940, de corte judicialista e influencia francesa.

En segundo lugar, durante esa fase, a pedido exclusivo del Ministerio Público, se pueden arbitrar judicialmente medidas limitativas de derechos, tanto cautelares cuanto instrumentales: *1)* levantamiento del secreto documental, *2)* embargo u orden de inhibición de disposición o gravamen de bienes, *3)* levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, *4)* remisión de información vinculadas al derecho a la intimidad o al secreto de comunicaciones (*compactage*), *5)* allanamiento o ingreso y registro, *6)* inmovilización y clausura temporal de inmuebles, e *7)* impedimento de salida del país.

En el caso de Congresistas, Defensor del Pueblo y Magistrados Constitucionales, por imperio de la Resolución Legislativa N° 014-

856 ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, cit., pp. 27-29.

2000-CR, sólo en el ámbito del procedimiento parlamentario, nunca en vía de investigación fiscal preliminar, puedan dictarse aquellas.

Las medidas limitativas, mediante resolución motivada, las dicta el Vocal titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema. Están sujetas a un tiempo determinado: 30 días después de comunicada resolución acusatoria de contenido penal del Congreso.

§ 11. CANEZ MARTICORENA cuestiona, de plano, la Ley N° 27399, tanto por el hecho de posibilitar una investigación previa del Fiscal de la Nación, cuanto por permitir determinadas medidas coercitivas. Sostiene que la prerrogativa del art. 99 Constitucional «(...) tiene por finalidad no sólo posibilitar el control político del accionar de los Altos Funcionarios, sino fundamentalmente servir de garantía procesal contra imputaciones que podrían tener motivaciones políticas o de venganza, por ejemplo», de suerte que el proceso penal para iniciarse requería de una habilitación especial que surgiera del seno del Congreso[857].

Es de apuntar al respecto que las investigaciones preliminares tienen un carácter preprocesal y permiten al Ministerio Público reunir material suficiente para instar sus requerimientos de imputación. El proceso penal, para su incoación, requiere de una resolución judicial, que acepte la imputación fiscal; por consiguiente, bajo una óptica acusatoria, sin promoción de la acción penal por el Fiscal no puede existir proceso penal. La prerrogativa de la acusación constitucional impide la incoación de un proceso penal por un delito vinculado al ejercicio del cargo imputado a un Alto Funcionario hasta que el Congreso se pronuncie emitiendo la resolución acusatoria pertinente. Esta prerrogativa, por consiguiente, no veda la posibilidad de que uno de los sujetos que tiene legitimación activa para formular denuncia constitucional, y que por disposición constitucional tiene atribuido el poder de investigación, pueda realizar determinadas actuaciones para sustentar los cargos que darían lugar al procedimiento parlamen-

857 CÁNEZ MARTICORENA, Alfredo. Procedimientos Parlamentarios de investigación y de acusación constitucional. Lima, Alternativas 2001, pp. 43-44.

tario en referencia; inclusive, como se sabe, en el ámbito de la inmunidad de procesamiento (vid. art. 93 Const.) la petición judicial respectiva se realiza sobre la base de determinadas actuaciones que justifican un «juicio de probabilidad delictiva» contra el congresista cuestionado. El núcleo de la prerrogativa es condicionar la promoción de la acción penal y el surgimiento del proceso penal a la autorización del Congreso, lo que por cierto se respeta cuando sólo se permiten actuaciones preliminares.

Por otro lado, fuera del caso de los parlamentarios, en que las medidas coercitivas, que no implican privación de la libertad personal, provienen de una expresa petición de un órgano del Congreso, la imposición de las mismas no es ilegítima, toda vez que tiene procedencia jurisdiccional y, precisamente, no privan de la libertad deambulatoria a los posibles Altos Funcionarios.

§ 12. La promoción de la acción penal, cuando se trata de los casos de acusación constitucional (art. 99 Const.), presenta –de conformidad con el art. 100 de la Ley Fundamental- tres concreciones. Primera, es el Fiscal de la Nación quien debe formalizar denuncia ante la Corte Suprema, a cuyo efecto tiene un plazo de cinco días. Segunda, el Vocal Instructor debe abrir la correspondiente instrucción, sin posibilidad de denegatoria. Tercera, en ambos casos se debe respetar el ámbito y calificación de la resolución acusatoria del congreso, la cual es vinculante.

Es obvio que su incumplimiento vulnera un presupuesto procesal vinculado a la causa. Se puede tratar como cuestión previa o, según el caso, como una causal de nulidad insanable. La Corte Suprema ha establecido; primero, que sólo cumplido ese procedimiento parlamentario es posible que ella asuma la instrucción y el juzgamiento del delito de función imputado; y, segundo, que es inadmisible la denuncia presentada directamente ante el Supremo Tribunal[858]. Se

858 Rev. ANALES JUDICIALES, 1959, p. 197. Rev. JURÍDICA DEL PERÚ,

trata, en consecuencia, de un requisito de admisibilidad de la denuncia formalizada del Ministerio Público por delitos de función cometidos por Altos Funcionarios del Estado y, además, de una garantía procesal que tiende a evitar la incoación de un proceso contra aquéllos antes que el Congreso intervenga analizando su razonabilidad.

El carácter vinculante de la resolución acusatoria del Congreso es, sin duda, una excepción a la garantía de exclusividad jurisdiccional y, por tanto, muy opinable[859], pero no es ínsitamente ilegítima puesto que la prevé expresamente la Constitución y porque trata de salvaguardar, en el momento inicial del proceso, el ámbito decisorio del Congreso en el ejercicio de su potestad de fiscalización[860].

1962, N° 2, pp. 139-140. Sancionó el Supremo Tribunal en esa Ejecutoria que la persecución penal contra un Ministro de Estado está subordinada a los trámites que fija la Carta Magna, y que frente al rigor que señalan las normas constitucionales, que traducen imperativos de naturaleza procesal y forzosa aplicación para los efectos de formar la causa respectiva, resulta indiscutible que el órgano instante no puede estar constituido en este caso por el Ministerio Público sino por el Congreso. En la Ejecutoria Suprema de 14.10.1968, anuló un auto de procesamiento dictado por un Juez Instructor que incluyó en la instrucción a ex Ministros de Estados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, afirmando que la competencia por estos hechos corresponde a la Corte Suprema (MIXÁN MASS, Florencio. Derecho Procesal Penal. T. I. Trujillo, Ankor 1982, pp. 350-352). En la Ejecutoria Suprema primeramente citada, de 2.6.1959, el Supremo Tribunal reiteró que la persecución por delitos cometidos por Altos Funcionarios en el ejercicio de sus funciones está condicionada al procedimiento parlamentario respectivo, establecido por primera vez por los arts. 90.5 y 100.3 de la Constitución de 1893, por lo que sólo cumplido este trámite legislativo podrá actuar la Corte Suprema (Rev. ANALES JUDICIALES. T. LIV. Lima, 1959, pp. 197-198).

859 Se ha sostenido: 1) que ello importa una depredación del criterio judicial explicable por el llamado «síndrome García Pérez» (GARCÍA TOMA, Víctor, cit., p. 342); 2) que es contrario a la sistemática constitucional, que el origen del juicio sería una decisión política y que condiciona una determinada tipificación (RUBIO CORREA, Marcial, cit., pp. 141-142); y, 3) que no solamente se produce una invasión de fueros, sino que también se convierte a un órgano eminentemente político en un estamento *cuasi* jurisdiccional (BERNALES BALLESTEROS, Enrique, cit., p. 407).

860 Expone PANIAGUA CORAZO que «(...) hasta 1990 nadie dudaba que las resoluciones de la Cámara de Diputados y del Senado eran 'vinculantes'. Esa

Empero, es claro que la vigente normativa constitucional trae consigo serios problemas en orden a la continuación del proceso penal, básicamente respecto a la tipificación de los hechos y al surgimiento de otros no comprendidos en la resolución acusatoria del Congreso. Para el primer caso, es obvio que en su momento la justicia puede ampliar el auto de apertura de instrucción para adecuar los hechos objeto de la acusación constitucional a lo que se estime legalmente correcto, para lo cual no haría falta un pronunciamiento ampliatorio del Congreso pues el ámbito fáctico no es alterado de ninguna manera. Para el segundo caso, en cambio, si se trata de nuevos hechos delictivos de carácter funcional, en tanto se encuentra vigente el tiempo de la acusación constitucional, se requiere que el Congreso, previo procedimiento de antejuicio, emita una nueva resolución acusatoria, esta vez de carácter ampliatoria.

§ 13. Otra exigencia del art. 100 de la Constitución, acumulativa a la necesidad de resolución acusatoria de contenido penal –al antejuicio propiamente dicho-, es el aforamiento. Los Altos Funcionarios

convicción excluía toda intervención del Ministerio Público. El Congreso, Jurado de la más alta calificación, y Fiscal investido de la máxima representación nacional, no necesitaba del Fiscal de la Nación para acusar. Tampoco requería del Vocal Instructor para decidir la apertura de la causa. En realidad, tampoco lo necesita ahora mismo (...). A los jueces que tienen la exclusividad de la función jurisdiccional y, solo a ellos, compete resolver si hay o no mérito para 'continuar la causa'» (cit., p. 135). Esta posición, sin embargo, no puede seguirse al pie de la letra; la Constitución instauró un sistema procesal persecutorio que deja en manos del Ministerio Público la promoción de la acción penal y de la acusación por delitos públicos; la denominada «acusación del Congreso» es simplemente una habilitación para iniciar el proceso judicial, es decir, es un presupuesto procesal que condiciona la instauración de un proceso jurisdiccional, para lo cual se necesita la instancia del Ministerio Público (ROXIN, cit., p. 170, aclara que la 'inmunidad', en cuanto presupuesto procesal referido a la perseguibilidad del imputado, es un impedimento procesal que imposibilita que sea sometido a persecución penal, hasta que se levante con la preceptiva intervención del órgano legislativo). Es claro que los hechos objeto de la resolución parlamentaria no pueden alterarse, pero ello no significa que el Congreso se convierta en 'Jurado de Acusación', propio de un modelo procesal que no es el nuestro y que no instaura la Constitución.

Públicos, que han sido acusados constitucionalmente, son procesados ante la Corte Suprema de Justicia. Es pues una garantía adicional para los Altos Funcionarios que en este caso se acumula a la acusación constitucional. Conforman entre ambas instituciones el estatuto jurídico de los Altos Funcionarios públicos.

La Constitución fija una competencia objetiva material originaria en el Supremo Tribunal. Este aforamiento se encuentra desarrollado tanto por el art. 66.2 de la LOMP[861], cuanto por los arts. 17 CPP y 34.4 de la LOPJ[862]. Para tal efecto, en orden a la competencia funcional, el Instructor es el Vocal menos antiguo de la Sala Penal; los tres siguientes Vocales, integran la Sala Penal Especial; y, en su caso, otra Sala de la Corte Suprema conoce el recurso de nulidad, en tanto el delito esté sujeto al procedimiento común – ordinario.

§ 14. El procedimiento ante la Corte Suprema da lugar a dos problemas vinculados, primero, a la acumulación de procesos entre imputados aforados y quienes no tienen esa prerrogativa constitucional, y, segundo, a la vigencia temporal del aforamiento.

¿Es posible la acumulación vertical? ¿Pueden verse conjuntamente en un solo proceso a personas aforadas y no aforadas partíci-

861 El art. 66.2 LOMP estipula: Son atribuciones del Fiscal de la Nación: «Ejercitar ante la Sala de la Corte Suprema que corresponda, las acciones civiles y penales a que hubiere lugar contra los altos funcionarios señalados en el art. 99 de la Constitución Política del Estado, previa resolución acusatoria del Congreso».

862 El art. 17 CPP prescribe: «Para la instrucción y juzgamiento de los delitos a que se refiere el artículo 114° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 34.4 de la vigente LOPJ), la Corte Suprema observará el procedimiento establecido en este Código, constituyéndose para el efecto la Segunda Sala en Sala Superior penal con Tres Vocales y designando Vocal Instructor al menos antiguo». A su vez, el art. 34.4 de la vigente LOPJ, estatuye que: Las Salas Penales conocen: 4. De la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en el Art. 183 de la Constitución (actual art. 99 de la Constitución vigente de 1993), Fiscales y Vocales Superiores, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que señala la ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes».

pes del mismo hecho delictuoso? La jurisprudencia suprema, aún cuando no se ha encontrado decisiones específicas, entendemos da una respuesta afirmativa, si se toma en cuenta lo que ha resuelto respecto de los procesos seguidos contra magistrados por delitos de función, que también importan un aforamiento.

En apoyo a esa tesis, cabe señalar, en primer lugar, que se trata de una conexión subjetiva, regulada por el art. 21.2 CPP; y, en segundo lugar, que si se abre proceso ante órganos jurisdiccionales distintos, puede acumularse ante el de mayor jerarquía, bajo el trámite dispuesto en el art. 26 CPP, de suerte que el hecho que se sigan instrucciones ante jueces de diversas jerarquía no es óbice para que exista una acumulación ante el juez de mayor jerarquía, que por lo demás esa misma norma lo permite y regula. A mayor abundamiento, el art. 1, numeral 1), de la Ley N° 10124, estatuye que «cuando varios agentes aparecen inculpados de un solo delito como autores o cómplices, la acumulación es también obligatoria».

Existen, por lo menos, dos decisiones del Supremo Tribunal que corroboran lo expuesto. En la Ejecutoria de 23.3.1944, estimó que resulta viable comprender en un proceso seguido ante un Vocal Instructor a quien no tiene la condición de funcionario público[863]. En la Ejecutoria de 3.2.1982, estableció que procede comprender en el proceso a quien no está sujeto a la competencia de la Corte Suprema pues por ese mismo delito se está procesando a quienes sí lo están, situación que se justifica para mantener la unidad de la investigación judicial y asegurar el éxito de la misma. En esta última Ejecutoria añadió *(1)* que la continencia de la causa no permite que por los mismos hechos se puedan seguir dos instrucciones, ni que las declaraciones instructivas, que son importantes, se evacuen, ante distintos jueces, desnaturalizándose con ello la investigación penal, y *(2)* que la competencia del Vocal Instructor no puede cuestionarse, ni mucho

863 RONCALLA VALDIVIA, Lino. Jurisprudencia en materia procesal penal. Lima, SESATOR 1984, pp. 47-48.

menos servir de sustento inhibitorio para excluirlo, ya que el alto nivel de la jerarquía judicial, no sufre legalmente menoscabo alguno y garantiza plenamente el derecho de todos los inculpados[864].

El fundamento de la acumulación, si se abrió instrucción en sedes jurisdiccionales distintas es incuestionable y responde a la misma idea glosada en la Ejecutoria de 3.2.1982. En efecto, la propia Corte Suprema en la Ejecutoria de 20.10.1997, sentó la siguiente doctrina jurisprudencial: «La acumulación de los procesos penales responde a la necesidad de aplicar el principio de la unidad del proceso, de la investigación y el juzgamiento de los delitos conexos que han originado varios procesos, tratamiento unitario que permitirá un conocimiento integral y coherente de cada conducta perpetrada y de la personalidad del o de los imputados como condiciones indispensables para adecuar la pena, y de esa manera se evite el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias si se juzgara por separado»[865].

Por lo demás, el conocimiento conjunto de los cargos tanto contra ex-Ministros cuanto contra diversos funcionarios de menor jerarquía y personas que no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos tiene precedentes en la jurisprudencia suprema. Así consta, por ejemplo, en la de fecha 25.5.1949, recaída en la causa N° 1464-949-LIMA, que se refiere a un proceso que se siguió ante el Supremo Tribunal contra un ex- Ministro de Gobierno y Policía y varios funcionarios y particulares por los delitos de malversación y apropiación ilícita[866].

§ 15. El art. 99 de la Constitución, como se sabe, limita la prerrogativa de la acusación constitucional a un tiempo determinado: desde

---

864 TARAMONA, José R. Compendio de Ejecutorias Supremas. Lima, JAMSE Editores 1982, pp. 59-61.

865 GACETA JURÍDICA. Guía rápida de jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Lima, febrero - 2001, p. 167.

866 Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 66-67. Lima, julio-agosto 1949, pp. 579-582.

el ejercicio de sus funciones hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas. En tanto el aforamiento es un efecto constitucional de la resolución acusatoria del Congreso, cabe preguntarse si durante el curso del proceso penal transcurre el plazo de cinco años, ¿la causa debe ser remitida al Juez Penal al entender que cesó el aforamiento?

La repuesta, sin duda alguna, es negativa. Instaurado el proceso penal y radicada la competencia del Supremo Tribunal, la variación ulterior del status del imputado, en nada modifica esta última[867]. Si se asumen los principios informadores del proceso, y en concreto los efectos derivados de la litispendencia, las llamadas *perpetuatio iurisdictionis* y *perpetuatio legitimationis*, es de ratificar esa posición. Señala HINOJOSA SEGOVIA que esto último es una ficción de acuerdo con la cual, todos los hechos que fundaron la jurisdicción y la competencia, de un lado, y la capacidad y la legitimación, de otro, permanecen inalterados, aunque en realidad hayan cambiado[868].

867 En sentido contrario, considerando que al finalizar el mandato parlamentario cesa el aforamiento y, por tanto, la causa debe remitirse al juez competente, desligándose de su conocimiento el Supremo Tribunal, se inclinó el Tribunal Constitucional Español en la STC de 11.2.1997. Empero, el Voto Singular emitido en esa ocasión por los Magistrados GIMENO SENDRA y GARCÍA MANZANO, correctamente estimó *(1)* que la Constitución somete el aforamiento a diferentes requisitos material y temporal que la inmunidad (el primero es un presupuesto procesal y la segunda es una garantía material); *(2)* que una vez que el Congreso se pronunció no cabe una revisión posterior del punto por el Poder Judicial, que es lo que implica remitir los actuados al Juzgado de Instrucción; y, *(3)* que no es posible que una regla de 'orden público',como lo es la competencia objetiva, dependa de un factor externo e incontrolable por las Cámaras, cual es el tiempo en el que se produzca el hecho punible (así, si el supuesto delito se comete al principio del mandato parlamentario, es probable que, de ese hecho, conozca el Tribunal Supremo, en tanto que si sucede durante los últimos meses de dicho mandato entenderá el juez natural) o que la Corte Suprema, no obstante el suplicatorio entienda, una vez expirado el mandato, que el hecho está o no 'directamente relacionado con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo', lo que no debiera suceder nunca, pues, en tal caso, el órgano jurisdiccional se irrogaría funciones parlamentarias, al tener que decidir sobre el contenido del suplicatorio, pudiendo originar un conflicto constitucional entre ambos Poderes del Estado.

868 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, cit., p. 683.

§ 16. El Presidente de la República goza de inmunidad en el sentido del art. 99 de la Constitución. Empero, esa inmunidad está sujeta a un límite muy concreto, que lo diferencia de los demás Altos Funcionarios del Estado. Según el art. 117 Constitucional, durante su período, sólo puede ser acusado por cuatro delitos muy concretos, que determinarán la suspensión en el ejercicio del cargo: *1)* traición a la patria (Capítulo I del Título XV del Libro II del CP, arts. 325-333); *2)* impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales (arts. 347 y 354 CP); *3)* disolver inconstitucionalmente el Congreso; e, *4)* impedir la reunión o funcionamiento del Congreso, de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones y de otros organismos del sistema electoral (arts. 346 y 347 CP) (en los dos últimos casos, la criminalidad de la conducta objeto de acusación está condicionada, desde luego, a que se cumplan los elementos típicos de las figuras penales citadas). Por tanto, fuera de dichos delitos, el Presidente no puede ser objeto de imputación alguna, sea cual fuere el delito en cuestión.

Esta prerrogativa constitucional se debe, según BRAMONT ARIAS, a fundadas razones políticas, a la necesidad de no perturbar, en lo posible, la importante función política del Jefe de Estado; infracciones de intrascendencia nacional no deben obstaculizar el libre ejercicio del mandato presidencial, y no se le puede exponer a maquinaciones de índole política en el Congreso, que se vería agravada si el Presidente sólo contara con una minoría parlamentaria.

La persecución penal al Presidente de la República, fuera de este supuesto y cuando se encuentra en el ejercicio del cargo, requiere que el Congreso declare la vacancia de la presidencia debido a «incapacidad moral» (art. 113. 2 Const.), que importaría la comisión de una conducta delictuosa diferente a las previstas en el art. 117 de la Constitución[869].

869 Vid. HURTADO POZO, José, cit., pp. 308-309. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Lecciones de Derecho Penal. Lima, Ed. Cuzco 1990, p. 95.

Por último, el Presidente puede ser perseguido penalmente cuando ha terminado el mandato presidencial, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tomado en cuenta para los efectos de la prescripción[870]. Es claro que si se trata de un delito funcional perpetrado durante el ejercicio del cargo y aún no han transcurrido cinco años del cese de sus funciones presidenciales, será necesario el antejuicio[871]. Vencido ese período o si se trata de un delito común, la persecución penal no requerirá la intervención del Congreso.

3. LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL DE LA NACIÓN.

§ 1. La Constitución, como se ha visto, no sólo confiere al Fiscal de la Nación la dirección o presidencia del Ministerio Público (art. 158 Const.), y le encarga taxativamente la titularidad para promover la acción penal luego que el Congreso ha expedido resolución acusatoria de contenido penal contra un Alto Dignatario del Estado (art. 100, III Párrafo, Const.)[872]. Además, le atribuye la promoción de la acción penal cuando se presume enriquecimiento ilícito, por denuncia de terceros o de oficio, cometidos por funcionarios y servidores públicos (art. 41, II Párrafo, Const.)[873].

---

870 HURTADO POZO, José, cit., p. 309.

871 En igual sentido: PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PG. I. Lima, Grijley 1995, p. 243.

872 En este caso, explica José HURTADO POZO, los Altos Dignatarios no pueden ser denunciados por el Fiscal Provincial y ante el Juez de turno, sino que deberá hacerlo el Fiscal de la Nación y ante la Sala correspondiente de la Corte Suprema, lo cual –en el ámbito del privilegio procesal del antejuicio- tiende a evitar el mal uso de la acción penal dirigida a perturbar el funcionamiento de organismos estatales claves (El Ministerio Público. Lima, EDDILI 1981, p. 151).

873 El 2do. Párrafo del art. 40 Constitucional estipula que: «Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial». Al respecto, enfatiza Luis BRAMONT Arias que el Fiscal de la Nación tiene atribuciones complejas y fundamentalmente de mando, dirección e interpretación, todo en función o al servicio de su unidad de actuación. Reconoce, igualmente, que el Fiscal de la Nación

§ 2. Desde ese mandato constitucional, la Ley Orgánica del Ministerio Público impone como atribución exclusiva del Fiscal de la Nación, no del Ministerio Público en su conjunto, la de «formular cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos» (art. 66.3 LOMP, mod. por la Novena Disposición Final de la Ley N° 26623, de 19.6.96).

Ello significa que el Fiscal de la Nación asume el control de todos los hechos presuntamente delictivos tipificados en el art. 401 del CP, modificado por el art. 7 de la Ley N° 27482, de 15.6.2001. En tal virtud, actuando directamente en funciones propiamente penales, tiene todas las obligaciones y atribuciones consiguientes a ese estricto ámbito funcional, fijadas -en principio- en el art. 94 de la LOMP. Por tanto, a los solos efectos de la «inculpación formal», decidirá si es del caso iniciar una investigación preliminar, ya sea por él mismo o por su delegado, o más bien encargar a la Policía la indagación previa, siempre bajo su conducción directa o por su delegado[874].

---

tiene como una de sus funciones procesales, la interposición de la denuncia como consecuencia del antejuicio constitucional; y, como una de sus funciones de autoridad, la decisión del ejercicio de acción penal contra fiscales y jueces por delitos de función (El Ministerio Público. Lima, SP Editores 1984, p. 112). En ambos casos, como se ha señalado, se trata de funciones penales de directa incidencia procesal, vinculadas a la promoción de la acción penal.

874 Enrique BERNALES BALLESTEROS, cit., p. 261, anota, al comentar este segundo párrafo del art. 41° Constitucional, que la presunción de enriquecimiento ilícito ocurre « ... bien cuando se tiene sospecha de que el funcionario ha recibido ingresos que no corresponden a sus rentas, bien cuando existe una manifiesta disconformidad entre su patrimonio, o su nivel de vida, y las declaraciones realizadas. En estos casos corresponde al Fiscal de la Nación formular cargos a que hubiere lugar ante el Poder Judicial para que se proceda al encausamiento o, según el caso, a solicitar el antejuicio». Atribución que, conforme apunta Marcial RUBIO CORREA. T. 2, cit., p. 430, «... es consistente con la reconocida en el inciso 5 del artículo 159 de la misma Constitución que le da competencia para ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte».

Como se sabe, tratándose del ámbito de la investigación preliminar, inicialmente, la Ley N° 24388, de 6.12.85, reconoció que el Ministerio Público no sólo podía encargar a la Policía que realice la investigación previa, sino que también podía hacerlo directamente, situación última que no había sido recogida por el art. 94.2 de la LOMP. La Ley N° 27379, de 21.12.2000, ratificó la potestad de investigación autónoma del Ministerio Público, bajo la directiva impuesta por el art. 159.4 de la Constitución, que precisa que el Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito, permitiendo a su vez la posibilidad de requerir al órgano jurisdiccional competente la imposición de determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que se trate –en lo pertinente- de delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos en los que intervenga una pluralidad de personas o cuando el agente integre una organización criminal (art. 1.2).

§ 3. La potestad de investigación penal del Fiscal de la Nación, en relación con los delitos de función perpetrados por Altos Funcionarios Públicos, ha sido desarrollada por la Ley N° 27399, de 13.1.2001. Esta Ley autoriza expresamente al Fiscal de la Nación a realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de los delitos atribuidos a dichos Altos Funcionarios, fija el plazo de la investigación preliminar en 60 días naturales y, en su caso, de encontrar indicios razonables de la comisión de los mismos, le faculta a formular denuncia constitucional ante el Congreso. Asimismo, le permite requerir al Vocal Supremo Titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema la imposición de determinadas limitativas de derechos previstas en la Ley N° 27379.

§ 4. Por consiguiente, la Constitución del Estado dispone dos ámbitos de intervención directa del Fiscal de la Nación en funciones penales, de persecución del delito, propias del Ministerio Público: *a)* delitos perpetrados por Altos Dignatarios, de conformidad con el art. 99 de la Constitución; y, *b)* delitos de enriquecimiento ilícito cometidos por funcionarios y servidores públicos.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, en su art. 66 originario, previó un tercer ámbito funcional penal del Fiscal de la Nación: la decisión del ejercicio de la acción penal contra los Jueces de Segunda y Primera Instancia, así como contra los Fiscales Superiores y Provinciales, por delitos cometidos en su actuación funcional. En tal caso, el Fiscal de la Nación debía instruir al Fiscal que corresponda para que ejercite la acción penal. Esta intervención ha sido considerada por el Supremo Tribunal en la Ejecutoria de 3.11.1998, como un requisito de procedibilidad, cuya omisión determina la nulidad del proceso penal incoado indebidamente[875].

A esta prerrogativa funcional se unen los Procuradores Públicos, pues de conformidad con el art. 32 del Decreto Ley N° 17537, «...gozan en el ejercicio de sus funciones, de las mismas prerrogativas que corresponden a dichos magistrados (Fiscales de Corte Superior)»[876].

La atribución del Fiscal de la Nación, sin embargo, fue trasladada a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26623, de 19.6.96. La creación y funcionamiento de ese órgano especial, empero, estuvo sujeta a término fijo, que de conformidad con la Ley N° 27009, de 5.12.98, debió vencer el 31 de diciembre de 2000. Es del caso que, al instaurarse el régimen del Presidente Valentín Paniagua Corazao, luego de la declaración de incapacidad moral del ex Presidente Fujimori Fujimori, dicha Comisión fue desactivada por la Ley N° 27367, de 6.11.2000 (art. 1), la cual trasladó las funciones de gobierno y gestión al Consejo Transitorio del Ministerio Público por un plazo de 90 días luego de su instalación (art. 4), a cuyo vencimiento, como es obvio y en tanto la norma base tenía carácter temporal, el Fiscal de la Nación recuperó la atribución de decidir el ejercicio de la acción penal contra Jueces y Fiscales (se incluye a los Procuradores Públicos) por la comisión de delitos funcionales.

875 Ejecutoria Suprema inédita de 3.11.1998. SALA PENAL «C», Exp. N° 2373-98-LIMA.

876 En igual sentido se pronuncia, por ejemplo, GARCÍA TOMA, Victor, cit., p. 63.

En estos tres ámbitos, la atribución del Fiscal de la Nación se circunscribe a recibir las denuncias correspondientes o a actuar de oficio, y decidir si es del caso promover la acción penal ante la autoridad jurisdiccional, salvo en el caso del procedimiento de acusación constitucional en el que su función cesa con la formalización de la denuncia constitucional ante el Congreso, para recuperarla cuando se expide una resolución acusatoria de contenido penal. Una vez que el propio Fiscal de la Nación promueve la acción penal u ordena la promoción de la misma por el Fiscal que corresponda, cesa su intervención en el proceso correspondiente una vez que se instaure.

La Ley no utiliza una redacción semejante en cada dispositivo legal. El art. 100 de la Constitución señala que el Fiscal de la Nación «formula denuncia», el art. 41 de la Constitución preceptúa que el Fiscal de la Nación «formula cargos» y el art. 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público estipula que el Fiscal de la Nación «decide el ejercicio de la acción penal». La costumbre jurídica instaurada por la propia Fiscalía de la Nación ha entendido, correctamente, que la labor del Fiscal de la Nación consiste en instar la persecución penal en estos tres supuestos; y, a su vez, en el primer caso -visto el claro tenor del tipo constitucional-, que él mismo es quien debe suscribir la denuncia penal, sin necesidad de resolución previa de su Despacho. En cambio, con toda claridad, en el tercer caso, el Fiscal de la Nación se limita a expedir la resolución fiscal autoritativa de decisión del ejercicio de la acción penal y a encargar la formalización de la denuncia al Fiscal competente; mientras que en el segundo caso, entendiendo como sinónimos «formulación de cargos» de «formalización de denuncia», términos comunes que hacen referencia al ejercicio de la acción penal, en la mayoría de los casos optó por limitarse a expedir la resolución autoritativa y a encargar el trámite de ejecución respectivo al Fiscal que corresponda[877].

877 En igual sentido, en este último caso, se ha pronunciado José HURTADO POZO. El Ministerio Público, cit., p. 152. Señala: «...Si el F.N. encuentra, al calificar la denuncia, elementos que son de investigar, deberá instruir al F.S. para que denuncie al F. Sup. ante la Corte Suprema o al F. Sup. para que denuncie al F.P. ante el Tribunal Correccional de Turno».

§ 5. Un autor nacional, en reciente monografía dedicada al delito de enriquecimiento ilícito[878], formula tres planteamientos hermenéuticos que es del caso comentar. En primer lugar, apunta que la intervención del Fiscal de la Nación para formular cargos por delito de enriquecimiento ilícito se limita a los funcionarios y servidores públicos que están obligados a hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos[879]. En segundo lugar, acota que cuando la Constitución dice que el Fiscal de la Nación «formulará cargos ante el Poder Judicial» no significa que el propio Fiscal de la Nación presente la denuncia ante el órgano jurisdiccional penal, pues –a su juicio- se cumple el mandato constitucional cuando se determina en forma clara y precisa el contenido de los mismos, sin necesidad que éstos se presenten directamente por dicha Alta Autoridad ante el Poder Judicial, pues de lo contrario se distorsionaría el sistema de competencia de los jueces y fiscales. En tercer lugar, cuestionando el concepto de acción penal que sostenemos y afiliándose sin mayores precisiones a la tesis de MONTERO AROCA, afirma que el ejercicio de la acción penal no se agota con la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, sino que se seguirá ejerciendo la acción a lo largo del proceso.

Es absolutamente cierto que la Ley N° 27482 comprende un listado muy completo de funcionarios y servidores públicos sujetos a

878 GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima, IDEMSA 2001, pp. 268-273.

879 La Ley N° 27482, de 25.6.2001, desarrollando el primer párrafo del art. 41 Constitucional , en su art. 2, determina quienes son los sujetos de la obligación de presentar Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas. En sus ocho incisos enumera con precisión a los funcionarios respectivos, entre los que destacan, por ejemplo, no sólo los Altos Funcionarios previstos en el art. 99 de la Constitución, sino también los titulares de los órganos públicos descentralizados, los alcaldes y regidores, los Oficiales Generales y Superiores de los órganos de seguridad del Estado, los miembros de los directorios de empresas en los que intervenga el Estado, los asesores y consultores de las dependencias públicas incluyendo los que desempeñan cargos *ad honorem* debidamente designados por resolución, así como todos los que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste.

la obligación constitucional de presentar declaración jurada de bienes y rentas (vid. art. 41, I Párrafo, Const.), cuyo mínimo exigible, sin perjuicio de incorporar a los Altos Funcionarios que dirigen o integran órganos constitucionales, se encuentra en aquéllos que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste. Empero, tal concreción no necesariamente delimita el control y obligación del Fiscal de la Nación para perseguir el delito de enriquecimiento ilícito, aunque es verdad que por lo general en ese tipo de funcionarios se puede focalizar con mayor intensidad la posibilidad de enriquecimiento ilícito. El ámbito de intervención del Fiscal de la Nación, en tanto máxima autoridad del Ministerio Público, está referido al conjunto de funcionarios y servidores públicos, más allá que tal circunstancia pueda parecer disfuncional a partir de la centralización de la lógica persecutoria –en el propio Fiscal de la Nación- y de la característica organizacional del Ministerio Público peruano en que los Fiscales, distribuidos geográficamente, no actúan en representación del Fiscal de la Nación sino de la institución[880]. Recuérdese, además, que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no circunscribe la determinación del agente activo del delito a los que administren o manejen recursos o fondos públicos y que la conducta prohibida comprende esferas de actuación no necesariamente coincidentes con las figuras de peculado o concusión. De otro lado, no es de recibo

880 En verdad, las diferentes Fiscalías, distribuidas geográfica y funcionalmente, son verdaderas entidades unitarias e indivisibles; no lo son las Fiscalías respectivas, en tanto integrantes del Sistema de Fiscales, con relación a su máxima autoridad. A semejanza del modelo italiano, la unidad e indivisibilidad se limita a expresarse en cada oficio o fiscalía singular. La «competencia» funcional, con relación a la actividad procesal penal, corresponde a todos y cada uno de los miembros del oficio. Respecto de la función procesal ningún Fiscal es superior a otro, sin perjuicio de reconocer las facultades de vigilancia y directivas que en el ámbito institucional competen al Fiscal de la Nación. Cada Fiscal, sea Supremo, Superior o Provincial, es jefe de su propio oficio o Fiscalía y, como tal, actúa en su propio nombre, representando en abstracto al Ministerio Público en su conjunto, y posee la libertad de iniciativa y de acción que corresponde a un titular de oficio y no a un subalterno. (Vid. MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. T. II. Buenos Aires, EJEA 1951, pp. 374-376).

interpretar los tres párrafos subsiguientes del artículo 41 Constitucional en función del primero; pues de ser así se tendría que sostener que, por ejemplo, el plazo de prescripción duplicado sólo rige respecto de los funcionarios que están obligados a presentar declaración jurada de bienes y rentas, o que el sistema de responsabilidad funcionarial tiene pautas propias o exclusivas tratándose de aquellos funcionarios o, más grave aún, que este sistema sólo rige para ellos.

La frase «formular cargos», es cierto, no necesariamente implica que sea el Fiscal de la Nación quien directamente formalice denuncia ante el órgano jurisdiccional competente, en tanto la resolución que emita, como consecuencia de las actuaciones realizadas, especifique los hechos penales y circunscriba objetivamente el contenido de la denuncia formalizada del Fiscal competente, quien no podrá reducir ni ampliar sus términos. Desde esta perspectiva la resolución del Fiscal de la Nación que dispone se formulen cargos contra determinado funcionario o servidor público integra el ejercicio de la acción penal, que es lo que finalmente impone la Constitución. En este caso, el Fiscal que reciba la orden del Fiscal de la Nación actúa como su delegado para los solos efectos de promover la acción penal, de suerte que no puede distorsionar, 'corregir' o variar de algún modo los cargos señalados en la resolución fiscal. No obstante ello, no es de recibo el argumento de la distorsión de las competencias de Jueces y Fiscales, puesto que no puede entenderse que el sistema de competencias judiciales deba necesariamente ser igual a la organización del Ministerio Público. La Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público al entregar al Fiscal de la Nación funciones penales directas o exclusivas, no hace sino configurar la actuación de la institución de un modo específico, privilegiando, en determinados casos, el control directo por la máxima autoridad del Ministerio Público, centralización jurídica que en todo caso debe matizarse con mecanismos organizacionales complejos de muy variada índole.

La acción penal, según hemos postulado en otros trabajos, en tanto poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al juez de una noticia criminal, se solicita el procesa-

miento de una persona, haciendo surgir la obligación de pronunciarse sobre sus términos mediante resolución motivada[881], se concreta a provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Señala al respecto GIMENO SENDRA, que la acción penal pone en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, a partir de la cual, si es aceptada en función a la tipicidad de los hechos denunciados, se iniciará el proceso penal, debiendo distinguirse propiamente con la pretensión, en cuanto acto de parte, de carácter imputativo, que consiste en la declaración de voluntad fundada en los hechos objeto del proceso, por la cual se solicita del tribunal la aplicación de una pena o de una medida de seguridad[882]. El objeto de la acción, enfatiza GIMENO SENDRA, consiste tan solo en provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento[883]. Es obvio, por tanto, que una cosa es ejercer la acción penal y otra es mantenerla, a fin de consolidar, en el estadio procesal correspondiente, la interposición de la pretensión, lo que tiene que ver con el hecho que el proceso penal es un proceso de selección, a través del cual se va destilando las *notitiae criminis* hasta el punto de hacer llegar al juicio oral aquellos hechos punibles previamente determinados, con autor conocido y presente en los autos, y con respecto al cual no concurra le evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinadas de exención de la responsabilidad penal[884].

El ejercicio de la acción penal, propiamente, se agota con la formalización de la denuncia, que incluye el propio control de la resolución judicial correspondiente. Pero, a su vez, las funciones del Ministerio Público incluyen el poder jurídico de mantener el proceso penal vivo, en tanto en cuanto la imputación –o acusación en sentido lato- tenga sentido y no quede judicialmente desautorizada por una

881 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. T. I. Lima, Grijley 1999, p. 218.
882 GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid, Tecnos 1988, pp. 74-80.
883 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho procesal penal, cit., p. 63.
884 ibid., p. 63.

sentencia o un auto de sobreseimiento. La «formulación de cargos» o el «decidir el ejercicio de la acción penal» se refieren al poder jurídico, en tanto deber constitucionalmente impuesto, de iniciación del proceso penal. En nuestro sistema constitucional no es posible que el juez instaure un proceso penal sin ejercicio de la acción penal del Fiscal; y ésta, en el presente caso, parte del Fiscal de la Nación de modo directo (art. 100 Const.) o por delegación a Fiscales que encomiende (art. 41 II Párrafo, Const.).

§ 6. En los tres ámbitos señalados la intervención del Fiscal de la Nación, bajo esos límites, es de carácter imperativo. En tanto condiciona el correcto ejercicio de la acción penal, constituye un presupuesto procesal. De esta circunstancia «... depende la admisibilidad de todo el procedimiento ...», en tanto se constituye una instancia de persecución penal, por lo que su ausencia determina la inadmisibilidad del procedimiento, no se puede dictar una decisión sobre los hechos y el proceso debe terminar, por ello con un sobreseimiento[885].

En rigor, en la medida en que se trata de una exigencia legal vinculada a la persecución penal del hecho, se trata de una condición de perseguibilidad, a cuyo efecto las partes –en caso de incumplimiento- pueden deducir, de ser el caso, una cuestión previa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 CPP.

Es obvio que estando en curso un proceso penal, la ampliación de cargos, de nuevos hechos penales, por alguno de los delitos objeto de la intervención directa del Fiscal de la Nación exigirá la previa decisión de la máxima autoridad del Ministerio Público. La atribución del Fiscal de la Nación está en función al delito o a una circunstancia específica de su comisión, por lo que su intervención previa no puede ser enervada por el hecho que exista un proceso abierto y sea del caso ampliar el procesamiento penal. Para este efecto se requiere, imperativamente, su intervención previa.

885 ROXÍN, Claus, cit., pp. 165 y 172.

4. EL PROCURADOR PÚBLICO DEL ESTADO.

§ 1. El Decreto Ley N° 17537, de 25.3.1969, instauró el Consejo de Defensa Judicial del Estado, que institucionalmente coordina las actividades de todos los Procuradores. La función básica del Procurador está descrita en el art. 1 de dicho Decreto Ley. Dicha norma estipula «la defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercita judicialmente por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios». La denominación del Procurador fue modificada por el art. 47 de la Constitución, que los identificó como «Procuradores Públicos», a la vez que precisó que a ese funcionario público le corresponde la defensa de los intereses del Estado, «conforme a ley».

Como tal, señala el art. 2 del citado Decreto Ley, el Procurador Público tiene la plena representación del Estado en juicio y la ejercita en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil.

En lo propiamente penal, el art. 14 de dicho dispositivo prescribe que la defensa del Estado en materia penal se ejerce por el Procurador actuando como denunciante o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, «... sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de instrucción puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos o intereses del Estado. Para este efecto, podrán informarse de cualquier diligencia o intervenir en ellas». El art. 12 preceptúa que para denunciar y/o formular denuncias a nombre del Estado, será necesario la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa, salvo las excepciones legalmente previstas, y cuando se requiera con urgencia que se dicten en favor del Estado medidas cautelares o diligencias preparatorias (art. 13, mod. por el Decreto Ley N° 17667, de 27.5.67).

§ 2. Según fluye del texto de la norma citada, el Procurador Público es un abogado del Estado que patrocina sus intereses legíti-

mos en sede judicial. Su función es la de cualquier letrado avocado a la defensa de su patrocinado, aunque por tratarse del Estado, es un funcionario público y, además, una autoridad de derecho administrativo, que realiza su misión externa con arreglo a las normas procesales vigentes.

La doctrina jurisprudencial ha sido muy clara en diferenciar el papel del Fiscal de las funciones del Procurador Público. La Ejecutoria Suprema de 16.2.1982, ha establecido que «El Ministerio Público tiene la representación de la sociedad en juicio. (...) Esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el Procurador General de la República, respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio»[886]. Representación que en el caso del Procurador Público ha sido entendida por la Corte Suprema de modo muy enfático; así, en la Ejecutoria Suprema de 25.8.1982, sostuvo que el Procurador «... tiene personería para accionar con todos los recursos que la ley le franquea, respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio...»[887].

Asimismo, el Supremo Tribunal, en la Ejecutoria de 19.4.78, ha establecido que la personería del Procurador Público, al amparo del Decreto-Ley N° 18850, alcanza a la defensa de los intereses y derechos patrimoniales del Estado –aunque no sólo ese reducido ámbito pues el concepto «interés» comprende una multiplicidad de órdenes que sobrepasan lo propiamente patrimonial- y al mantenimiento del orden constitucional[888]. Esa misma tesitura la adoptó en la Ej. Sup. de 19.4.79[889].

---

886 El Peruano, 1 de Marzo de 1982. TARAMONA, José. Compendio de Ejecutorias Supremas. Lima, JAMSE 1982, pp. 54-56.

887 El Peruano, 22 de noviembre de 1982

888 Rev. ANALES JUDICIALES, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, T. LXXI, Lima, 1979-1981, p. 148.

889 TARAMONA, José, cit., pp. 68-69.

§ 3. En el caso concreto de los delitos que constituyen el objeto del procedimiento penal estudiado, la intervención del Procurador Público está condicionada a que el Estado resulte ser sujeto pasivo del delito y a que se constituya en parte civil[890]. La doctrina jurisprudencial ha sido muy intensa al respecto. Así tenemos:

1) Que, de modo general, en los delitos previstos en el Título Décimo Octavo del CP el Estado siempre es agraviado, pues son cometidos contra la Administración Pública (Ej. Sup. de 14.11.96)[891].

2) Que, en el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que entregan los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados (Ej. Sup. de 2.7.98)[892].

---

890 La Ejecutoria Suprema de 21.9.1998, ratificando el tratamiento común al Estado consideró, por ejemplo, que en tanto el Procurador Público no se constituya en parte civil y tal petitorio sea aceptado por el Juez, carece de legitimación para impugnar resoluciones (NORMAS LEGALES. T. 277. Trujillo, junio 1999, pp. A16-A17). En igual sentido, una Ejecutoria anterior, de 30.1.1998, señaló que el Procurador al no haberse constituido en parte civil carece de personería para interponer los medios impugnatorios que señala la ley (ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. T. I. Lima, Gaceta Jurídica 1999, pp. 357-358). Por otro lado, conforme ha establecido la Ejecutoria de 1.10.1998, la constitución en parte civil –en este caso del Procurador Público, aunque se extiende a todo agraviado- sólo puede tener lugar hasta antes de la iniciación del juicio oral (NORMAS LEGALES. T. 272. Trujillo, enero 1999, pp. A12 - A14).

891 ROJJASI PELLA, Carmen. Ejecutorias Supremas Penales. Lima, Legrima 1997, pp. 234-235. La doctrina nacional, en especial Manuel ABANTO VÁSQUEZ, precisa que estos delitos protegen «el normal funcionamiento de los órganos de gobierno, la regularidad funcional de los órganos del Estado o el correcto funcionamiento de la Administración Pública» (Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. Lima, Palestra 2001, p. 12). Fidel ROJAS VARGAS, más precisamente, apunta que: «Debe quedar claro que el titular (el sujeto de derecho lesionado) del bien jurídico 'administración pública' es siempre el Estado. Todo delito por acción u omisión siempre va a afectar a dicho titular, que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico» (Delitos contra la Administración Pública. Lima, Grijley 1999, p. 18).

892 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 4. Lima, 2000, p. 420. Anteriormente, el Supremo Tribunal fijó esa posición en la Ejecutoria de 13.9.1991, sosteniendo: «...en los delitos de corrupción de funcionarios el sujeto

3) Que, en ese mismo delito, el agraviado resulta ser el Estado, y no una entidad con personería jurídica propia, como el Instituto Peruano de Seguridad Social (Ej. Sup. de 24.5.85)[893].

4) Que en el delito de desacato, el titular del bien jurídico es la Administración Pública, en el sentido más amplio que este término tiene para el Derecho Constitucional o Administrativo, puesto que desde el punto de vista penal comprende no sólo la actividad que cumple el Poder Ejecutivo, sino la actividad legislativa y Judicial (Ej. Sup. de 10.9.97)[894].

5) Que en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y contra la función jurisdiccional, deviene impropio tenerse también como agraviados a la Policía Nacional y a los policías víctimas de la agresión; el único agraviado es el Estado (Ej. Sup. de 14.10.96)[895].

6) Que en los delitos de abuso de autoridad el sujeto pasivo es el Estado y no persona particular (Ej. Sup. de 18.4.99)[896].

7) Que en ningún caso puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a particulares, pues este ilícito sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de ésta, por lo que no debe tenerse como agraviados a los titulares de los cheques que fueron sustraídos de la Dirección Departamental de Educación de Ancash (Ej. Sup. de

---

pasivo es el Estado, más no la persona a través de la cual se comete el delito» (NORMAS LEGALES. T. 228. Trujillo, Mayo 1995, pp. J18-J20).

893 JURISPRUDENCIA PENAL. Trujillo, Normas Legales 1987, p. 173. En igual sentido, se pronunció la Ej. Sup. de 2.9.99 (Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica 2001, p. 139).

894 ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal comentada. T. I, cit., p. 726.

895 JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL PENAL, cit., p. 130.

896 ibid, p. 132. En igual sentido, se pronunció la Ej. Sup. de 28.5.96 (Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, cit., p. 133), y la Ej. Sup. de 24.9.96 (NORMAS LEGALES. T. 255. Trujillo, Agosto 1997, pp. A24-A25).

15.3.94)[897]. En otra decisión, la Corte Suprema enfatizó que en este delito el sujeto pasivo o agraviado es el Estado y no un particular, toda vez que el bien tutelado es la recta funcionalidad de la administración pública (Ej. Sup. de 5.3.93)[898].

8) Que, por ejemplo, cuando se advierte que en un proceso se ha formulado denuncia maliciosa, se trata de un delito contra la administración de justicia, el agraviado es el Estado (Ej. Sup. de 27.2.73)[899]. En igual sentido se ha pronunciado, en los delitos contra la función jurisdiccional, la Ej. Sup. de 31.7.1997[900].

§ 5. Por otro lado, la extensión de la representación de las Procuradurías Públicas se circunscribe a los órganos constitucionales (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal Constitucional, Sistema Electoral, Gobiernos Regionales, etc.) y a determinados organismos públicos de relevancia constitucional (Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General de la República, etc.). El principio, sentado por el Supremo Tribunal, consiste en que aquellas entidades estatales que no tienen relevancia constitucional y que gozan de personería jurídica propia, a menos que la ley no lo precise expresamente, al tener sus propios perso-

897 ROJJASI PELLA, Carmen, cit., pp. 238-240. NORMAS LEGALES. T. 244. Trujillo, septiembre 1996, pp. J16-J17. Anteriormente, la Ej. Sup. de 25.8.1986, en el caso de una empresa pública, estableció que, en efecto, en el delito de peculado la parte agraviada está constituida por el Estado, por cuanto la acción ilícita va dirigida contra él (JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL PENAL, cit., pp. 170-171). En otra ejecutoria, de 7.10.1997, precisó que para definir la entidad agraviada, que muy bien puede ser una Municipalidad, en tanto integra el Estado, debe atenderse a la titularidad de los fondos materia del delito (ROJAS VARGAS, Fidel, cit., pp. 712-713).

898 ROJASSI PELLA, Carmen, cit., p. 241. En igual sentido, se pronunció la Ej. Sup. de 25.8.86 (JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL PENAL, cit., pp. 170-171), la Ej. Sup. de 14.3.89 (PAREDES PÉREZ, Jorge Martín. Para conocer el CP. Lima, Grijley 1995, pp. J60-61), y la Ej. Sup. de 24.9.96 (EJECUTORIAS. Trujillo, Normas Legales 1998, pp. 119-120).

899 BOLETÍN JUDICIAL. N° 8-10. Lima, Corte Suprema de Justicia 1973, p. 357.

900 NORMAS LEGALES. T. 264. Trujillo, mayo 1998, pp. A5-A6.

neros legales, su representación en sede judicial corresponde a éstos y no al Procurador Público.

Así ha sido declarado, por ejemplo, en el caso de las municipalidades (Ej. Sup. de 15.4.94)[901] y del Banco de la Nación (Ej. Sup. de 9.3.78)[902]. También ha sido comprendido el supuesto de las empresas públicas[903].

§ 6. Una norma particularmente sensible, respecto al rol del Procurador Público en el proceso, es la prevista en el segundo párrafo del art. 14 de la Ley. Dicho numeral prescribe que la actuación del Procurador Público no puede ser restringida por las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, para lo cual podrá informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas».

Sin duda ese poder de intervención en el proceso, sobre la base del principio de igualdad de armas, no puede llevarse a cabo en desmedro de las correlativas facultades de actuación que se concede a las demás partes procesales[904]; de ahí, por ejemplo, que si no existe un correlativo derecho de la parte contraria no es posible que el Procurador Público intervenga en una diligencia de investigación a la que no está autorizada la otra parte; y, por el contrario, si ésta puede intervenir no es de recibo prohibir la participación procesal del Procurador Público.

---

901 ROJJASI PELLA, Carmen, cit., p. 314.

902 TARAMONA, José, cit., 1982, pp. 140-141.

903 SAN MARTÍN CASTRO, César. T. I, cit., p. 181.

904 Este principio, desde el plano estrictamente procesal está conectado con la garantía genérica del debido proceso. Apunta Faustino CORDÓN MORENO que este principio busca «... asegurar que ambas partes en conflicto gocen de los mismos medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de pruebas (...) se trata con este principio de garantizar el equilibrio entre ambas partes, de forma que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación» (Las garantías constitucionales del proceso penal. Navarra, Aranzadi 1999, p. 131).

Tres son los artículos del CPP que es del caso hacer expresa referencia: los arts. 73, 122 y 157.

1) En la etapa de instrucción, eventual y motivadamente, el Juez Penal –de conformidad con el art. 73 CPP- puede decretar el «secreto sumarial», de suerte que limita la publicidad interna del proceso. Esta limitación, amén de estar regida por el principio de proporcionalidad y sujeta a un plazo temporal que el juez debe señalar, atento a sus fines de protección de las fuentes de prueba y aseguramiento de evidencias, desde luego comprende a la víctima –aún fuere el Estado- y demás partes personadas en la causa. No es posible reclamar una excepción para el Procurador Público en este caso, tanto más si el Código no lo hace.

2) La declaración instructiva, en tanto acto esencialmente de defensa, sin perjuicio que puede considerarse asimismo acto de investigación, está sometida a un régimen de contradictorio limitado. A la diligencia, según el art. 122 CPP, sólo pueden asistir el Defensor y el Fiscal, sin perjuicio del Juez Penal y del Secretario. La misma norma, en su texto acordado por el Decreto Legislativo N° 126, de 15.6.81, prohíbe terminantemente la intervención de toda otra persona.

La jurisprudencia ha ratificado esa limitación[905], la cual debe ser aprobada en tanto traduce una perspectiva garantista hacia el imputado, que consiste en otorgarle oportunidad para el ejercicio de su defensa material, sin que su exposición pueda ser objeto de un inte-

905 La Ejecutoria Superior de Lima de 28.10.97, ha señalado: «... si bien el Derecho de defensa es una garantía consagrada en la Constitución, también lo es, que como tal debe ejercitarse acorde con las normas adjetivas vigentes y dentro del debido proceso; en tal sentido, tenemos que el artículo ciento veintidós del Código de Procedimientos Penales señala expresamente quienes pueden intervenir en la declaración instructiva, no considerado para ello a la parte civil, prohibiendo expresamente la mencionada norma la intervención de cualquier otra persona» (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel, cit., p. 505).

rrogatorio contradictorio pleno desde una perspectiva del interés de la víctima[906].

3) El art. 157 CPP prescribe que el inculpado por sí mismo, o por medio de su defensor, puede solicitar al juez penal que se le conceda presenciar la declaración de todos o algunos de los testigos, a la que se puede acceder siempre que el Juez considere que no pueden ser influidos por la presencia del inculpado, y cuando crea que esa confrontación no afecta al descubrimiento de la verdad.

La Corte Suprema, sobre esa base literal, en su Ejecutoria de 10.9.72, ha estimado que a esa diligencia no puede concurrir la parte civil, por sí o por medio de sus representantes, al no estar prevista su asistencia en el art. 157 CPP[907]. En otra decisión, Ejecutoria de 13.10.93, sostuvo: que el principio de reserva a la instrucción no permite la concurrencia a las diligencias de la etapa de instrucción, en forma irrestricta; que solamente en casos excepcionales el Juez puede autorizar la presencia en algunas diligencias; que el Código no contiene ninguna excepción en este sentido a favor de la parte civil, por sí o por medio de sus representantes, cuando se refiere a declaraciones testimoniales, refiriéndose únicamente al inculpado[908].

---

906 Domingo GARCÍA RADA sostiene que es propósito de la ley que el inculpado declare con espontánea sinceridad, de suerte que cuando menos personas asistan a la diligencia, existen mayores posibilidades de que la declaración sea sincera, sin coacciones, y exprese exactamente la verdad (GARCÍA RADA, Domingo. La Instrucción, Vol. I. Lima, Sanmartí 1967, p. 298). El fundamento, sin embargo, no apunta estrictamente a la búsqueda de la sinceridad del imputado, sino a la concesión de mayores garantías para la defensa material del imputado, lo que implica –en un régimen jurídico en que la instrucción asume, a diferencia del enjuiciamiento, pautas de contradicción limitadas- restricciones a la participación de las restantes partes.

907 Rev. ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema. T. LXIV. Lima, 1972, pp. 114-115.

908 NORMAS LEGALES. T. 232. Trujillo, septiembre 1995, pp. J23-J24.

Es cierto que la ley no menciona a la parte civil, pero como se trata de una norma de excepción, la exclusión de la presencia de las partes debe entenderse únicamente con el imputado. Además, desde la *ratio* de la norma, se busca que la presencia de quien está encausado y, por tanto, con interés en evitar una declaración incriminatoria, no pueda perturbar la objetividad y espontaneidad del testigo. Este fundamento no puede extenderse a la víctima, no sólo porque no está en juego el derecho a la libertad u otro derecho fundamental derivado de la imposición de una pena, sino porque su capacidad o motivos para ello son mucho menos intensos; desde esta perspectiva, el principio de reserva no tiene nada que ver con dicha institución. En todo caso, queda en manos del Juez Penal advertir algún motivo razonable de exclusión, que por cierto nunca se dará en los casos de la defensa del Estado y del propio Procurador, en tanto que ni siquiera se trata de la figura del testigo-víctima.

§ 7. El art. 12 del Decreto Ley N° 17537 estipula que para formular denuncias a nombre del Estado, será necesaria la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa. Sobre esa base la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 30.3.90, consideró que se trata de un requisito de procedibilidad que uniformemente se exige en estos casos, como jurisprudencialmente está establecido[909]. Esta posición fue reiterada en la Ejecutoria Suprema de 30.12.91, que señaló que ante la falta de resolución ministerial autoritativa en un delito de concusión era del caso declarar fundada la cuestión previa deducida por el imputado[910].

Como se aprecia de la Ley, el requisito en cuestión está circunscrito a la propia actividad del Procurador Público, a sus relaciones internas con la Administración. La Ley se limita a especificar que, a los solos efectos de la interposición de la denuncia, el Procurador Público

909 JURISPRUDENCIA PENAL. Trujillo, Ed. Normas Legales 1996, pp. 144-146.
910 Rev. ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema. T. LXXIX. Lima, 1993, pp. 366-368.

necesita la Resolución Ministerial que lo autorice. Esa norma, como es obvio, no determina la naturaleza pública o privada del delito objeto de denuncia, ni introduce un requisito objetivo para perseguir un delito o, en todo caso, una autorización para proceder dirigida al titular de la acción penal, por lo que no es posible entender que se trata de una condición de perseguibilidad, o -más concretamente- de un «impedimento procesal». No se está, por cierto, ante un supuesto de autolimitación del Estado para la aplicación de su poder punitivo.

Tiene razón el Voto Singular recaído en la primera Ejecutoria. Allí se dice que, como en el delito de defraudación tributaria intervino el Fiscal para denunciarlo y tratándose de un delito perseguible de oficio, la promoción de la acción penal corresponde al Ministerio Público; de suerte que no puede entenderse que la Resolución Ministerial constituya un requisito de procedibilidad, pues ésta sólo se refiere a la intervención del Procurador Público, quien no puede actuar por sí para denunciar un delito.

El requisito de procedibilidad, en tanto presupuesto procesal, no sólo debe estar expresamente reconocido por la ley, sino que importa el establecimiento de una instancia para la propia persecución penal[911]; como tal, debe condicionar el procesamiento de una persona y se dirige, preponderantemente, al Ministerio Público, a fin de que preliminarmente tome en consideración si el ordenamiento procesal, en aras del aseguramiento de la paz jurídica, limita o condiciona el ejercicio de la acción penal[912]. Desde esta perspectiva, sólo es posible considerar como «impedimento procesal» la Resolución Ministerial, cuando el Procurador Público interponga una denuncia ante el Ministerio Público comunicando la noticia criminal de una infracción en agravio del Estado[913].

911 Vid. ROXIN, Claus, cit., pp. 165-166.

912 Vid. LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. Buenos Aires, EJEA 1963, p. 153.

913 La doctrina procesalista nacional no considera la exigencia de Resolución Ministerial como un supuesto de requisito de procedibilidad. Así, Florencio MIXÁN

5. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y PERSECUCIÓN PENAL.

§ 1. El art. 82 de la Constitución instituye la Contraloría General de la República como entidad autónoma y descentralizada de Derecho Público, encargada de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

(1) La Ley del Sistema Nacional de Control, Decreto Ley N° 26162, de 30 de diciembre de 1992, en lo pertinente, estableció que una de las atribuciones del Sistema Nacional de Control –cuyo órgano rector es la Contraloría General (art. 17)- es exigir a los servidores y funcionarios públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, determinando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa, civil o penal (vid. art. 16.e). En tal virtud, la Contraloría -en concreto- está autorizada, en los casos de ejecución directa de una acción de control, a disponer que el Procurador Público o el representante legal que corresponda a la entidad examinada, inicie las acciones legales pertinentes en forma inmediata cuando compruebe la existencia de daño económico o presunción de acto doloso (vid. art. 19.f).

(2) Por otro lado, el art. 16.f de la Ley en referencia atribuyó a los órganos del Sistema Nacional de Control, la emisión de informes y/o dictámenes como resultado de una acción de control. Estos documentos constituyen prueba pre-constituida para la iniciación de las acciones legales a que hubiere lugar.

MASS no la consigna como un supuesto legal válido (MIXÁN MASS, Florencio. Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el procedimiento penal. Trujillo, Ed. BLC 1999, pp. 36-66). La misma tesitura adoptan ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual ..., cit., pp. 289-293, y NOGUERA RAMOS, Iván. Tratado de los medios de defensa en el derecho procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica 2000, pp. 130-133.

Según las Normas de Auditoría Gubernamental (NAGU), aprobadas por las Resoluciones de Contraloría N° 162-95-CG, de 22.9.95, 246-95-CG, de 28.12.95, y 112-97-CG, de 20.6.97, en los marcos de una Auditoría Gubernamental destinada a examinar las operaciones financieras y/o administrativas realizadas por una entidad sujeta al Sistema (vid. art. 3 de la ley del Sistema Nacional de Control), el Auditor Gubernamental debe formular un «Informe Especial» cuando en la ejecución del trabajo de autoría se evidencien indicios razonables de comisión de delito, sin perjuicio de la continuidad del respectivo examen, a fin de que se efectúen las acciones pertinentes en forma inmediata en las instancias correspondientes. La instancia aludida será la Procuraduría de la Contraloría General, si la auditoría es realizada por la Contraloría General, o por la Procuraduría adscrita al Sector respectivo cuando los exámenes sean efectuados por los órganos de Auditoría Interna de las entidades que conforman el Sistema y Sociedades de Auditoría designadas (Norma NAGU. 4.50).

5.1 Prejudicialidad Administrativa.

§ 2. Estos dispositivos legales han ocasionado una problemática singular en orden: *(1)* a la probable presencia de una prejudicialidad administrativa devolutiva; y, (2) a la calificación procesal del «Informe Especial» y a su carácter de prueba preconstituida.

En el primer caso, la jurisprudencia suprema no ha sido uniforme, aunque en la actualidad se ha decantado por la inexistencia de prejudicialidad administrativa[914]. Así tenemos:

914 Es posible definir las cuestiones prejudiciales administrativas, en palabras de María Eugenia GUILLÉN PÉREZ como aquellas cuestiones de naturaleza administrativa propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan íntimamente ligadas al acto justiciable, que su resolución puede tener influjo en la decisión de ella en cuanto al fondo, o de cuyo fallo puede depender la sentencia que deba dictarse sobre el mismo («Las cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas en el proceso penal». En: Rev. La Ley. Madrid, 11 de noviembre de 1999, p. 1758, D-279).

1) Que en la Ejecutoria de 27.12.1990 el Supremo Tribunal consideró que la determinación de la responsabilidad de un funcionario del sector público en el ejercicio de sus funciones debía ser estimada por la Contraloría General para su denuncia ante el Poder Judicial, por lo que, al obviarse la instancia de control, en tanto que la responsabilidad del funcionario ha debido acreditarse mediante las auditorías respectivas y a la espera de su conclusión, declaró fundada la cuestión previa deducida por el imputado[915].

La jurisprudencia anterior constituyó una posición asumida por el Supremo Tribunal desde hacía muchos años, aunque posteriormente entendió que el medio de defensa que debía alegarse era la cuestión prejudicial[916]. En efecto, en la Ejecutoria de 2.10.1933 declaró la existencia de una prejudicialidad administrativa al estimar que la revisión de las cuentas de un Concejo Distrital por el Provincial constituye exigencia legal anterior a la acción penal que correspondía iniciar contra los funcionarios responsables en el manejo de los fondos de aquél, si está pendiente de resolución del Concejo Provincial la revisión de las cuentas elevadas[917]. Esta posición fue reiterada en la

915 Revista NORMAS LEGALES. T. 212. Trujillo, enero 1994, pp. J13-J14.

916 La Corte Suprema en su Ejecutoria de 7.9.1998, estableció, en primer lugar, que la cuestión prejudicial es todo aquel problema de carácter extrapenal que surge en un proceso penal y que debe ser esclarecido previamente en la vía diferente, donde se determinará si los hechos denunciados constituyen o no delito; y, en segundo lugar, que –por ejemplo- cuando se imputa a un funcionario municipal haber malversado fondos públicos durante su gestión edilicia concertando intereses con terceros para así ser beneficiados económicamente con la suscripción de un Contrato, tal imputación amerita su investigación en la vía penal donde debe esclarecerse su carácter delictuoso (NORMAS LEGALES. T. 277. Trujillo, junio 1999, p. A17). Más precisamente, en su Ejecutoria de 26.9.1994, señaló que el argumento sostenido por unos funcionarios de la Seguridad Social invocando una cuestión previa, porque consideraban que la imputación delictiva previamente debía dilucidarse en la vía administrativa, corresponde a una cuestión prejudicial y no a una cuestión previa (ROJJASI PELLA, Carmen, cit., pp. 259-261). La Ej. Sup. de 14.6.1999 precisó que la cuestión previa es una condición de procedibilidad de carácter especial, requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad antes de pasar a ejecutar válidamente la acción penal (NORMAS LEGALES. T. 284. Trujillo, enero 2000, p. A35).

917 Revista ANALES JUDICIALES. Lima, Corte Suprema 1933, p. 238.

Ejecutoria de 18.6.1947, al señalar que «...es necesario que una cuenta sea previamente examinada por el Tribunal Mayor de Cuentas, para abrir instrucción con el fin de deslindar la responsabilidad penal en que hubieran incurrido los encargados de una Institución Pública»[918]; y, anteriormente, en la Ejecutoria de 13.12.1943, al sostener que «...para abrir instrucción por delitos atribuidos a funcionarios municipales en ejercicio de su cargo, debe anteceder la respectiva instancia administrativa ...»[919].

Es claro, sin embargo, según la terminante posición adoptada por la Ejecutoria Suprema de 8.10.1952, que la prejudicialidad administrativa se descarta de plano en el delito de corrupción de funcionarios, pues «...por su propia naturaleza no es susceptible de esclarecerse previamente en otra vía que no sea la penal»[920].

2) Que, por otro lado, en la Ejecutoria de 29.5.1939, la Corte Suprema se afilió a la tesis contraria, señalando que «...para abrir instrucción por delito de peculado, imputado a los encargados de una institución pública, no es necesario que las cuentas sean, previamente, examinadas por el Tribunal Mayor de Cuentas»[921]. Igualmente, en la Ejecutoria Suprema de 12.12.1949, puntualizó que era infundada la cuestión prejudicial sustentada en que debía probarse, previamente, en la vía administrativa, los cargos formulados contra el Alcalde y los Síndicos, dado que es en la investigación judicial en la que deben los inculpados acreditar su irresponsabilidad[922]. En otra Ejecutoria, de

---

918 DIARIO JUDICIAL. N° 70. Lima, 25 de junio de 1947, p. 4.

919 Revista ANALES JUDICIALES. Lima, Corte Suprema 1943, p. 337. En otra Ejecutoria, de 4.11.1948, declaró fundada la cuestión prejudicial en tanto que –a su juicio- se requería la revisión previa de las cuentas por los funcionarios competentes y porque sólo estaba expedita la acción penal contra un ex Alcalde después de esclarecerse la responsabilidad de los síndicos (Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, 1949, p. 398).

920 Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, 1956, p. 2991.

921 Revista del Foro. Lima, 1939, p. 584.

922 Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 74. Lima, 1950, pp. 335-337. Esta posición fue consolidada en la Ejecutoria de 6.6.1953, al sostener que ni siquiera la

20.11.1964, señaló que la comprobación de las cuentas y la responsabilidad consiguiente tienen que ser materia de la investigación penal[923].

Recientemente, en dos Ejecutorias la Corte Suprema sostuvo, definitivamente, que no existe cuestión prejudicial en esos casos[924]. En la Ejecutoria de 17.7.1997 estableció que la responsabilidad de un funcionario es de carácter civil, penal o administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria por las faltas de carácter administrativo que cometa, y que aún cuando exista en curso un expediente técnico-administrativo, iniciado por disposición de la Contraloría General, no es necesario que los hechos sean previamente dilucidados en la vía extra penal[925]. En la Ejecutoria de 6.11.1996 puntualizó que en la medida en que se han denunciado hechos perfectamente tipificados dentro del ordenamiento penal, no se requiere otra vía para establecer su carácter delictuoso, los que deben continuarse in-

---

investigación administrativa puede enervar o destruir la prueba acumulada en la instrucción, la que debe continuar hasta su culminación, y que sólo como resultado de la investigación judicial se determinará la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpado (Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 116. Lima, 1953, p. 1113).

923 Revista Jurídica del Perú. N° 1. Lima, 1965, p. 50. Otra Ejecutoria, de 7.3.1986, declaró infundada la cuestión prejudicial por considerar –siguiendo el dictamen del Fiscal Supremo- que si bien en los delitos contra el patrimonio prevalece el contenido económico del hecho considerado delito, en el caso de autos, los cargos imputados al inculpado son de apoderamiento e inversión distinta a su finalidad de fondos fiscales: peculado y malversación, que por su naturaleza y configuración no requieren que en vía diferente -la administrativa- sean resueltas (RAMOS BOHORQUEZ, Miguel. Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal. Lima, Berrio 1995, pp. 418-419).

924 Una última Ejecutoria en sentido contrario parece ser la de 20.1.1986, que amparó una cuestión prejudicial cuando preexiste un procedimiento administrativo –ordenada por una Corporación Departamental de Desarrollo- por presunta negligencia en el desempeño de sus funciones contra los encausados (JURISPRUDENCIA PENAL. Trujillo, Normas Legales 1987, p. 169).

925 ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia procesal penal. T. II. Lima, Gaceta Jurídica 1999, pp.114-115.

vestigando judicialmente hasta su esclarecimiento, a fin de cumplir con las disposiciones de nuestro ordenamiento procesal penal[926].

§ 3. En rigor, la cuestión prejudicial, regulada en el art. 4 del CPP, reconoce una realidad esencial del ordenamiento jurídico penal a partir del entramado o conexiones de relaciones jurídicas que resuelve y sobre las cuales se erige[927]. Señala MORENO CATENA que en el proceso penal cuestión prejudicial es todo elemento integrante del hecho histórico que constituye el objeto esencial del mismo, que, por tener una naturaleza no penal, si se plantease autónomamente resultaría legalmente atribuido a un tribunal de otro tipo u orden jurisdiccional distinto del penal, al ser propiamente un asunto ajeno al ámbito de la potestad jurisdiccional de los tribunales penales[928].

926 ibid., pp. 116-117. Resulta definitiva la Ejecutoria de 29.11.1993, al señalar enfáticamente que, independientemente de la intervención administrativa –en ese caso de la Superintendencia de Banca y Seguros-, la cual no califica si un hecho es delito, pues esas «... funciones son competencia exclusiva del órgano jurisdiccional ...» (NORMAS LEGALES. T. 232. Trujillo, septiembre 1995, pp. J25-J26).

927 Es –como dice Miguel FENECH- un fenómeno jurídico de carácter general producido por la relación y conexión entre las diversas ramas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico (FENECH, Miguel. El proceso penal. Barcelona, Bosch, 1960, p. 410).

928 MORENO CATENA, Víctor y otros. El Proceso Penal. T. I. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 636. Los tipos penales, destaca José María ASENCIO MELLADO, contienen cuestiones de naturaleza civil, mercantil, administrativa, etc. que precisan ser analizadas de forma previa a la penal misma, en tanto constituyen punto de partida necesario para resolver la propia materia penal; son puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren un tratamiento conjunto (ASCENCIO MELLADO, José María, cit., p. 102). Precisa DE LA OLIVA SANTOS que la prejudicialidad constituye también un problema de distribución del trabajo enjuiciador, un fenómeno de método enjuiciador: la necesidad de juicios previos, que preparan otro enjuiciamiento posterior, en el que juega un papel relevante el carácter problemático o no del uso o del recurso a conceptos o institutos jurídicos propios de una rama jurídica extra penal (DE LA OLIVA SANTOS. Derecho Procesal Penal. Madrid, CEURA 1993, p. 246).

La denominada prejudicialidad administrativa, por su propia naturaleza, es no devolutiva, que por lo demás –según precisa GARBERÍ LLOBREGAT- es el principio general o rector en materia de prejudicialidades[929]. Es de entender que si la prejudicialidad se califica obligatoriamente como devolutiva implicaría no sólo esperar que culmine la vía administrativa sino, básicamente, la contenciosa-administrativa, lesionando un principio básico: el carácter preferente del orden jurisdiccional penal, amén de que la ley no impone la suspensión del proceso penal a la espera de una decisión del orden administrativo, de suerte que, en palabras de GARBERÍ, la devolutividad prejudicial penal constituye la excepción general al sistema[930]. El fundamento de la primacía de la jurisdicción penal, dice GOMEZ ORBANEJA, estriba en la necesidad de fijar todo lo que condiciona la responsabilidad criminal con los poderes y medios propios del proceso penal y dentro de éste, en lo distinto que es el proceso penal de los demás, sujetos a reglas y perspectivas probatorias distintas.[931]

Es de ser enfático en sostener que, como aclara CORTÉS DOMÍNGUEZ, las cuestiones prejudiciales hacen referencia al hecho que la norma jurídica penal integra en su supuesto fáctico elementos jurídicos de otros órdenes que son capaces por sí mismos de integrar el objeto de un litigio civil, administrativo, tributario o laboral, y, por tanto, el objeto del proceso penal; la decisión de la prejudicialidad,

929 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los procesos Penales. T. I. Barcelona, Bosch 2000, p. 75. Giovanni LEONE acota que las cuestiones que condicionan el ulterior desenvolvimiento del *iter* de la causa ha de limitarse todo lo posible, rigiendo el principio de la máxima expansión del poder jurisdiccional, naturalmente con decisión cuyos efectos deben quedar dentro de los límites de la cognición de la causa; por tanto, el juez no está obligado a remitir a otro la decisión de la prejudicialidad, antes bien está obligado a resolverla por sí mismo, pues de lo contrario el proceso penal se prestaría a las más absurdas e imprevisibles complicaciones y, fallarían a su finalidad, que es la de llegar, con una cierta rapidez, a la cosa juzgada (LEONE, Giovanni, cit., pp. 229-300).

930 GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros. Los procesos penales. T. I. Barcelona, Bosch, 2000, p. 75.

931 GOMEZ ORBANEJA, Vicente y otro. Derecho procesal Penal. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones 1987, pp.107-108.

siendo previa a la determinación sobre la culpabilidad o inocencia, es sin embargo parte del juicio que debe hacer el juez para condenar o absolver, en tal virtud es determinante, como elemento del tipo, de la condena, o de la absolución[932], que es el caso de la devolutividad prejudicial obligatoria.

La legislación del Sistema Nacional de Control no impone la suspensión del proceso penal cuando aún no se ha emitido el Informe Especial. En tal virtud, la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Control debe entenderse compatible con la intervención de la jurisdicción penal. Ambas actuaciones, la jurisdiccional penal y la de Auditoría Gubernamental, no presentan la misma identidad, ya que en un caso se pretende la condena por la comisión de un delito contra la Administración Pública; y, en el otro, supervisar la utilización de los bienes y recursos públicos y el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, exigiéndoles la plena responsabilidad por sus actos funcionales y determinando la adopción de las acciones legales correspondientes (arts. 2 y 16.6, DL 26162).

En tanto el objeto del Sistema Nacional de Control es la supervisión de la utilización de caudales públicos y del ejercicio de los funcionarios y servidores públicos, no colinda con la persecución penal ni sus decisiones se erigen en prejudiciales, pues se limitan a definir hechos relevantes desde el Derecho presupuestario y, sobre esa base, instar el ejercicio de las acciones legales correspondientes. La ley –es de insistir- no condiciona el inicio del proceso penal a que el Sistema Nacional de Control adopte una decisión determinada sobre la base de la formulación del Informe Especial. Por consiguiente, la realidad de un hecho delictivo que afecta a la Administración Pública y la responsabilidad penal de su autor, cuya dilucidación exigirá analizar el ordenamiento presupuestal y administrativo en general, no está sujeta a la previa y obligatoria decisión definitiva o interlocutoria del Sistema Nacional de Control: es, en todo caso, una prejudicialidad

932 GIMENO SENDRA, Vicente y otros, cit., p. 237.

no devolutiva[933]. Es más, aún cuando esté en curso una Auditoría Gubernamental, ello no significa que la Jurisdicción deba condicionar su actuación a la intervención y valoración jurídica de la Administración[934].

5.2. Carácter del informe especial.

§ 4. Por otro lado, como ya se anotó, desde el derecho probatorio penal, es de tener en cuenta:

(1) Que el art. 16.b) de Ley del Sistema Nacional de Control considera que el informe o dictamen resultado de una acción de control emitido por un órgano del Sistema «...constituye [n] prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar».

---

933 La Sala Plena de la Corte Suprema el 6.4.1972 expidió la Circular N° 17-C que estableció que los órganos jurisdiccionales «... al tiempo de resolver una cuestión prejudicial, deben tener presente que el proceso de control administrativo no es necesariamente previo a la acción penal, ni de especial pronunciamiento como obstáculo procesal desde que el propio Contralor General puede denunciar el delito sólo a base de indicios razonables» (Boletín Judicial de la Corte Suprema. N° 2. Lima, 1972, pp. 69-70). Un argumento que utilizó, sobre la base de la legislación de control anterior, evidentemente el más sólido, fue que el control de la actividad pública ejercitada por la Contraloría General y otros órganos del Sistema es selectivo. Tal declaración jurisprudencial tiene validez hoy en día, desde que el art. 6 del Decreto Ley N° 26162, reitera que el control que ejerce el Sistema es siempre selectivo y posterior; y, porque las Normas de Auditoría Gubernamental -NAGU 4.50- condicionan la emisión del «Informe Especial» a la presencia de indicios razonables de comisión de delito.

934 Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria de 6.3.1973, ocasión en que –desestimando la cuestión prejudicial- declaró que «tratándose de una imputación por delito de peculado y contra los deberes de función y deberes profesionales en agravio del Estado, de la cual tiene ya conocimiento la Contraloría General de la República, (...) la investigación judicial debe entenderse independientemente del proceso administrativo y de las disposiciones a que se refiere el estatuto de escalafón del servicio civil ...» (DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano. Lima, FECAT 1998, pp. 102-104).

(2) Que las «Normas de Auditoría Gubernamental» consideran que cuando el Informe de «Auditoría Gubernamental» da cuenta de indicios razonables de comisión de delito recibe el nombre de «Informe Especial», en cuya preparación se tendrá en cuenta básicamente la estructura que tiene el Informe de Auditoría Gubernamental (NAGU. 4.50). Y,

(3) Que el Informe de Auditoría debe contener: *a)* la Introducción, que contiene la información relativa al Examen y la información relativa a la entidad examinada; *b)* las Conclusiones (juicios de carácter profesional basados en las observaciones resultantes del examen efectuado e información que permita conocer hechos o circunstancias que incidan significativamente en la gestión); *c)* Las Observaciones (comportamiento de la entidad examinada), así como las Recomendaciones y los Anexos (NAGU. 4.40); y, *d)* la evidencia, debidamente analizada, que sustenta las conclusiones, la cual puede ser física, documental, testimonial y analítica (NAGU. 3.40).

§ 5. El concepto de «prueba preconstituida», en rigor, como apunta CLIMENT DURÁN, es un uno de los cuatro supuestos en que cabe tomar en consideración las diligencias de investigación o de instrucción –calificadas como pruebas sumariales- para valorarlas como una *prueba* más, de cargo o de descargo. Constituye –explica dicho autor- un supuesto de irreproducibilidad originaria, en cuya virtud aquellas diligencias policiales o de instrucción en general que, por su propia naturaleza, son esencialmente irreproducibles u originariamente irrepetibles durante el juicio oral tal y como se produjeron inicialmente, de ahí que se haga preciso traer a juicio el acta policial, fiscal o judicial que entonces se levantó, dar lectura a su contenido y, además, oír como testigos a quienes intervinieron en su realización[935].

935 CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 773.

Esta prueba para ser tal, a su vez, como postula GIMENO SENDRA, debe cumplir requisitos de carácter material, subjetivo, objetivo y formal. Desde su carácter material –que es el dato más relevante- es de resaltar que dicha prueba versa sobre hechos que por su fugacidad -que hace mención a la noción de *sorpresa*- no pueden ser reproducidos en el acto del juicio oral. Se trata de hechos a través de los cuales se constata la existencia de una determinada situación física o una relación entre personas, que jamás podrá volver a ser igual, a partir del momento en que se produzca la intervención judicial o policial[936].

§ 6. El «Informe Especial» que emite un órgano del Sistema Nacional de Control, como consecuencia de un procedimiento administrativo, denominado de «Auditoría Gubernamental», destinado a verificar que la gestión pública se haya realizado con economía, eficiencia, eficacia y transparencia, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sin duda alguna, reviste *latu sensu,* carácter pericial. Ello es así, siguiendo la explicación para el caso español de BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, porque en dicho «Informe Especial» se consignan apreciaciones de los hechos en que se apoya, es decir, en conocimientos técnicos especializados, antes que en la percepción sensorial del informante[937]. Se trata, en consecuencia, de un informe técnico, que tiene un carácter personal y crítico, emitido por el Auditor Gubernamental; como tal, si bien carece de toda preconstitución probatoria, constituye prueba documentada, que no documental (lo relevante del mismo es aquella parte del Informe que contiene la información científica o técnica que aporte), sometida a la crítica y racional apreciación del juez[938].

936 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal, cit., pp. 375-378. SAN MARTÍN CASTRO, César, cit., pp. 588-591.

937 BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. El valor de las diligencias sumariales en el proceso penal español. Madrid, Civitas 1992, p. 178.

938 La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 21.4.1999, recaída en la causa N° 2920-98/La Libertad, definió lo que debe entenderse por «dictamen pericial»; señaló que es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se

Es de acotar que no es posible, dogmáticamente, considerar el «Informe Especial» como prueba preconstituida, porque para ser tal se requiere que los hechos que analice sólo puedan acreditarse en el momento de producirse y mientras éstos puedan ser observados, es decir, entre tanto duren sus efectos y secuelas. Tal tipificación no calza con el «Informe Especial», pues al analizar o evaluar –imparcial y objetivamente- la gestión pública el Auditor Gubernamental realiza diversas operaciones y procedimientos tendentes a establecer la presencia o no de inconsistencias o irregularidades en la gestión pública, lo que por su propia naturaleza no responde a la característica de fugacidad, que es el elemento distintivo de la prueba preconstituida.

§ 7. No obstante lo expuesto, es de entender que el sentido de la ley es que el «Informe Especial», como tal, autorice cumplidamente, a partir de sus conclusiones técnicas, el procesamiento penal de una persona, en tanto en cuanto sus conclusiones permitan sostener, en primer lugar, la relevancia penal de los hechos que afirma (art. 77, I Párrafo, CPP), y, en segundo lugar, la presencia de sospechas fundadas o causa probable –prueba suficiente- para promover la acción penal (vid. art. 94.2 LOMP). La Ley limita, funcionalmente, el valor del «Informe Especial» a la iniciación de las acciones legales, en este caso, a la promoción de la acción penal, aunque hace mal en calificarlo de «prueba preconstituida».

No obstante ello, en tanto se trata *latu sensu* de un Informe o Dictamen Pericial, queda sometido a lo que establece el ordenamiento procesal para este tipo de prueba[939].

---

trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos; la misma que tiene un doble aspecto, uno referido a su contenido técnico y otro a su legalidad, donde comprende la designación de los peritos, la admisión del informe pericial y su ratificación judicial. Este concepto, sin duda, incluye al «Informe Especial», cuyo aspecto legal obviamente incluye la ratificación o examen de los Auditores Gubernamentales.

939 Es claro que el resultado de la investigación administrativa, plasmada como corolario en el «Informe Especial», no puede enervar ni destruir la prueba acumulada durante el proceso penal. Por tanto, como afirma la Ejecutoria de

§ 8. Otro tema discutible estriba en establecer si es forzosamente obligatoria la ratificación del autor o autores del «Informe Especial», cuya omisión originaría la nulidad irremediable de la sentencia y del juicio oral. Un sector de la doctrina española y la jurisprudencia de ese país, por su parte, estiman que no necesariamente sería del caso su ratificación judicial, en la medida que el citado «Informe Especial» ha sido emitido por un organismo oficial y por funcionarios públicos especialmente dedicados a la tarea de que se trate, y siempre que la defensa no haya cuestionado la idoneidad o imparcialidad de los Auditores Gubernamentales, instado la ratificación o el examen pericial o presentado contraprueba al respecto[940].

ORTELLS RAMOS apunta que cuando se trata de documentos propios de un procedimiento administrativo aportados al proceso –es el caso del «Informe Especial»- no pueden someterse al tratamiento del medio de prueba documental, sino al que corresponde a un acto de investigación preliminar, entre el que destaca *(1)* que el funcionario que lo hubiere practicado declare en el juicio, de manera que se respeten los principios de inmediación y contradicción propios de la etapa del juicio oral, así como que *(2)* al realizar la Auditoría Gubernamental se hayan observado las necesarias garantías –en este caso las estipuladas en las NAGU-[941].

JAEN VALLEJO considera que, a diferencia de la prueba testifical –basada en la percepción sensorial de una persona referente a he-

---

6.6.1953, «Sólo como resultado de la investigación judicial se determinará la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpado» (Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, 1953, p. 1113). Igualmente, aún cuando el Informe Administrativo de Control Interno concluya que sólo existen irregularidades administrativas, la conclusión de la jurisdicción puede ser diferente a partir de las pruebas actuadas en el proceso (Ej. Sup. 2.4.1998, en ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. T. I, cit., pp. 404-406).

940 En contra de esta tesis, por considerar que invierte la carga de la prueba: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, Bosch 1997, p. 467.

941 MONTERO AROCA, Juan y otros, cit., pp. 276-277.

chos-, que exige el examen judicial para poder llevar a cabo el juicio sobre la credibilidad de la declaración, la prueba consistente en informes técnicos o dictámenes periciales tiene un carácter predominantemente de prueba documental, en tanto expresan el contenido de un pensamiento y no la percepción sensorial de una persona. Dicho autor, sobre la base de la sentencia del Tribunal Supremo Español de 23.2.1989, precisó que el derecho comparado, en especial los arts. 256 y 250 de la OPP Alemana, visto su carácter predominantemente documental, autorizan la sola lectura de los informes técnicos provenientes de autoridades públicas, salvo que la prueba de un hecho se base en la percepción sensorial de una persona[942].

6. PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

§ 1. Una pauta absolutamente novedosa en el país ha sido introducida por la reciente Ley N° 27444, de 11.4.2001, de Procedimiento Administrativo General, en cuyo art. 230, numeral 10), reconoce que la potestad sancionadora de la Administración debe respetar el *non bis in idem*[943], en cuya virtud «No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento»[944]. No cabe, pues, doble sanción cuando se aprecia identidad de

942 JAÉN VALLEJO, Manuel. Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española. Lima, Gráfica Horizonte 2001, pp.149-150.

943 Señala Julio MAIER que universalmente el principio se enuncia por el aforismo en latín con la partícula negativa *ne*, o, lo que es lo mismo, *bis de eadem re ne sit actio* (no haya dos veces acción acerca del mismo objeto). Dicho autor apunta que no es correcto utilizar el vocablo *non*, pues el adverbio negativo bajo forma *ne* es el que se usa en textos imperativos o jurídicos, es decir, en lenguaje prescriptivo (MAIER, Julio. Derecho procesal penal. T. I. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 1996, pp. 595-597).

944 Señala, con acierto, Rosario DE VICENTE MARTINEZ que el citado principio impide tanto la duplicidad sancionadora sucesiva: no sancionar lo ya sancionado, como la doble punición simultánea de un mismo hecho: no desarrollar a

sujeto, hecho y fundamento, con lo que se modifica radicalmente la tradicional concepción anterior, caracterizada por la compatibilidad de las responsabilidades civiles, administrativas y penales por el mismo hecho. Esa norma, en rigor –como señala DE VICENTE MARTINEZ- introduce límites concretos a la potestad sancionadora de la Administración: las subordina a la autoridad judicial y, por tanto, en caso de colisión hay que resolver a favor de la primera[945].

Todo lo expuesto no es sino el reflejo de una concepción, hoy dominante, en virtud de la cual tanto el poder sancionador penal como el administrativo son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales[946]; esta unidad sustancial del ordenamiento punitivo del Estado (entre ilícito administrativo y penal, y entre sanción administrativa y penal, que son manifestaciones del *ius puniendi* estatal), reconoce empero que existe una subordinación de los actos administrativos a de imposición de sanciones a la autoridad judicial penal en una perspectiva procesal, como luego se verá, de suerte que en caso de colisión ésta se resuelve a favor de la jurisdicción penal[947].

---

un tiempo dos enjuiciamientos sancionadores [DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*)». En: ACTUALIDAD PENAL. N° 22. Madrid, 29 de mayo al 4 de junio de 2000, p. 475].

945 ibid, pp. 475-476.

946 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el «Asunto Gradinger vs. Austria», STEDH 23.10.1995, amparándose en el art. 4) del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en su primer numeral dice: «Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado», declaró que está incorporada en esa garantía la prohibición de concurrencia de sanciones penales y administrativas, en tanto se fundan en el mismo comportamiento o conducta.

947 RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador. El ptincipio *ne bis in idem* en el ámbito tributario. Madrid, Marcial Pons 2000, pp. 23-26.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en el «caso Héctor William Grandez Villanueva», en su Fundamento Jurídico 3, ya había establecido jurisprudencialmente las pautas del *non bis in idem* ahora incorporadas legalmente. Precisó, al respecto, que el *non bis in idem* es un derecho constitucional en virtud del cual queda proscrito que en ejercicio de la potestad punitiva y sancionatoria del Estado una persona pueda ser condenada dos o más veces por los mismos hechos y con idéntico fundamento, por lo que, en estos casos, es de evaluar si la sanción posterior en el tiempo ha sido impuesta al mismo sujeto (identidad de sujeto), por motivo de un mismo comportamiento (identidad de hechos), y por la infracción de un único bien jurídico (identidad de fundamento)[948].

El *ne bis in idem*, es de acotar, es un principio cuya importancia moderna reside en su significado como garantía de seguridad individual y que, en verdad, su adecuado entendimiento proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que dispone: «Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro». En tal virtud, como apunta ELDER WITT, el *ne bis in idem* protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por la misma infracción[949]. CARRIÓ, comentando la jurisprudencia argentina, especialmente el «caso Taussig», resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1991, sostiene que dicha garantía –de rango constitucional, a tenor del «caso Ganbra de Naumow»- veda el riesgo de ser condenado dos veces por un solo hecho, y que la prohibición de la doble persecución comprende no sólo la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por si mismo[950].

---

948 http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0008-2001-HC.html: STC de 19.1.2001.

949 WITT, Elder. La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales. México, Gernika 1995, p. 285.

950 CARRIÓ, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires, Hammurabi 2000, pp.445, 446, 468 y 469. Para la doctrina colombiana,

El citado art. 230.10 de la nueva Ley viene a derogar el conjunto de disposiciones legales que permitían que un funcionario o servidor público pueda ser sancionado, indiscriminadamente, por un mismo hecho, tanto penal cuanto administrativamente. La Corte Suprema, por ejemplo, había señalado genéricamente, y sin referencia a límites o criterios de razonabilidad específica, que la sanción disciplinaria impuesta a una encausada por el hecho objeto del proceso penal, constitutivo de peculado, no la exime de la responsabilidad penal que le corresponde, de suerte que inclusive la persecución penal no requiere pronunciamiento previo en vía extra-penal[951].

§ 2. Conforme señalan BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, el *non bis in idem* tiene una especial repercusión en el ámbito del llamado derecho penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no podría tener una pena administrativa y otra pena criminal, sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación a dicho principio[952].

Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA acota que el principio del *ne bis in idem* se presenta en una triple manifestación y, como tal, comprende a la cosa juzgada: **(1)** prohibición de doble valoración (dentro de cada proceso); **(2)** prohibición de nuevo procesamiento (excepciones de cosa juzgada o pleito pendiente con respecto a la pretensión de iniciar o proseguir una nueva o distinta actuación penal por el mismo suceso histórico o parte del mismo); y, **(3)** prohibición de modificar la sentencia definitiva que se ha pronunciado en un caso dado (irrevisabilidad de la sentencia de fondo ejecutoriada o efecto propio de la cosa juzgada material) (Principios y normas rectoras del DP. Bogotá, Ed. Leyer 1999, p. 433).

951 Ejecutoria Suprema de 13.10.1999. En: Rev. NORMAS LEGALES. T. 283. Trujillo, diciembre 1999, pp. A30-A31. En igual sentido, la Ejecutoria Superior de Lima de 20.10.1997, precisó que «el procedimiento administrativo no constituye requisito para dar inicio al proceso; el agotamiento de la vía administrativa constituye una excepción que puede ser promovida en un proceso civil mas no así en el proceso penal» (LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel, cit., p. 481).

952 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Madrid, Trotta 1997, pp.67-68.

El citado artículo de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siguiendo la jurisprudencia (STC 2/1981, de 30 de enero) y legislación española (art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), exige tres presupuestos para que opere el *non bis in idem*. MORÓN URBINA identifica los tres presupuestos, bajo las denominaciones de: *1)* Identidad subjetiva: el administrado debe ser el mismo en los procedimientos jurisdiccional y administrativo, resultando irrelevante si concurre con otras personas o no, o aparece por interpósita persona en alguno de ellos; *2)* Identidad objetiva: los hechos constitutivos de la infracción deben ser los mismos en ambos procedimientos; y, *3)* Identidad causal o de fundamento: los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras (penal y administrativo) deben ser idénticos, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persigue en los dos distintos ordenamientos resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamentos, mientras que si son iguales, (no) procederá la doble punición[953].

Esta prohibición se concreta, por tanto, a que los dos tipos sancionadores tengan el mismo contenido de injusto o que tutelen el mismo bien jurídico o interés jurídico, que sería el caso por ejemplo de los delitos especiales propios o cuando la sanción penal ha tenido en cuenta el carácter de funcionario del sujeto (en los delitos especiales impropios no se da identidad de fundamento en tanto gozan de una diferente fundamentación respecto de la regulación disciplinaria[954]. Por

953 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica 2001, p. 522. La Corte Suprema, respecto de la última identidad, señaló que la cosa juzgada requiere «identidad de acción», es decir, similitud de «causa de la pretensión» que se hace valer en otro procedimiento con igual finalidad y sobre la cual existe decisión definitiva (Ej. Sup. 18.2.1980. Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, 1980, p. 380). En la Ejecutoria Suprema de 28.6.2001, siguiendo las pautas del art. 78.2 del Código Penal vigente, precisa la cosa juzgada requiere de una triple identidad: identidad de procesados, identidad de hechos (que verse sobre los mismos hechos en los procesos sujetos a comparación) y resolución firme (NORMAS LEGALES. T. 308. Trujillo, enero 2002, p. A31).

954 Vid. DE LEON VILLALBA, Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona, Bosch 1998, p. 496-498.

otro lado, *(1)* no hay identidad de hechos cuando alguno de éstos no queda probado en el proceso por carecer de relevancia a efectos penales, pero sí la tiene a efectos administrativos, extremo que será objeto del procedimiento sancionador; *(2)* no se da identidad de fundamento cuando en la base legitimante de las acciones confluyen intereses cualitativamente distintos; y, *(3)* la doble sanción podrá basarse, y legitimarse, en la dualidad de sujetos actuantes, que es el caso en que las características de la autoría no son del todo coincidentes en lo penal y en lo administrativo, como sería en los supuestos de responsabilidad penal de la persona física y de responsabilidad de la persona jurídica, pues en este último caso la sanción se basa en su «culpabilidad de organización», que no es el título que fundamenta la responsabilidad de aquélla[955].

La duplicidad de sanciones, según la jurisprudencia constitucional española, en palabras de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, sólo resulta admisible cuando a la responsabilidad penal se acumula la de orden administrativo en los supuestos de «relación de sujeción especial», así la de los funcionarios respecto de su responsabilidad disciplinaria (STC 234/1991) o la de los sometidos al régimen penitenciario (STC 94/1986), «(...) pero siempre que, además, el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto del de la infracción penal y que la sanción sea proporcional a esa protección» (STC 234/1991)[956].

§ 3. Aclara VIVES ANTÓN que el *ne bis in idem* recoge dos vertientes: material y procesal. La vertiente material –derecho a la unicidad sancionatoria-impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos sanciones, inclusive penal y administrativa. La vertiente pro-

955 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Empresa y DP. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc 2001, pp. 202-203.

956 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de DP. PG. Barcelona, Praxis 1996, p. 45. En igual sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del DP. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 98-99.

cesal –derecho a no ser sometido a un doble procedimiento-, recogida en la STC 77/1983, de 3 de octubre, determina que cuando el ordenamiento jurídico permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se harán con independencia si resulta de la aplicación de normas diferentes; independencia que estará prohibida en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, por lo que en este último caso, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, la primera no podrá actuar mientras no lo hayan hecho los segundos, debiendo en todo caso respetar, cuando actúe «a posteriori», el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado[957]. Este último efecto del *ne bis in idem* es conocido como la regla de la prevalencia constitucional, que se traduce, es de insistir, en la imposibilidad de que la Administración continúe un expediente sancionatorio cuando existan indicios de que la conducta en cuestión puede revestir el carácter de un delito o de una falta.[958]

957 VIVES ANTÓN, TOMAS y otros. DP. PG. Valencia, Tirant lo Blanch 1991, pp. 75-76. PÉREZ MANZANO acota que la «imposibilidad de revisar los hechos» no puede entenderse cabalmente desde un fundamento procesal, en el que inclusive se cuestiona el efecto positivo de la cosa juzgada penal, sino en la necesidad de tutelar de manera reforzada la forma en que se determinan los hechos en el procedimiento penal, esto es, en un proceso que se sustancia de conformidad con derechos constitucionales que tienen una vigencia, en unos casos, exclusiva, y, en otros, específica (La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*. Valencia, Tirant lo Blanch 2002, p. 65).

958 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, José Ignacio GALLEGO SOLER. «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal». En: ACTUALIDAD PENAL. N° 8. Madrid, 21 al 27 de febrero de 2000, p.174. Apunta PÉREZ MANZANO que la supremacía del orden penal y la cuestión de la subsidiariedad de la actuación de la Administración en materia sancionadora no se explica de forma exclusiva ni preponderante desde una comprensión o perspectiva procesal del *ne bis in idem*, sino de una perspectiva material: mayor gravedad de las infracciones penales –en abstracto, genéricamente consideradas- que a su vez se sustenta en el propio carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (PÉREZ MANZANO, cit., pp. 62-64).

En esa misma perspectiva, TERRADILLOS BASOCO postula que la norma comentada comporta tres importantes efectos: *a)* la actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales, y no podrá reanudarse en tanto no se hayan pronunciado éstos (suspensión de las actuaciones administrativas hasta que la jurisdicción se pronuncie); *b)* si la jurisdicción estima la existencia de delito o falta, no cabe sancionar administrativamente; y, *c)* en el caso contrario, la Administración debe respetar, en su actuación *a posteriori,* la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios[959].

TORRES HERNÁNDEZ, siguiendo esa concepción, anota que la dimensión procesal del *ne bis in idem* desarrolla sus efectos en dos ámbitos: *a)* en el Ordenamiento procesal, que rige el instrumento característico de realización del Derecho penal, el proceso y consecuencia de él es la excepción de cosa juzgada del proceso penal; y, *b)* en el ámbito de las relaciones entre la Administración sancionadora y la jurisdicción penal, ordenadas por la regla que establece la preferencia de la actuación de los Órganos Jurisdiccionales, debiendo paralizarse el procedimiento administrativo en tanto no haya recaído resolución penal. Agrega que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial vienen definidas por el carácter exclusivo de la potestad jurisdiccional atribuida a los juzgados y tribunales, por el sometimiento de la Administración al control de la legalidad de sus actuaciones por los Tribunales y por la imposibilidad de que la Administración, en el ejercicio de la potestad sancionadora, pueda imponer sanciones, que directa o indirectamente impliquen privación de libertad[960].

---

959 TERRADILLOS BASOCO, Juan, cit., p.132.

960 TORRES HERNÁNDEZ, María Elena. «El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional». En: Rev. La Ley. Año XXI. Número 5070. Madrid, 7 de Junio de 2000, p. 2. Por tanto, son dos los alcances procesales del *ne bis in idem*. En **primer lugar**, la prioridad del proceso penal respecto del procedi-

§ 4. URQUIZO OLAECHEA considera, primero, que es un error deducir el principio del *non bis in idem* del art. 139.13 de la Constitución, que hace mención a la cosa juzgada; segundo, que el *non bis in idem* tiene su plena autonomía conceptual y material dentro del principio de legalidad, de suerte que éste tiene lugar cuando hay amenaza de doble enjuiciamiento a las mismas personas, por los mismos hechos y, sobre todo, con el mismo fundamento, sin que se requiera sentencia firme para invocarlo; y, tercero, que cuando se invoca el *non bis in idem* luego de una sentencia ejecutoriada, es de aplicación la cosa juzgada, una de cuyas consecuencias es evitar, no el doble enjuiciamiento, sino un nuevo y segundo enjuiciamiento, utilizando los mismos argumentos que fueron ventilados en la sentencia ejecutoriada[961].

---

miento administrativo sancionador en el procesamiento de unos mismos hechos. Ello es una consecuencia directa del carácter auxiliar y delegado de las potestades entre Administración y Jurisdicción y el sometimiento constitucional de aquélla a ésta, a la vez que permite entender que se trata de una prioridad sustancial y no sólo cronológica - procedimental, al punto de que una sanción administrativa pronunciada con anterioridad al inicio de actuaciones penales sobre los mismos hechos será objeto de anulación indefectible. En **segundo lugar**, la necesidad de respetar la cosa juzgada, entendida en un sentido amplio, equiparable a la obligación de la Administración, cuando actúe *a posteriori*, de respetar el planteamiento fáctico que los Tribunales hayan realizado. Tal vinculación es total cuando se trata de sentencia condenatoria, en cuya virtud el procedimiento administrativo no podrá iniciarse o, si ha sido iniciado, darse por concluido; y, es relativa cuando se dicte sentencia absolutoria, pues sólo afecta a los hechos declarados probados, y no a la calificación jurídica, que puede ser distinta para un mismo soporte fáctico, por lo que unos mismos hechos pueden ser valorados de manera diferente en el ámbito penal y en el orden administrativo (Vid. RAMIREZ GÓMEZ, Salvador, cit., pp. 53-57).

961 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad. Lima, Gráfica Horizonte 2000, pp. 131-133. La cosa juzgada, precisó en su día la Corte Suprema, exige como requisito esencial la existencia de un fallo definitivo, capaz de impedir un segundo juzgamiento por el mismo hecho punible, a la par que concurrentemente exige identidad de sujeto e identidad del hecho (Ej. Sup. de 22.4.1991 y de 13.4.1998; RETAMOZO, Alberto, Ana PONCE. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema. Lima, IDEMSA 1994, p. 79, y ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal, cit., p. 246, respectivamente). Una línea jurisprudencial, tal vez distinta, es la que asume la Ejecutoria Superior de Junín, al sostener que el principio *non bis in idem* prohíbe el perseguir múltiples veces a una persona, a pesar inclusive de que la sentencia se haya pronunciado en una vía distinta a la penal (10.7.1997, Exp. N° 3908-97: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie Jurisprudencia 3. Lima, 2000, p. 422).

El tema del fundamento del *non bis in idem* es siempre polémico[962]. Ha sido la jurisprudencia constitucional española la que derivó este principio del de legalidad (STC 2/1981), entusiastamente postulado por GARCÍA DE ENTERRÍA; empero, las críticas a esta concepción no se han hecho esperar[963]. GARCÍA RIVAS explica esta tendencia expansiva del principio de legalidad en el hecho de ser el único principio clara y expresamente reconocido en la Constitución española, a la par que postula, siguiendo a ARROYO ZAPATERO, que el fundamento de la prohibición del *ne bis in idem* debe situarse en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, impidiendo la aplicación de sanciones desproporcionadas, como inclusive en alguna ocasión lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (STC 154/1990, de 15 de octubre, Fundamento Jurídico 3°), aunque precisando que el principio de proporcionalidad constituye un fundamento suplementario y no básico del *non bis in idem*[964].

962 En Alemania, por ejemplo, sobre la base del art. 103.III de la Ley Fundamental, que dice: «Nadie puede ser castigado varias veces por el mismo hecho con fundamento en las leyes penales generales», el fundamento del *ne bis in idem*, conforme da cuenta Ricardo Manuel MATA Y MARTÍN, siguiendo a DURING, se atribuye a los principios que se desprenden del Estado de derecho, particularmente del principio de seguridad jurídica, conforme al cual los ciudadanos no pueden permanecer indefinidamente bajo la posibilidad de un proceso penal y una eventual condena («El principio *non bis in idem* de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados». En: Revista Poder Judicial. N° 41-42. Madrid, 1996, p. 193).

963 Señala Mercedes PÉREZ MANZANO que la doctrina (española) afirma con carácter general –siguiendo a BENLLOCH y HUERTA TOCILDO- que el *ne bis in idem* es un principio general del Derecho basado en los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, que como tal prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión (cit., pp. 24-25).

964 GARCÍA RIVAS, Nicolás. Poder punitivo en el Estado Democrático. Cuenca, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha 1996, pp. 76-77. Una exposición de las posiciones doctrinarias españoles en MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, cit., pp. 193-195.

En todo caso, como postula DE LEÓN VILLALBA, el valor que informa el *non bis in idem,* y que permite situarlo en un contexto garantista, es el de seguridad jurídica, en cuanto incorpora un gran número de principios que limitan la actuación sancionadora del Estado; por ello, la vertiente material del *non bis in idem* «...debe entenderse desde la conjunción de los principios de legalidad, proporcionalidad, mientras que la procesal queda vinculada a la propia idea de seguridad en las relaciones procedimentales en estado puro, garantizando que el sujeto no se va a ver sometido a la carga de sufrir varios procesos por la misma conducta, lo que guarda íntima relación con el instituto de la cosa juzgada, y algunos otros en el ámbito procesal»[965].

Desde esta misma perspectiva SUÁREZ SÁNCHEZ indica que la seguridad jurídica se concreta a través de cuatro principios, diferenciando el de legalidad con el de cosa juzgada y el de *ne bis in idem.* Se trata de los siguientes: *a)* el principio de legalidad, en cuya virtud «el ciudadano debe saber con exactitud (...) cuáles modelos de comportamiento son penalmente perseguidos, cuáles consecuencias se señalan para tales conductas, cómo ha de operar el juzgamiento y de qué manera ha de ejecutarse la consecuencia correspondiente»; *b)* el principio de la cosa juzgada, que está orientado a darle efectividad a las decisiones judiciales al evitar un reexamen de lo ya fallado de manera definitiva; *c)* el principio del *non bis in idem*, que garantiza que el procesado no sea sometido a las incomodidades de procesos continuos sobre el mismo asunto y a que tenga certeza de que el Estado no lo volverá a hostigar por lo ya juzgado; y, *d)* el principio de la

965 DE LEON VILLALBA, Francisco, cit., p. 446. El Tribunal Constitucional Español, a partir de la STC 177/1999, no sólo insistió que el fundamento del *ne bis in idem* reside en su conexión con el mandato de previsibilidad de las infracciones y sanciones y en la necesaria proporcionalidad de éstas, sino que agregó en sus Fundamentos Jurídicos 3 y 4 que el principio del *ne bis in idem* se confitura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

retroactividad de la ley permisiva o favorable, que es la proyección de la ley a conductas previas, extendiendo consecuencias jurídicas en el presente a situaciones jurídicas que se produjeron en el pasado, principio que se conjuga con el de la dignidad humana, toda vez que sólo es posible la retroactividad en cuanto sea favorable al procesado[966].

§ 5. Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, considera que el principio *non bis in idem* no se deriva del principio de legalidad (art.. 2.24.d Const.), más bien lo sitúa genéricamente en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad, uno de cuyos componentes es el principio de proporcionalidad. Al respecto señala que «... aunque (el *non bis in idem*) no se encuentre explícitamente enunciado en nuestro ordenamiento constitucional, constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal, que se desprende tanto del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como de su articulación, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución Política del Estado, con el artículo 8.4. de la Convención Americana de Derechos Humanos en virtud del cual el inculpado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos» ("Caso Dante Damas Espinoza", Fundamento Jurídico 7.a)[967].

---

966 SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El debido proceso penal. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia 1998, pp.173-183. PÉREZ MANZANO, por su parte, considera que cada efecto del *ne bis in idem* obedece, pese a su íntima relación, a sus propios fundamentos; así el efecto material deriva de la seguridad jurídica, cuyo sustrato es el reconocimiento fundamental de la dignidad human y la libertad, mientras que el efecto procesal se conecta con la potestad jurisdiccional, con su propia esencia, y a través de ella con el derecho a la tutela judicial efectiva (cit., pp. 69-72).

967 STC de 2.7.1998, Exp. N° 019-1998-HC/TC: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0109-1998-HC.html. En esa misma perspectiva, sin citar una norma constitucional concreta, enfatizando que el *non bis in idem* integra el contenido esencial del debido proceso, están las STC de 16.11.1998 «caso Ismael Bellina Rosado» (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1167-1997-AA.html) y de 10.12.99 «caso Segundo Campos Zuloeta» (http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0748-1999-AA.html). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el

Es de precisar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional confunde cosa juzgada o *res iudicata* con *non bis in idem*[968], con lo que en este aspecto la anotación de URQUIZO OLAECHEA tiene plena validez al postular un contenido propio para este último[969]. Así aparece del fallo anteriormente citado, y de otras sentencias en las que inclusive no cita el art. 139.3 de la Constitución, sino el inciso 13° de ese mismo artículo. En efecto, en el «caso Amadeo Néstor Achahui Guzmán», Fundamento Jurídico 3, señala que «la imposición de una doble sanción a la misma persona por el mismo hecho vulnera el principio *non bis in idem* consagrado en el inciso 13) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; esta duplicidad de sanciones entraña una inadmisible reiteración del *ius puniendi* del Estado»[970]; doctrina que es reiterada en el «caso José Ever Mariñas Gómez»[971].

«Asunto Brumarescu vs. Rumanía», STEDH 28.10.1999, ubicó el *ne bis in idem* en el ámbito del art. 6.1 CEDH, esencialmente en la seguridad de las relaciones jurídicas que constituye –según anotó- un elemento fundamental del Derecho, cuya preeminencia se afirma en el preámbulo del Convenio.

968 Carlos CARO CORIA considera: 1. Que el sentido material del *ne bis in idem* está plenamente reconocido en el art. 139.13 Const.; que, a su vez, tal sentido se desarrolla tanto desde una concepción fáctica, que sería la observada por URQUIZO OLAECHEA, cuanto desde una concepción normativa, de modo que la prohibición de sancionar más de una vez opere sólo cuando se trate del mismo injusto. 2. Que este principio, asimismo, tiene un complemento procesal entendido tanto en un sentido tradicional, que significa la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada, como en un sentido preventivo, que tiene su fundamento en la doctrina norteamericana del *double jeopardy* y que importa la proscripción desde ya, exista o no cosa juzgada, de la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos (El derecho penal del medio ambiente. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp.123-125).

969 La Ejecutoria Superior de Lima de 20.4.1998 (Exp. N° 4387-97), bajo esta misma concepción, apunta que el fundamento de la cosa juzgada está en el principio *ne bis in idem*, o no dos veces por la misma causa, consagrado en el inciso trece del artículo 113 de la Constitución Política (BACA CABRERA, ROJAS VARGAS, NEIRA HUAMÁN. Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios. T. III. Lima, Gaceta Jurídica 1999, p. 628).

970 STC de 29.12.1998: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0902-1998-AA.html.

971 STC de 18.11.1998: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0074-1995-AA.html.

En el «caso Sergio Jhony Villacorta Alfaro» (STC de 26.1.2001) el Supremo Intérprete de la Constitución, más allá del error de calificación, insiste que la doble sanción transgrede el derecho al debido proceso y particularmente la regla *non bis in idem*, aunque cita otras normas constitucionales, señalando que «... aunque (la aludida regla) tiene carácter innominado resulta individualizada a la luz del artículo 3 de la Constitución Política del Estado y lo previsto en le numeral 5) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, concordante con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma norma fundamental»[972].

Cabe estimar, sin embargo, que la noción «debido proceso», para nuestro Tribunal Constitucional, tiene dos dimensiones: formal y sustancial. Así, en el «Caso Industria de Confección Textil S.A. y otra», Fundamento Jurídico 3, enfatizó que es de rigor: «...garantizar que el proceso sea debido, en el sentido que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquél en el que, o es resuelto conforme a normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente»[973]. Bajo esa misma línea, en un fallo coetáneo («Caso Nicolás Alberto Ordóñez Meléndez», STC de 6.12.201, Exp. N° 0421-1998-AA/TC), insistió en que no basta que se respete en un procedimiento la dimensión formal del derecho al debido proceso, sino que también se exige el respeto de su dimensión sustantiva, vinculada esta última a la in-

---

972 STC de 6.12.2001: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0474-2000-AA.html. El art. 3 de la Constitución reza que «la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en el principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

973 STC de 6.12.2001: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0145-1999-AA.html.

terdicción de la arbitrariedad; uno de los elementos de la dimensión sustantiva de la regla del *non bis in idem* es el respeto del principio de proporcionalidad de las sanciones, en virtud de lo cual éstas «...deben encontrarse siempre adecuadas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que exige una coherente y razonable proporción entre los actos a los que se reputa la comisión de faltas administrativas y la sanciones que se impongan, desde que en nuestro ordenamiento está proscrita la arbitrariedad, y se encuentra en vigencia, más bien, el principio de interdicción de la arbitrariedad»[974].

Esta concepción del «debido proceso legal», que el Tribunal Constitucional en sus últimos fallos califica como una garantía constitucional innominada –entendida en su sentido amplio- y que, a su vez, está integrada por un conjunto de derechos de relevancia constitucional, entre los que sitúa el *non bis in idem*, sin duda, está influenciada por la evolución de la jurisprudencia americana y argentina. Señala JUAN FRANCISCO LINARES que por tal institución debe entenderse el conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiere a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre la debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso); el primero implica una garantía de ciertas formas procesales y el segundo de ciertos contenidos o materia de fondo justos[975].

974 STC de 6.12.2001: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0421-1998-AA.html.

975 LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las Leyes. Buenos Aires, Astrea 1970, pp. 11-12.

7. PROCEDIMIENTO PENAL Y COMISIÓN PARLAMENTARIA DE INVESTIGACIÓN.

§ 1. El art. 97 de la Constitución consagra una manifestación específica de la función de control del Congreso. Se trata de la función de *verificación* o *inspección*, que implica un juicio o verificación y, en su día, también, la adopción de una medida destinada a hacer cesar o enfrentar la situación detectada.

Las Comisiones de Investigación se instituyen para indagar cuestiones de interés público[976]; y, tienen un poder expreso de comparecencia de personas y coercitivo de levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. Además, para garantizar el principio de independencia judicial (art. 139.2 Const.), como explica FERNÁNDEZ SEGADO, se incorpora una norma en el sentido que sus conclusiones no serán vinculantes a la jurisdicción y, por ende, tampoco afectan a las resoluciones judiciales[977].

El Reglamento del Congreso especifica que la función de las Comisiones de Investigación tiene un carácter de control político (art. 5); esto es, tiene una naturaleza no jurisdiccional[978]. El art. 88 estipula

976 El art. 97 Constitucional señala como marco de referencia el concepto del *interés público*. Se trata, apunta GARCÍA TOMA, de cualquier asunto que afecte o que guarde relación, por conveniencia, bienestar o utilidad, con la existencia o coexistencia social de la ciudadanía (cit., T. II. p. 325).

977 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Madrid, Dykinson 1993, p. 657.

978 RUBIO CORREA, Marcial. T. IV, cit., p. 11. No existe una invasión de atribuciones al órgano judicial. Sobre el particular, señala Enrique BERNALES BALLESTEROS, el Congreso guarda para sí la exclusividad de la responsabilidad política de los infractores, cuando se trata de los cargos y funciones señalados por la Constitución, a la vez que corre traslado a los órganos correspondientes cuando hay infracciones a la legalidad vigente, que significan aspectos administrativos y penales posibles de una sanción por un órgano distinto al Parlamento, que es el caso precisamente de las conclusiones y recomendaciones de las comisiones investigadoras aprobadas por el Pleno del Congreso (cit., p. 423).

que tales Comisiones promueven «... un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir o sancionar la conducta de quienes resulten responsables, ...». La regla f) del art. 88 estatuye que «la intervención del Ministerio Público o el inicio de una acción judicial en los asuntos de interés público sometidos a investigación por el Congreso, no interrumpen el trabajo de las Comisiones de Investigación».

El diferente objeto de ambas funciones explicaría esa conclusión, lo que procesalmente significa, como dispone el Reglamento del Congreso, que «La intervención del Ministerio Público o el inicio de una acción judicial en los asuntos de interés público sometidos a investigación por el Congreso, no interrumpen el trabajo de las Comisiones de Investigación. El mandato de éstas prosigue hasta la extinción de los plazos prefijados por el Pleno y la entrega del informe respectivo»[979].

§ 2. Un tema de discusión, frente a la regla f) del art. 88 del Reglamento del Congreso, es si pueden coexistir la investigación penal o el proceso penal, y la investigación parlamentaria. La doctrina constitucionalista, a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos –«casos Kilbourn vs. Thompson (1881) y Sinclair vs. USA (1929)»- es favorable a esa coexistencia, en tanto la finalidad de cada investigación esté dentro del marco de la competencia de ambas[980].

Es claro, por tanto, que en el plano estrictamente legal no obsta la constitución de una Comisión Parlamentaria de Investigación respecto a un ámbito fáctico que es de conocimiento de la jurisdicción. Agrega EGUIGUREN PRAELI que, en este caso, las funciones de encues-

979 CÁNEZ MARTICORENA, Alfredo, cit., p. 22.

980 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Retos de una democracia insuficiente. Lima, Comisión Andina de Juristas – Fundación Fiedrich Neumann 1988, p. 252.

ta parlamentaria no conllevan que se suspenda, paralice o sustraiga la jurisdicción y el proceso en curso ante la autoridad judicial, pues ésta no reemplaza ni sustituye al proceso judicial, al ser su finalidad y competencia distinta del objeto del proceso penal; asimismo, la Comisión Investigadora no paraliza el proceso judicial, no revisa o modifica sentencias, no impide el cumplimiento de los fallos judiciales, ni investiga la conducta funcional de los jueces[981].

La cuestión, sin embargo, se traslada a otro ámbito, pues no tiene que ver con la propia duplicidad de investigaciones. El problema que puede presentarse tiene un carácter estratégico, vinculado a la efectividad del esclarecimiento. Lo esencial, entonces, es dilucidar una inquietud fundamental: si la duplicidad de actos de investigación puede o no perjudicar el esclarecimiento de los hechos y, en su día, si es posible compartir información.

§ 3. El perjuicio que puede ocasionar una duplicidad de investigaciones se circunscribe a la publicidad de los actos y al conocimiento de lo indagado por parte de los testigos, de modo que –en este último supuesto- puede vulnerar el principio de espontaneidad de la declaración testifical.

La regla a) del art. 88 del Reglamento del Congreso prescribe que sus sesiones son públicas, salvo acuerdo distinto de la mayoría simple de los congresistas miembros presentes. A su vez, y en paralelo, el art. 73 CPP estatuye que la instrucción es reservada. Atento al objetivo de la norma procesal, en principio, no sería posible que hechos judicializados en fase de instrucción se ventilen en sesiones públicas. Por consiguiente, es de entender que el Código de Procedimientos Penales constituye un límite objetivo al principio de publicidad de los actos de encuesta parlamentaria.

981 ibid., p. 260.

En esa misma línea, la declaración de testigos, obviamente no comprometidos como posibles autores o partícipes en hechos de connotación delictiva, antes que declaren en sede judicial (se incluye la actividad del Ministerio Público), perjudica objetivamente la función jurisdiccional. En tal virtud, mientras éstos no declaren judicialmente, en tanto hayan sido citados, no es posible que lo hagan en sede parlamentaria.

§ 4. ¿Es posible que las Comisiones Parlamentarias de Investigación y los órganos penales compartan información? La respuesta es compleja y ha de contemplar la posición de cada órgano público involucrado.

En primer lugar, y sin duda alguna, desde lo parlamentario, no hay impedimento legal para no aceptar un requerimiento de información judicial. Es más, en este caso, se está ante un deber constitucional de colaboración con la justicia, de la que la Comisión Parlamentaria no puede excusarse.

Otro tema es si la justicia puede entregar a una Comisión Investigadora la información que ha recabado, más aún cuando el caso se encuentra en la etapa de instrucción. La reserva de la instrucción determina que las actuaciones judiciales sólo pueden ser de conocimiento del juez y de las partes (en caso que el Juez ha decretado el secreto sumarial, ni estas últimas, con las prevenciones necesarias que dicta el principio de proporcionalidad). La respuesta, por consiguiente, está determinada por la naturaleza y fin de la reserva de la instrucción, por lo que sólo si su razón de ser se vería perjudicada con la entrega de información no será posible remitirla al Congreso.

Como se sabe, el secreto externo sumarial tiene como fin inmediato la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos, exigida por el interés de la justicia penal: allí se encuentra su plena justificación constitucional. El secreto sumarial, afirman Del Moral García y Santos Vijande, es una garantía institucional del derecho fundamental a la seguridad y del valor constitucional de la

justicia, por lo que su ámbito es la protección de la justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito[982].

En tal virtud, el Juez, director de la instrucción, en palabras de GIMENO SENDRA, debe evaluar si una información concreta «...puede provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba»[983]. En tanto, se garantice la reserva de los datos y su no difusión pública, hasta que la reserva sumarial cese al culminar la fase de investigación, será posible compartir información, siempre que, desde una lógica finalista, ella pueda provocar descubrimientos o nuevas pistas que consoliden o aseguren la búsqueda de la verdad.

§ 5. Bajo las premisas anteriores es posible construir un sistema de información recíproca entre los órganos penales y las comisiones de investigación, a condición de que se garantice la reserva, a fin de proteger los fines constitucionales de la investigación del delito.

De igual manera, la construcción de un sistema pericial común, a través del apoyo de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Contraloría General de la República, en su caso, es absolutamente posible. Se debe compartir esfuerzos y, de ese modo, reducir los costos de la investigación.

8. ASPECTOS PROCESALES DEL DECOMISO Y SU TUTELA CAUTELAR.

§ 1. El Código Penal, siguiendo el modelo hispano[984], en el Capítulo II del Título VI del Libro I, bajo la denominación «CON-

982 DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIJANDE, Jesús. Publicidad y Secreto en el proceso penal. Granada, Comares 1996, p. 77.

983 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los procesos penales. T. III, cit., p. 242.

984 La doctrina española ha señalado, a su vez, que se siguió la terminología del Código Penal Alemán, de la que se ha adoptado el término, mas no su conte-

SECUENCIAS ACCESORIAS», instituye tanto el decomiso (arts. 102/104) cuanto las medidas contra las personas jurídicas (art. 105). El Código Penal anterior había incluido esta misma institución, en el Título IV «Penas, medidas de seguridad y otras medidas» del Libro I, lo que denominó «confiscación» (art. 46)[985].

Señala el art. 102 CP que: «El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción». El art. 103 CP prescribe que: «Cuando los efectos o instrumentos referidos al artículo 102°, no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente». Finalmente, el art. 104 estatuye que: «El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes».

§ 2. La doctrina elaborada bajo el Código anterior calificó el decomiso como una medida de seguridad patrimonial, inspirándose en el Código Penal Italiano (arts. 215 y 240)[986], pese a que nuestra

nido (Por todos: FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. «De las consecuencias accesorias». En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Comentarios al Código Penal. T. IV. Madrid, Edersa 2000, p. 934).

985 El art. 46 CP de 1924 prescribía: «Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y los otros serán confiscados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable.- Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento del delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, se ordenará siempre su confiscación, aún cuando no pertenezcan al acusado».

986 La «Confiscación» –según la terminología italiana- está dirigida a la prevención de los delitos, quitándole al delincuente las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismo peligrosas (RANIERI, Silvio. Manual de DP. T. II.

fuente era la helvética y que el Código en ningún momento rotuló el decomiso como tal[987]. Bajo el nuevo Código, en función a la propia opción legislativa, es de considerar el decomiso como una consecuencia jurídica *sui generis* de la infracción penal, como una sanción distinta de la pena y de la medida de seguridad[988], aunque es de discutir si se trata de verdaderas sanciones penales o si tienen un carácter meramente administrativo.

Es posible definir las «consecuencias accesorias» -siguiendo parcialmente a Fernández Pantoja- como aquellas consecuencias jurídicas de la infracción penal que, con carácter penal y sin ser penas ni medidas de seguridad, consisten en privaciones o restricciones de bienes y de derechos y en cuya imposición, atendiendo a la naturaleza de las mismas, el juez goza de cierto margen de discrecionalidad sometido a limitaciones legales y procesales[989]. A su vez, el comiso propiamente dicho, debe ser entendido como la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción penal y el correlativo traslado directo e inmediato de su titularidad dominical en favor del Estado[990].

§ 3. Dos puntos polémicos son de anotar: *1)* el referido al objeto del comiso; y, *2)* el ámbito de la accesoriedad, si se requiere actuación culpable del imputado o si únicamente se debe establecer la realización de una conducta típicamente antijurídica.

Bogotá, Temis 1975, p. 402). Es considerada, en tanto medida de seguridad patrimonial, como un medio de cautela y de eliminación de cosas que, por provenir de un delito, o por estar de algún modo ligadas a la ejecución de un delito, mantendrían vivas la idea y la atracción del delito (MAGGIORE, Giuseppe. DP. Vol. II. Bogotá, Temis 1972, pp. 413-414).

987 BRAMONT ARIAS, Luis. Código Penal anotado. Lima, El Ferrocarril 1966, p. 114. PEÑA CABRERA, Raúl. DP peruano. PG. Lima, S/Ed. 1977, p. 370.

988 Así se pronuncian: 1) PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de DP. PG. Lima, Grijley 1999, p. 695; y, 2) CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico – económicas del delito. Lima, Idemsa 2001, pp. 171-182.

989 FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, cit., p. 938.

990 PRATS CANUT, Josep Miquel y MORÁN MORA, Carolina. En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). Comentarios al nuevo CP. Navarra, Aranzadi 2001, p. 613.

El comiso puede recaer sobre los *producta sceleris* y los *instrumenta sceleris* (efectos o instrumentos del delito), sea que se trate de cosas corporales o de derechos; no necesariamente, como acota MAPELLI CAFFARENA, deben ser «cosas tangibles»[991]. Por «instrumento de la infracción penal» se debe comprender, en un sentido estricto, a todo bien que directamente se vincule a la conducta típicamente antijurídica y se hubiese utilizado para su perpetración, de modo que la relación causal entre ambos elementos es indispensable. Asimismo, y como regla general –que admite excepciones-, el bien debe pertenecer o encontrarse bajo la titularidad de quien ha intervenido en la comisión de la infracción penal al momento de la decisión (la pertinencia se da aunque los bienes no hayan sido adquiridos en la forma y con los requisitos para hacerlos irreivindicables), así como comprende –en el caso de *instrumenta sceleris*- todos los bienes que hayan sido utilizados o hayan estado destinados a la comisión o preparación de la infracción penal[992].

El problema, en verdad, viene a presentarse con la noción de «efectos de la infracción penal», en un doble campo de aplicación: *a)* el supuesto de las ganancias delictivas; y, *b)* el ámbito de los objetos del delito. En el primer campo de aplicación, en tanto se considere que el *producta sceleris* está constituido por todos aquellos bienes producidos mediante la infracción penal o sean consecuencia de la misma, es posible comprender tanto el producto como el provecho dimanante de la infracción penal, ya que este último se configura causalmente en el marco de la conducta típicamente antijurídica[993]. Por

991 MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias en el nuevo CP». En: Revista Penal. Barcelona, Praxis 1998, p. 51. En igual sentido, MAURACH, Reinhart, Karl Heins GÖSSEL y Heinz ZIPF. DP. PG. Buenos Aires, Astrea 1995, p. 681. En contra, CASTILLO ALVA, José Luis, cit., p. 211.

992 Vid. MAURACH, Reinhart y otros, cit., pp.681-682. CÓRDOVA RODA puntualiza que el decomiso alcanza a cualquier fase del delito; «se ejecuta también un delito si su realización no llega al grado de consumación» (Comentarios al CP. T. II. Barcelona, Bosch 1976, p. 196).

993 Vid. SAN MARTIN CASTRO, César, cit., T. II, p. 863; y, MEINI MENDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, Fondo Editorial PUCP 1999, p. 178.

tanto, no se trata de la aplicación de una técnica de integración por analogía *in malam partem,* sino de una interpretación válida, compatible con el sentido literal posible de la norma y con la finalidad político criminal de la institución. Es cierto que el Código Penal cuando se refiere a las ganancias delictivas las sitúa expresamente en el ámbito de las personas jurídicas y a su vez las condiciona al pago de la reparación civil (art. 104), empero ello no puede interpretarse unívocamente como que las ganancias sólo se afectarán en el caso de las personas jurídicas, puesto que en ese caso el Código instituye un supuesto propio, en tanto que comprende el comiso respecto de las personas jurídicas y, además, lo limita al pago de la reparación civil y siempre que los bienes de la persona natural no sean suficientes para cubrir aquélla[994].

En el segundo campo de aplicación, es claro que es de rigor diferenciar entre objeto del decomiso y objeto del delito. La primera fórmula es notoriamente más restrictiva que la segunda. En el ordenamiento procesal penal el tratamiento de toda materialidad delictiva es, por cierto, más amplio. Así se tiene, en línea progresiva, que el art. 59 CPP hace mención a los efectos incautados por la Policía Judicial, y el art. 170 CPP da cuenta de la diligencia de recogida de instrumentos, armas y efectos del delito hallados durante la inspección ocular del Juez Penal (que, al decir de CORTÉS DOMINGUEZ, deben concebirse como un acto de coerción directa que, en su momento, permitirá al Juez, decidir el secuestro en forma, al determinar con más calma qué objetos tienen relación con el delito[995]), mientras que el art. 188 CPP se refiere a los objetos materia del delito cuya devolución debe dis-

994 En esta misma línea, TERRADILLOS BASOCO, Juan María y MAPELLI CAFFARENA, Borja sostienen, comentando el art. 127 CP español en relación al art. 48 del CP anterior, que la fórmula de este último era más sintética que el del Código actual y que «(...) permitía entender abarcadas las ganancias, que no son sino efectos del delito». En contra, aún cuando admite la necesidad político criminal de su incorporación, CASTILLO ALVA, cit., pp. 124-218.

995 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex 2001, p. 304.

poner el Juez Penal si pertenecen a la víctima o a un tercero y el art. 240 CPP nombra a los objetos que tengan relación con el delito que deben ser presentados en la audiencia. Desde esta perspectiva, definidamente procesal y compatible con la noción de «cuerpo del delito», es de entenderse como tal, en palabras de MANZINI, a todas aquellas materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiere a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba: se trata de: *a)* los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; *b)* las cosas sobre las que se cometió; *c)* las huellas dejadas por el delito o por el delincuente; *d)* las cosas cuya detentación, fabricación o venta, o cuya portación o uso constituye delito; *e)* las cosas que representan el precio o el provecho del delito; *f)* las cosas que son el producto del delito, aun indirecto; y, *g)* cualquier otra cosa con relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito[996]. Estas materialidades serán ocupadas o aprehendidas, a la vez que serán pasibles de secuestro o incautación, cuya naturaleza cautelar o meramente instrumental, estará en función a las necesidades del proceso y, en su caso y como límite, a la posibilidad de ulterior decomiso.

En tanto el Código de Procedimientos Penales utiliza una noción muy amplia de «cuerpo de delito», recurriendo a varias denominaciones para identificarla y en orden a permitir el aseguramiento, fundamentalmente, de fuentes de prueba; y el Código Penal, a los solos fines de delimitar la consecuencia accesoria del decomiso, se concentra en bienes que constituyan efecto o instrumento de la infracción penal, es de sostener conjuntamente con MAURACH, que no son susceptibles de esa medida aquellos objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, entre los que

996 MANZINI, Vincenzo. T. III., cit., p. 500.

menciona el botín del hurto, el animal cazado contra la ley, el dinero ganado en un juego de azar prohibido (objetos obtenidos), los explosivos y armas poseídos sin autorización (objetos del hecho), y los objetos ocultados con el fin de cometer la estafa de seguros (objetos de referencia)[997].

Otro criterio es aquél que identifica los *producta sceleris* con todos los bienes o cosas que se encuentren, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica, y que en buena cuenta siguen las disposiciones especiales relacionadas con el decomiso vinculado a determinados delitos[998]. Sin embargo, no es de recibo esta tesis en la medida en que, precisamente, el ordenamiento penal material se ve en la necesidad de incluir normas propias cuando quiere comprender en el decomiso a los objetos del delito, pues de no ser así tales referencias normativas serían reiterativas y, por tanto, innecesarias; en tanto que, por su parte, el Código Procesal, por ejemplo, dispone que los bienes del tercero, en caso hayan sido aprehendidos, ocupados o incautados, deben serle devueltos[999].

§ 4. El art. 102 CP se limita a establecer que el decomiso se dictará sobre los bienes calificados de efectos o de instrumentos de la infracción penal, con exclusión de aquellos bienes que pertenezcan

997 MAURACH, Reinhart y otros, cit., p. 682.

998 Vid. PERIS RIERA, Jaime Miguel, Cristina PLÁ NAVARRO. Comentarios al CP, cit., p. 962.

999 Luis GRACIA MARTIN sostiene, por un lado, que parece lógica y obligada la exclusión del decomiso de los bienes pertenecientes a la propia víctima, empero aclara que ello no es generalmente así en la medida en que en algunos delitos el objeto material es propiedad del mismo autor, como sería el caso de las armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos, de la droga en el delito de tráfico de drogas, o en general de los objetos de contrabando en esa clase de delitos; y, por otro lado, apunta que para que el tal objeto pueda ser decomisado será preciso que se incluya una regulación específica que excepcione la regla general (GRACIA MARTÍN. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP Español. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, pp. 450-451).

a terceros no intervinientes en la infracción. Por tanto, no es tan claro si, en tanto consecuencia accesoria, el decomiso requiere de la actuación culpable y punible del agente, aunque para efectos interpretativos debe contarse con dos pautas esenciales: *1)* Que el decomiso no es una pena accesoria, vinculada como tal a un sujeto culpable; es, por el contrario, una sanción penal accesoria. *2)* Que la norma citada no menciona expresamente la necesidad de una condena penal o que se imponga una pena al agente culpable, como lo hacía por ejemplo el Código Penal anterior (art. 46) y lo hace el vigente Código Penal español (art. 127).

En virtud de lo expuesto; y, atendiendo a que el fundamento de todo decomiso es la peligrosidad objetiva de determinados bienes, esto es, como apunta MAURACH, cuando conforme a su clase y circunstancia pongan en peligro a la colectividad o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos[1000], resulta procedente decretarlo sólo en la medida en que tenga como presupuesto material la comisión de una conducta típicamente antijurídica. No hay necesidad que el autor de un delito fuera además culpable; y, adicionalmente, como plantea GRACIA MARTÍN, el decomiso será procedente «en el caso de la comisión de hechos típicos y antijurídicos sirviéndose de objetos pertenecientes a una persona jurídica por las personas físicas que actúan para ella, cuando quienes tengan a su cargo el deber de control y vigilancia sobre tales objetos incumplan tal deber y no ofrezcan garantías de cumplirlo en el futuro»[1001].

§ 5. La imposición del decomiso, en cuanto sanción penal accesoria, está sujeta a varias garantías procesales derivadas del derecho de defensa, de los principios acusatorio y de contradicción, de la presunción de inocencia y de la motivación específica o individualizadora de la consecuencia.

1000 MAURACH, Reinhart y otros, cit., p. 683.

1001 ibid., p. 447. CASTILLO ALVA, cit., 205-219, se pronuncia en igual sentido, rechazando la exigencia de pena o de una actuación culpable del sujeto activo.

Señala, al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, en primer lugar, que en armonía con los principios acusatorio y de contradicción se requiere una concreta pretensión acusadora que inste la imposición de dicha sanción, cuya discusión se centra en la vigencia de los principios de legalidad y de proporcionalidad. En segundo lugar, que el decomiso requiere tanto que el juez motive suficientemente la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida, y explicite el razonamiento llevado a cabo para cumplir ese objetivo, cuanto que se aporte prueba –inclusive indiciaria- no sólo del hecho típicamente antijurídico sino todos los extremos o presupuestos que autoriza la ley para imponerlo (relación causal del bien con la infracción penal, pertenencia, proporcionalidad), la cual por cierto no corresponde al imputado sino al acusador; es él quien debe acreditar el nexo causal y la propiedad del bien a cargo de quien perpetró el hecho penalmente antijurídico. En tercer lugar, que para evitar la indefensión, constitucionalmente proscrita, una vez ocupado o aprehendido el bien, y ordenado su secuestro o incautación, debe notificarse a todos los interesados, quienes deberán ser oídos sobre el particular y podrán intervenir en el proceso para proponer los medios de defensa que correspondan a su pretensión, abriéndose los incidentes que correspondan (a falta de norma expresa, cuando se trata de terceros que aleguen la propiedad del bien y cuestionen la procedencia futura del decomiso puede servir de cauce supletorio el art. 100 CPC). En cuarto lugar, la motivación judicial debe alcanzar a la propia consecuencia accesoria de decomiso, por lo que requiere razonar la estimación de la cuantía del beneficio ilícito (decomiso de ganancias), el valor del bien ocupado para establecer la regla de proporcionalidad en los casos de bienes de lícito comercio, etc.[1002].

§ 6. La tutela cautelar del decomiso es plenamente factible, aún cuando el Código de Procedimientos Penales no estructure un con-

1002 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio Criminal. Madrid, Ed. Dykinson 2001, pp. 32-38.

junto normativo preciso con reglas generales o básicas, claras y coherentes. El proceso penal cautelar, como se sabe, se sustenta en el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional y persigue garantizar la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva habrá de dictarse al finalizar el proceso declarativo[1003].

En relación con el decomiso nuestro ordenamiento procesal hace referencia a la incautación o aprehensión (vid. arts. 59 y 171 CPP) y la relaciona con el «cuerpo del delito», en tanto se trata de bienes vinculados con la infracción penal, con los vestigios o con las pruebas materiales de la misma. Tratándose de bienes libres, no comprometidos con la infracción penal o con la prueba del hecho, la ley prevé el embargo preventivo (vid. arts. 94-95). Existen, pues, medidas cautelares reales o patrimoniales –en tanto inciden contra bienes muebles o inmuebles- de carácter penal y medidas cautelares reales o patrimoniales de carácter civil impuestas en sede penal, vinculadas estas últimas a la reparación civil (restitución de bienes determinados y la indemnización de daños y perjuicios), mientras que las primeras a la consecuencia accesoria del decomiso, así como a la pena de multa[1004].

§ 7. Cabe entender por medidas cautelares, al decir de GIMENO SENDRA, las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia[1005].

1003 SAN MARTÍN CASTRO, César. T. II, cit., p. 780.
1004 Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel y otros, cit., p. 470.
1005 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los procesos penales, cit., p. 263.

Como fluye del concepto expuesto, los presupuestos materiales de toda medida cautelar son dos: por un lado, el *fumus delicti comissi*, esto es, la imputación o razonada atribución de la infracción penal a una persona determinada; y, de otro, el *periculum in mora*, vale decir, el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, que en lo real o patrimonial implica el peligro de ocultación patrimonial. Este segundo presupuesto, concretado en el peligro de infructuosidad, según nuestra vigente regulación jurídica, se tiene por acreditado con la realidad de la imputación y con la presencia de indicios delictivos en orden al nexo causal entre la infracción penal y el bien que es efecto o instrumento de la misma, y que, en suma, permite fundar un pronóstico razonable de procedencia de la sanción accesoria de decomiso, que se trata de un bien decomisable[1006].

§ 8. La medida cautelar real o patrimonial, en tanto cumple con el elemento de homogeneidad, idónea para garantizar el decomiso es la incautación del bien. Si se trata de garantizar los futuros efectos de la sentencia y como el decomiso importa la pérdida de los bienes en favor del Estado, es obvio que la medida cautelar idónea será la incautación en tanto que ésta se concreta a aprehender u ocupar un bien, y ponerlo en depósito u otro medio de aseguramiento para que en su día pueda hacerse efectiva la medida ejecutiva correspondiente: el decomiso.

En este caso se está ante un secuestro preventivo, cuyo alcance es evidentemente más amplio que el contemplado para el decomiso, toda vez que comprende los bienes «referentes al delito», que es una noción compatible con lo que hemos identificado como «cuerpo del delito»; secuestro que a su vez, de modo concurrente, puede tener una finalidad instructora pues los bienes pueden ser útiles para la comprobación de los hechos[1007].

1006 Vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español. Madrid, Trivium 1985, p. 81.

1007 CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Vol. I. Bogotá, Temis 2000, pp. 463-464.

Pero no sólo es posible dictar la incautación o secuestro judicial de bienes. En lo que se refiere a bienes registrados será posible, concurrente o individualmente, disponer la anotación preventiva del auto de apertura de instrucción. Aquí es de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 656 CPC. Por otra parte, cuando corresponda, y con más propiedad inclusive, será del caso dictar una «orden de inhibición para disponer o gravar bienes» prevista en el art. 2.4 de la Ley N° 27379, siempre que se cumplan los requisitos referidos a la naturaleza de la infracción penal o de la forma o circunstancias de su comisión.

Finalmente, también será posible disponer lo que se denomina «administración judicial de empresas» (vid. art. 669 CPC), básicamente cuando se esté ante un supuesto de «decomiso de ganancias», sin perjuicio que cuando sea del caso dictar alguna medida contra la persona jurídica, en los marcos del art. 105° CP, pueda arbitrarse alguna medida provisional similar o una medida temporal sobre el fondo (vid. art. 674 CPC).

§ 9. En materia de delitos contra la Administración Pública existen normas especiales al respecto. En efecto, el art. 401-A del Código Penal, introducido por el art. 2 del Decreto Ley N° 25489, de 10.5.1992, que se encuentra dentro de la Sección IV «Corrupción de Funcionarios», del Capítulo II «Delitos cometidos por funcionarios públicos», del Título XVII «Delitos contra la Administración Pública», del Libro II «Parte Especial – Delitos», del citado Código estatuyó que «En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados».

La norma en referencia tiene como fuente los Proyectos de CP Español de 1980 (art. 481) y 1983 (art. 408)[1008]. Llama la atención, por

1008 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Todo sobre el CP. Vol. II. Lima, IDEMSA 1996, p. 374. Las referencias a los Proyectos españoles son pertinentes, al punto que en el CP de ese país de 1995 se consagró en similares términos en el art. 431. Esa norma tiene su antecedente en art. 393 del CP anterior, aunque no comprendió el delito de tráfico de influencias ni hizo mención al «regalo» como medio típico.

cierto, la incorporación acrítica de dicho precepto, pues recoge como medios para obtener la actuación delictiva del funcionario o servidor público las «dádivas, presentes o regalos», propios de la norma española, cuando nuestro Código hace referencia a los «donativos, promesas y ventajas»[1009]. No obstante ello, es de entender que en ambos casos, para los efectos del decomiso, tales medios delictivos importan cualquier prestación material valorable económicamente, aunque en el caso peruano al utilizar el término «ventajas» se hace referencia concreta a privilegios o beneficios de naturaleza no material y subjetivas –que no interesan desde el punto de la sanción penal accesoria analizada-, siempre que resulten idóneas para propiciar las prestaciones de ilícita reciprocidad o las tentativas de prestación vinculados a actos de función o servicio[1010].

Lo que se decomisa, por consiguiente, aclara POLAINO NAVARRETE, son las contraprestaciones económicas contempladas en esas hipótesis delictivas, para cuya determinación y efectos se tendrá en cuenta la regla general (vid. art. 102 CP peruano)[1011].

§ **10.** Es de entender que todas las conductas de cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, tal como han sido concebidas en el CP, importan un enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, una compra-venta de la función pública. Desde esta perspectiva, en tanto las «dádivas, donativos o presentes» que el funcionario obtiene indebidamente de manos particulares, no son propiamente «efectos de la infracción penal» (*producta sceleris)* o «instrumentos del delito» (*instrumenta sceleris*)

1009 Apunta Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO que «dádiva», «presente» o «regalo» significan lo mismo y pueden reducirse a la, más tradicional, de «dádiva» («Derecho Penal, Poderes Públicos y Negocios con especial referencia a los delitos de cohecho». En: Cerezo-Mir, José (ed). El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Granda, Comares 1999, p.874).

1010 ROJAS VARGAS, Fidel, cit., pp. 331 y 333.

1011 COBO DEL ROSAL, Manuel (dir). «Curso de Derecho Penal Español». Madrid, Ed. Marcial Pons 1997, p. 398.

sino objetos del delito, más propiamente «objetos obtenidos»[1012], tal norma cubrió un peligroso vacío[1013]. Cabe puntualizar, siguiendo a MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, que sólo podrán ser decomisadas las dádivas o regalos efectivamente entregados, no aquéllos que sólo fueron ofrecidos, solicitados o prometidos[1014].

Es evidente, por lo demás, que en los delitos de peculado (Sección III del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Penal), en tanto se afecta el patrimonio estatal, la incautación –como paso previo- será necesaria para luego restituir el dinero o caudales públicos al Estado (vid. arts. 93.1 CP y 188 CPP). En estos casos, obviamente, no cabe el decomiso sino la restitución de lo apoderado a favor de su titular. En el supuesto de los delitos de concusión (Sección II del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del CP) sucede lo mismo. Si se afecta patrimonialmente al Estado, se procederá a la incautación y a la ulterior restitución en favor del mismo de los montos objeto de perjuicio; y si se afecta a particulares, igualmen-

1012 Bajo una concepción estricta de «*instrumenta sceleris*», como apunta Hans-Heinrich JESCHECK, sólo se decomisa los objetos empleados o destinados a la comisión de un hecho punible (Tratado de DP. Vol. II. Barcelona, Bosch 1978, p. 1104), que no es el caso con los «donativos, dádivas o presentes», los mismos que tampoco pueden reputarse «*producta sceleris*» en la medida en que preexisten a la conducta que lesiona el correcto funcionamiento de la función pública, no se producen mediante ella. Claro que, en tanto se asuma una noción mucho más amplia de «*producta sceleris*», comprensiva del objeto del delito, tal norma debe entenderse superflua y puede conllevar problemas interpretativos, como apunta ABANTO VÁSQUEZ, cit., p. 491.

1013 En sentido contrario se pronuncian SERRANO GÓMEZ, Alfonso. DP. PE. Madrid, Dykinson 1999, p. 753 y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Comentarios al CP. Madrid, Civitas 1997, p. 1148, para quienes aunque se hubiera prescindido de dicho artículo las dádivas, presentes y regalos serían igualmente decomisados por aplicación de la regla general que se ocupa del decomiso.

1014 MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. «Delitos contra la Administración pública» En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal». Pamplona, Aranzadi 2000, p. 1279. En igual sentido se pronuncian ORTS BERENGUER, VALEIGE ALVAREZ. En: Vives Antón, Tomás (dir). Comentarios al Código Penal. Vol. II. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, p. 1850.

te, éstos tienen derecho a la restitución de lo indebidamente exaccionado en su perjuicio[1015].

§ 11. En cuanto al destino de los bienes incautados y, luego, decomisados, el art. 401-B del Código Penal, igualmente incorporado por el art. 2 del Decreto Ley N° 25489, de 10.5.1992, aclarado mediante Fe de Erratas de 12.5.1992, introduce sensibles cambios, con relación a la norma base: art. 82.19 de la LOPJ[1016].

En primer lugar, siguiendo los modelos seguidos para los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y de Contrabando[1017], instaura un depósito legal obligatorio a cargo esta vez del Ministerio de Justicia. Los jueces están obligados a poner a disposición los bienes incautados (es incorrecto utilizar el término «bienes decomisados» puesto que el decomiso, como consecuencia accesoria, se decreta en la sentencia que pone fin al proceso declarativo) al Ministerio de Justicia.

1015 CORDERO, Franco, menciona una figura equivalente, aunque más amplia, introducida en Italia por el art. 1 del Decreto Ley N° 450, de 20.11.1992, en cuya virtud en los procesos relativos a los delitos contra la administración pública, son objeto de secuestro los bienes del acusado, dentro de los límites del provecho conseguido, o también en cuanto hace a la corrupción y a la concusión de lo «dado o lo recibido» (cit., pp. 464-465).

1016 Recuerda la Ejecutoria Suprema de 22.10.1996, que conforme al art. 82.19 de la LOPJ, corresponde al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, garantizar la conservación y buen recaudo de los bienes incautados, cuya libre disposición está supeditada a la resolución de los juicios penales; y, con arreglo al Reglamento de dicha norma (Resolución N° 057-93-CE-PJ, de 3.11.1993, modificada por la Resolución N° 020-94-CE-PJ, de 25.2.1994), una dependencia del propio Poder Judicial tiene a su cargo su custodio, salvo el caso de las armas de fuego, que están a cargo de la DISCAMEC (NORMAS LEGALES. T. 428. Trujillo, enero 1997, pp. A36-A37).

1017 Véase los arts. 69 del Decreto Ley N° 22095, de 2.3.1978, modificado por el art. 6 del Decreto Ley N° 22926, de 13.3.1980, que crea la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas - OFECOD; y, 12 de la Ley N° 26461, de 8.6.1995, de delitos aduaneros, que destina los bienes incautados, para su depósito, a ADUANAS (el art. 30 de la anterior ley de Contrabando N° 16185, de 28.6.1966, estipuló igualmente que los bienes incautados debían ser puestos a disposición del Administrador de Aduanas respectivo).

En segundo lugar, el Ministerio de Justicia no se erige en un simple depositario, sino que está facultado para asignar los bienes en uso del servicio oficial de su Sector, o del Poder Judicial o del Ministerio Público. Ello significa que los bienes pueden utilizarse por el Estado (Ministerio de Justicia, Poder Judicial o Ministerio Público), pero siempre en labores públicas u oficiales, nunca particulares de los funcionarios respectivos. Ello importa, como es obvio, una excepción a la regla de indisponibilidad de los bienes incautados o secuestrados.

En tercer lugar, una vez que judicialmente se disponga el decomiso, los bienes serán destinados exclusivamente a favor del Estado. La autoridad pública, en este caso el Ministerio de Justicia, deberá afectarlos en uso a los mencionados organismos públicos. Si los bienes no sirven para ese fin, serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingreso del Tesoro Público.

§ 12. El Poder Ejecutivo ha reglamentado el art. 401-B del Código Penal a los efectos de la mejor administración de los bienes incautados. Se ha expedido el Decreto Supremo N° 29-2001-JUS, de 21.9.2001, mediante el cual crea, en el ámbito del Ministerio de Justicia, la Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados (COMABID) destinada a la administración y asignación, dentro de los límites del art. 401-B del Código Penal, de los bienes incautados que el órgano jurisdiccional ponga a disposición del Ministerio de Justicia. Si se dicta sentencia absolutoria o sobreseimiento, los bienes incautados se devolverán a su propietario.

Dos normas importantes son de destacar. El art. 6 autoriza a rematar los bienes muebles que por su naturaleza sean perecibles, siguiendo al efecto las normas vigentes en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado. El art. 10° estipula que una vez dictado el decomiso de los bienes incautados, se inscribirán como patrimonio público en la Superintendencia de Bienes Nacionales, y se afectarán a favor del organismo público al que se le asignó en su oportunidad, o de no haber mediado asignación se venderán en pública subasta.

§ 13. Finalmente, el Poder Ejecutivo, sobre la base del art. 401-B del Código Penal, expidió el Decreto de Urgencia N° 122-2001, de 28.10.2001, mediante el cual creó el Fondo Especial de Administración del Dinero obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI) y estableció un régimen especial para el dinero proveniente de actividades ilícitas en agravio del Estado, vinculadas a los supuestos de las Leyes N° 27378 y 27379 (arts. 1 y 3). Este Fondo, como es obvio, no es un órgano autónomo o ente autárquico, sino una dependencia con un encargo concreto e inserta en la estructura del Poder Ejecutivo, cuya labor se enmarca en ámbito general del Derecho Presupuestario y Administrativo del Estado[1018].

Este Decreto de Urgencia deroga las disposiciones pertinentes del Decreto Supremo N° 029-2001-JUS, que había dispuesto que el depósito efectuado por la COMABID en el Banco de la Nación de los dineros incautados por la comisión de los delitos de corrupción de funcionarios, serán intangibles e intransferibles (art. 5).

Según el art. 5 del citado Decreto de Urgencia el «dinero mal habido»[1019] debe ser objeto de incautación por el juez penal[1020] y en-

1018 El Decreto Supremo N° 001-2002-JUS, de 9 de enero de 2002, que aprueba el Reglamento del FEDADOI, ratifica, en primer lugar, que dicha institución es «... ente integrado por representantes de los Ministerios de Justicia, del Interior y de Economía y Finanzas, encargado de recibir el dinero provenientes de actividades ilícitas en agravio del Estado vinculadas con los supuestos del art. 1 de la Ley N° 27378 y del art. 1 de la Ley N° 27379» (art. 2); y, en segundo lugar, que toda su labor está debidamente reglada y gestión –al cierre de sus actividades-es revisada por la Contraloría General de la República (art. 23)».

1019 Según el art. 4 del Decreto de Urgencia analizado, se entiende por «dinero mal habido», aquel dinero constitutivo de fondos públicos, de cualquier índole y origen, sobre el que ha recaído la conducta delictiva en perjuicio del Estado, así como todo aquél de origen u obtenido como producto de la actividad delictiva, o que haya servido para la perpetración de la conducta delictiva. Por tanto, la norma es mucho más amplia que el art. 401-B del Código Penal, pues no se limita a los dineros provenientes de particulares por la comisión de los delitos de corrupción de funcionarios.

1020 El art. 6 del D.U. N° 122-2001 identifica las tres formas de incautación del «dinero mal habido»: 1. Desposesión directa del imputado o de quien lo tiene

tregado directamente para su administración al FEDADOI, que lo depositará en una cuenta bancaria en el Banco de la Nación, bajo su directa responsabilidad. Ello no significa que el citado Decreto de Urgencia ha creado la figura de la incautación, pues ésta es una medida cautelar real penal o, en su caso, también instrumental restrictiva de derechos, que reconoce nuestro ordenamiento jurídico; sólo se limita a establecer algunas precisiones vinculadas a la especialidad del objeto intervenido.

El dinero incautado, conforme precisa el art. 8, será dispuesto por el FEDADOI, con cargo al resultado del proceso, para aplicarlo a los objetivos que prevé el art. 10, ampliado por los Decretos de Urgencia N° 125-2001, de 7.11.2001, y N° 139-201, de 29.12.2001, sin perjuicio de poner en conocimiento tal hecho del órgano jurisdiccional. Esta posibilidad de utilización del dinero incautado, sin duda, es atípica, aunque -como se sabe- existe normatividad nacional respecto de bienes muebles e inmuebles vinculados a determinados delitos. No obstante ello, es de considerar que no se afecta derecho alguno en la medida en que no se trata de un «decomiso anticipado» y que expresamente se precisa que se estará a las resultas del proceso previéndose su devolución en caso de absolución o sobreseimiento. La presunción de inocencia, por tanto, no sufre atentado alguno, en tanto que es un derecho fundamental vinculado esencialmente a la actividad probatoria y, además, concebido como una regla de tratamiento del imputado. En tanto se reconoce que es la sentencia definitiva la que finalmente establecerá la viabilidad del decomiso y que en su caso debe devolverse el dinero utilizado, no puede estimarse afectación alguna al derecho en mención[1021].

---

en su poder (que, por lo demás, es la lógica de toda incautación al implicar siempre que el bien es ocupado por la autoridad y luego conservado según las pautas fijadas por la ley procesal). 2. Orden judicial para que la entidad bancaria o financiera nacional que lo tenga en su poder lo ponga a disposición judicial. 3. Repatriación, en caso el dinero se halle en el extranjero, cumpliendo con las pautas de cooperación judicial internacional correspondiente.

1021 En contra: SAAVEDRA MACEDA, Temístocles. «Atentado contra la institucionalidad jurídica». En: Diario Correo. Lima, viernes 28 de diciembre de 2001, p. 9.

Del art. 11 fluye que el decomiso del «dinero mal habido» tendrá como destino el Tesoro Público. La utilización del dinero en cuestión está condicionada al resultado final del proceso, pues si media sobreseimiento o absolución deberá ser devuelto a quien corresponde, siempre y cuando –claro está- no se encuentre acreditada la comisión de una conducta típicamente antijurídica a que hacen referencia los arts. 1 de las Leyes N° 27378 y 27379, respectivamente.

9. EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

§ 1. Como se sabe, el tipo penal de enriquecimiento ilícito, siguiendo parcialmente la fuente colombiana[1022], criminalizó al «...funcionario o servidor público (se trata, por tanto, de un delito especial propio) que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente ...». El art. 401 del Código Penal, que contiene dicha figura penal, fue objeto de una reforma legislativa, mediante la Ley N° 27482, de 15.6.2001. Esa norma, en la línea del CP anterior, según lo prescrito por el Decreto Legislativo N° 121, de 12.6.1981, adicionó un segundo párrafo al referido artículo estipulando lo siguiente: «Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier causa lícita».

§ 2. La discusión procesal de esta figura penal –sin perjuicio de los problemas de derecho material que ella entraña, y sobre las que ya se ha dado cuenta en el capítulo anterior[1023]- radica fundamental-

1022 Vid. art. 148 CP colombiano de 1980.

1023 Podría sostenerse, acerca de la propia existencia de la figura penal de enrique-

mente en lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 401 CP. ¿Vulnera esa norma el derecho constitucional a la presunción de inocencia? Una respuesta exhaustiva al problema entraña entender el carácter de la norma en cuestión, así como el ámbito estricto de la presunción de inocencia consagrado en el art. 2.24.e) de la Constitución.

§ 3. El segundo párrafo del art. 401 CP es una «norma de presunción» y, por consiguiente, de directa incidencia en el derecho probatorio penal. No será una regla de prueba, en tanto se entienda –según la definición expuesta por VOGEL- que se trata de una norma que indica al juez cuándo puede declarar probada la existencia de un determinado hecho[1024] y, como tal, incorpora un mandato dirigido al Juez para que declare, ¡sin posibilidad en contrario!, irremediablemente probado un determinado hecho delictivo.

La norma analizada es una norma de presunción porque se circunscribe a estipular que las diferencias notorias entre el patrimonio y el gasto del funcionario o servidor público (hecho básico), centradas en el análisis comparativo de su declaración jurada de bienes y rentas con los ingresos realmente obtenidos y acreditados, constituyen indi-

---

cimiento ilícito, que su incorporación a la legislación nacional dimana directamente de lo dispuesto en el art. 41, 2do. Párrafo, de la Constitución, que prescribe que cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación debe formular cargos ante el Poder Judicial; incriminación que, por mor del principio de legalidad penal –previsto en el art. 2.24.d) de la propia Constitución-, requiere la previa tipificación de dicha conducta mediante una norma con rango de ley. A su vez, al haberse ratificado y aprobado por el Perú la Convención Interamericana contra la Corrupción, se reconoce la obligación de la tipificación del delito en mención (art. IX), en tanto que nuestra Constitución lo prevé, aunque requiere que la formulación del tipo, a cargo del legislador ordinario, respete «...los principios fundamentales de(l) (su) ordenamiento jurídico». En este último punto, a mi juicio, se encuentra el punto nodal del problema y, en su caso, exigirá interpretaciones correctoras si las normas jurídicas internas presentan deficiencias salvables por esa vía, recurriendo al denominado «principio de conservación de las normas».

1024 VOGEL, Joachim. «Los límites constitucionales a las presunciones del DP económico Alemán». En: Arroyo Zapatero, Luis, Klaus Tiedemann (ed). Estudios de DP Económico. Cuenca, Ed. Universidad de Castilla La Mancha 1994, p. 46.

cio (enlace) de enriquecimiento ilícito (hecho presunto). Tal prescripción legal no impone al juez que deba estimar tal diferencia, en las condiciones previstas en su texto, como prueba acabada o completa del delito y, por ende, determine necesariamente, sin actividad probatoria adicional, la imposición de la consecuencia jurídica prevista para su comisión.

Por tanto, y en principio, incluir en una norma con rango de ley una prescripción tal, que establezca que una determinada circunstancia o dato de hecho, en abstracto, constituye indicio de un delito en particular, no significa que ese enlace lógico –sin actividad probatoria adicional o concurrente- acredite inconcusamente la comisión del delito. La ley, pues, no ha incorporado una ficción; no ha negado la posibilidad de realizar actividad probatoria para: *a)* contraprobar el hecho básico o indicio (suscitar la duda del juzgador sobre su realidad, desvirtuar su aparente solidez), o, en una línea sucesiva, *b)* probar lo contrario al hecho presunto (destruir una presunción o regla de conexión ya formada), que constituyen, ambos, requisitos constitutivos o configuradores de la presunción misma[1025].

§ 4. A ello debe agregarse, a modo de advertencia y de prevención, que en materia de presunciones y reglas de prueba, a los efectos del juicio de legitimidad constitucional, las normas que las reconocen deben superar las exigencias de los principios materiales de culpabilidad y de legalidad, así como respetar los principios procesales de búsqueda de la verdad material, necesidad de convicción judicial, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur* y presunción de inocencia, para cuyo análisis debe estarse: *1.* a la concreta configuración o redacción del tipo penal; y, *2.* a la existencia o no de base real para la presunción y a la fácil probanza de lo contrario por el autor[1026].

1025 CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, pp. 647, 654-655.

1026 VOGEL, Joachim, cit., pp. 52-53.

§ 5. La doctrina procesalista diferencia entre la norma de presunción (presunción considerada en abstracto) y el resultado probatorio obtenido en cada caso concreto, tras hacer aplicación de dicha norma sobre un determinado caso (presunción considerada en concreto). La presunción abstracta, a su vez, está constituida por una regla, que puede ser establecida -como pauta regular o común- por el juez o -como excepción en una perspectiva de auténtica técnica legislativa- por la ley, pero apoyada en alguna máxima de experiencia, cuya estructura es la de dos hechos: *(1)* hecho básico y *(2)* hecho presunto, conectados a través de un *(3)* juicio de probabilidad, apoyado en una regla de experiencia que responde al denominado «principio de normalidad», de manera que la probanza de un hecho conlleva la probanza del otro. La presunción concreta, por su parte, supone la proyección de la presunción abstracta sobre el caso enjuiciado, una vez que se ha practicado la correspondiente contraprueba y se ha comprobado la existencia de un enlace racional entre el o los indicios y el hecho presunto[1027]. En el campo penal, por lo general, las presunciones están excluidas, aunque se reconocen excepciones, toleradas en tanto, como puntualiza SERRA DOMÍNGUEZ, no existe incompatibilidad entre aquéllas y éste[1028].

Estas consideraciones, según entiendo, en tanto se cumplan, permiten sostener la constitucionalidad de una presunción abstracta, siendo del caso reconocer la presencia de dos requisitos necesarios para dotarla de plena legitimidad: *1.* La regla instaurada por la norma debe apoyarse en una máxima de experiencia racional. *2.* Debe permitir –o no prohibir- una actividad probatoria a cargo del imputado con capacidad suficiente para negarla (posibilidad razonable de actuar contraprueba)[1029], así como requerir por parte del juzgador un razo-

1027 CLIMENT DURÁN, Carlos, cit., pp. 587-588.

1028 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamiento Urbano. Barcelona, Nauta 1963, p. 81.

1029 La Corte Suprema de la Nación (Argentina) en el «caso Bilsky» sostuvo, en esa misma dirección, respecto a una norma de la Ley de Aduanas, que declaraba

namiento de tal entidad que justifique el enlace racional entre el indicio y el hecho indicado.

El art. 2.24.e) de la Constitución, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, según lo expuesto, tiene una estructura presuntiva. Como tal, presume –lo que concuerda con las reglas de experiencia social- que los ciudadanos generalmente en su vida de relación no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito, sino que -como pauta regular- se amoldan a las exigencias sociales de comportamiento lícito. Por tanto, es también obvio que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo –en tanto excepción a la regla social- corresponde a quien, en el respectivo proceso penal, asume la condición de parte acusadora, sin perjuicio de reconocer al imputado su pleno y efectivo derecho de defensa. Técnicamente, la presunción de inocencia es un derecho reaccional, no un derecho activo, porque no precisa de comportamiento activo por parte de su titular: el imputado, quien no requiere solicitar o practicar prueba alguna para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena.

§ 6. La jurisprudencia ha dado carta de ciudadanía a las presunciones en general y le reconoce aptitud suficiente para desvirtuar, en principio, la presunción de inocencia, por lo que la convicción judicial puede formarse sobre la base de una prueba indiciaria (que así se denomina en sede penal a la presunción judicial)[1030]. Para ello se

como constitutiva de contrabando la tenencia injustificada de productos extranjeros, no vulnera la presunción de inocencia, en tanto se le brinde al interesado adecuada oportunidad de audiencia y prueba (CARRIÓ D., Alejandro, cit., p. 515).

1030 Señala, al respecto, Jaime VEGAS TORRES, que «la llamada prueba de indicios no es otra cosa que la transposición al proceso penal de lo que, en otros ámbitos jurisdiccionales se designa como fijación de los hechos a través de presunciones y, más concretamente, es un mecanismo de fijación de los hechos idéntico al de las presunciones judiciales a las que se refiere el artículo 1253 del Código Civil (Español)» (Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid, La Ley 1993, p. 141).

requiere la presencia de tres requisitos: *1.* hecho base o indicio plenamente probado[1031], *2.* motivación judicial y *3.* racionalidad del enlace (que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia)[1032].

Respecto al último requisito, es del caso añadir desde una perspectiva material, en palabras de GIMENO SENDRA, que es necesario que la inducción o inferencia sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a la reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»[1033].

1031 La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 14.2.1994, declaró (1) que las simples presunciones (entendidas como datos no corroborados) y (2) la falta de prueba de la supuesta coartada de los acusados, no puede constituir fundamento para un fallo condenatorio y que para que la prueba indiciaria sustente una condena debe establecer fehacientemente la responsabilidad penal de los presuntos autores (REV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. T. 231. Trujillo, Normas Legales, agosto 1995, pp. J29-J30). En la Ejecutoria de 19.11.1998, precisó que no constituye indicio, las «... impresiones o apariencias resultantes de meras sindicaciones no constatadas en el proceso» (ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Procesal Penal. T. II, cit., pp. 290-291). Asimismo, en la Ejecutoria de 2.4.1997, declaró, de conformidad con el Fiscal Supremo, que no justifican una imputación las «... sospechas (que) no han sido reforzadas con ninguna prueba fehaciente que permita determinar su participación en el evento delictivo» (ibid., pp. 288-289).

1032 BELLOCH JULBE, Juan Alberto, considera que, en síntesis, la «prueba indiciaria» presupone tres elementos esenciales: a) Una serie de hechos-base o uno solo «especialmente significativo o necesario», que constituirán los «indicios» en sentido propio; b) Un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito, esto último cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo; y, c) Una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han permitido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comisiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico («La prueba indiciaria». En: La sentencia penal. Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1992, p. 38).

1033 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los procesos penales. T. 5, cit., p. 687.

El fundamento de la prueba por indicios es el principio de normalidad, que a su vez se apoya, según SERRA DOMÍNGUEZ, en los principios de causalidad y de oportunidad, en cuya virtud –por el primero- se estima que si a todo efecto precede una causa determinada, cuando se está frente a un efecto es de presumir la presencia de su causa «normal», y –por el segundo- se entiende que es de elegirse una concreta causa productora del efecto cuando, en abstracto, varias causas son posibles, por lo que, efectuada la correcta elección, probado el efecto, deberá considerarse probada la existencia de la causa[1034].

La Corte Suprema, finalmente, entendió el alcance de la prueba indiciaria y la consideró con entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia. En efecto, en la Ejecutoria de 21.7.1999, sostuvo que la prueba indiciaria es un medio de prueba apto para el descubrimiento de la verdad material y para la obtención de la certeza sobre el *thema probandum* y el *thema decidendum*, la cual para justificar una sentencia condenatoria debe ostentar el requisito de suficiencia[1035]. En la Ejecutoria de 6.7.1999, aceptando el dictamen fiscal, añadió que «... para que la prueba indiciaria supla o sustituya a la prueba material se requiere que los indicios sean numerosos, concordantes y positivos»[1036]. Asimismo, en las Ejecutorias de 25.6.1998 y de 2.7.1998, estipuló que los indicios deben ser valorados de manera global; y, que cuando existe una concurrencia de indicios que permiten concluir que el autor del delito es el acusado, cabe expedir sentencia condenatoria[1037]. En dos Ejecutorias, de 25.6.1998 y de 2.7.1998, el razonamiento judicial se centró en ordenar el conjunto de indicios presentes en el proceso, al punto de clasificarlos puntualmente en indicios de móvil, de actitud sospechosa, de oportunidad, de participación comisiva y de mala justificación[1038].

1034 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, cit., p. 26.
1035 NORMAS LEGALES. T. 281. Trujillo, octubre 1999, pp. A32-A34.
1036 NORMAS LEGALES. T. 281. Trujillo, octubre 1999, pp. A20-A22.
1037 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Guía rápida de jurisprudencia penal. Lima, Gaceta Jurídica 2001, p. 219.
1038 ROJAS VARGAS, Fidel, cit., pp. 281-287.

§ 7. Una norma de presunción no descarta -no puede hacerlo por cierto si pretende pasar el examen de constitucionalidad- y, en efecto, no lo hace la norma analizada *(1)* la libre apreciación judicial[1039] y, en su caso, *(2)* la noción de «carga de la prueba», a la que ha de acudirse en defecto de actividad probatoria, por insuficiencia o por duda[1040], y cuya finalidad es evitar un «*non liquet*» o absolución de

---

1039 La libre apreciación, bajo la denominación criterio de conciencia, ha sido reconocida expresamente por la ley y el Supremo Tribunal. Así, en la Ejecutoria de 29.3.1988, declaró que «...conforme al artículo 238° del Código de Procedimientos Penales, el juzgador para imponer una condena (aunque lo cierto es que se trata de cualquier modalidad de sentencia o resolución judicial) debe previamente apreciar y valorar las pruebas actuadas basándose en el criterio de conciencia» (RETAMOZO, Alberto, Ana María PONCE, cit., pp. 159-160). El «criterio de conciencia», explicaba Carlos ZAVALA LOAYZA, autor del Anteproyecto del Código vigente, representa el libre examen de la prueba, la crítica reflexiva no sujeta a reglas que cohíban la conciencia del Juez, quien debe proceder conforme a su íntima convicción, pero fundamentando sus resoluciones con las razones que lo han determinado a pronunciarse en uno y otro sentido (El proceso penal y sus problemas. Lima, 1947, p. 43).

1040 La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 5.7.1999, entendió que una sentencia absolutoria se dictará, ya sea cuando se está *(1)* ante una insuficiencia probatoria, que es incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia, o *(2)* por invocación del principio del *in dubio pro reo*, cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado. Agregó que el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el art. 2.24.e) de la Constitución, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; mientras que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados. Finalmente, sostuvo que ambos principios no pueden ser invocados simultáneamente sino alternativamente, pues la insuficiencia probatoria, por ser tal, es inocua para destruir la presunción de inocencia, y en tal virtud no puede generar duda en el juzgador precisamente por la inexistencia de pruebas (NORMAS LEGALES. T. 281. Trujillo, octubre 1999, pp. A24-A25). La Ejecutoria de 6.1.1987 entendió que el principio de *in dubio pro reo*, en tanto garantía de la administración de justicia, se encuentra positivizado en el art. 284 del CPP y en el art. 233.7 de la Constitución de 1979 (reproducido en el art. 139.11 de la Constitución vigente) (Rev. DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. T. 170. Trujillo, Normas Legales, septiembre 1990, p. 195). Desde esta diferencia postulada por nuestra jurisprudencia ordinaria Juan MONTERO AROCA, por ejemplo, sos-

la instancia: el juez no puede dejar de dictar sentencia resolviendo sobre la cuestión de fondo. Este es el caso, por ejemplo, de nuestro CPP, que en los arts. 284 y 285 sólo da dos opciones al juzgador: fallo absolutorio o condenatorio[1041].

La regla básica de la «carga de la prueba» en el proceso penal se configura a partir de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Ésta –como se sabe- tiene un carácter *iuris tantum* y una de cuyas múltiples facetas, en relación con aquélla, estriba en desplazar el «*onus probandi*» en el Fiscal, quien tiene la carga de probar la perpetración del delito imputado, de sus elementos constitutivos, por parte del acusado (prueba del hecho y de su autoría)[1042].

GIMENO SENDRA enfatiza, relacionando directamente ambas instituciones jurídicas, que la presunción de inocencia produce un desplazamiento de la carga de la prueba sobre las partes acusadoras, que

---

tiene que el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba, desde que aquélla -en tanto garantía procesal- se limita, en el ámbito comparativo analizado, a constatar que los medios de prueba dieron un resultado de cargo, esto es, se circunscribe a la interpretación de los resultados probatorios, a establecer el contenido siempre de cargo de la prueba (Principios del proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 154-155). De otra posición, aunque sin mayor fundamento, el jurista colombiano Alberto SUAREZ SÁNCHEZ considera que la presunción de inocencia se concreta en el aforismo *in dubio pro reo*, cuya razón de ser se encuentra en el principio ontológico que consagra la máxima de que todo hombre se presume inocente mientras que no se demuestre que no lo es (cit., p. 140).

1041 En esa línea, el Supremo Tribunal en una Ejecutoria reciente, inédita, precisa que «la sentencia condenatoria debe sustentarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad de los imputados ...» (Sala Penal, R.N. N° 1132-2001-AYACUCHO, 3.7.2001).

1042 La «carga de la prueba» se resuelve en la cuestión de determinar, conforme a la regla de distribución previa, qué parte procesal sufre los efectos negativos, para el éxito de su pretensión, del hecho no probado con la suficiencia necesaria para formar en el órgano jurisdiccional la convicción de su certeza (ALMAGRO NOSETE, José. «Teoría general de la prueba en el proceso penal». En: Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1992, p. 29).

han de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, sin que se le pueda obligar nunca a la defensa a una *probatio diabólica* de los hechos negativos. Por consiguiente, agrega el mencionado autor, sin la prueba de tales hechos (y con independencia de que la defensa pruebe o no sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes) no cabe imponer sentencia condenatoria alguna; pero, probados los de la acusación, la defensa, para obtener una sentencia absolutoria tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes[1043]. En palabras de ORTELLS RAMOS, los hechos constitutivos son la acción u omisión típicas y la culpabilidad (entendiéndose esta última como la participación del imputado en los hechos típicos); los hechos impeditivos son las causas de exclusión de antijuricidad, de culpabilidad y de punibilidad; y, los hechos extintivos son el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, la prescripción, etc.[1044].

§ 8. La carga de la prueba se encuentra taxativamente reconocida tanto en la Constitución, al disponer que el Ministerio Público tiene atribuida la promoción de la justicia en sede judicial y el ejercicio de la acción penal (art. 159.1 y 5 Const.); cuanto, con absoluta

1043 GIMENO SENDRA, Vicente y otros, cit., pp. 378-380. Es de aclarar, siguiendo a Manuel MIRANDA ESTRAMPES, que desde una posición positiva el principio de la carga de la prueba se puede formular en el sentido de que únicamente aquellas afirmaciones fácticas probadas positivamente pueden formar parte del supuesto fáctico de la sentencia, con independencia de la persona que haya proporcionado la prueba de las mismas (cit., p. 80).

1044 ORTELLS RAMOS, Manuel y otros, cit., p. 282. Es de enfatizar: 1) Que la acusación deberá probar todos los elementos integrantes del tipo –descriptivos y normativos, objetivos y subjetivos-, incluidos los elementos fácticos que impliquen una agravación genérica o específica –nunca las circunstancias de atenuación-, así como el grado de participación del imputado. 2) Que, en tanto el ámbito de la presunción de inocencia sólo comprende los hechos constitutivos de la pretensión penal, la carga material de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, si los alega, corresponde a la parte acusada, pero siempre que los aludidos hechos constitutivos estén definitivamente probados, sin que pueda exigirse a la defensa en ningún caso la *prueba diabólica* sobre los mismos (Vid. MORENO CATENA, Víctor. El proceso penal. T. III, cit., pp. 2267-2271).

precisión, en la Ley Orgánica del Ministerio Público, al prescribir que en el Fiscal recae la carga de la prueba , entre otras, en las acciones penales (art. 13, Decreto Legislativo N° 52)[1045].

Es de insistir que el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia, desde esa perspectiva, del derecho de prueba, significa que el acusado no ha de probar su propia inocencia. Él no está gravado con la carga de tener que hacerlo[1046]. Se proscribe, por consiguiente, la inversión de la carga de la prueba en el imputado. Como explica CAFFERATA NORES, «la prueba de la culpabilidad del acusado (lo contrario a inocencia) estará a cargo del acusador. Por lo tanto, en casos de delitos de acción pública, será responsabilidad de los órganos estatales encargados de la persecución penal, no de los jueces»[1047].

1045 La responsabilidad constitucional del Ministerio Público sobre la persecución penal, últimamente, ha llevado a la Sala Penal de la Corte Suprema a entender que los hechos respecto a los cuales el órgano jurisdiccional habrá de pronunciarse, en la perspectiva del principio de correlación, sólo serán aquéllos que expresamente incorpore la Fiscalía en sus actos de imputación. En dos recientes decisiones, de 14.6.2001 y de 26.7.2001, sentó la doctrina jurisprudencial pertinente. En el primer caso precisó que si bien la adquisición de bienes y servicios con parte del dinero de un programa presupuestal destinado a otro concepto significó una desviación presupuestaria de carácter permanente, tal hecho no puede sancionarse bajo el tipo penal de malversación al no haberse afirmado por el Ministerio Público, en su denuncia o en su acusación escrita, que la adquisición cuestionada haya afectado el servicio de prestación de salud a las personas que fueron atendidas en ejecución del programa afectado con la desviación de fondo. En el segundo caso reitera su anterior doctrina, esta vez radicada en el delito de falsedad material, exigiendo que el Ministerio Público precise los hechos concretos que tipifiquen la falsificación de documento, que de alguna manera hubiere afectado a los agraviados. (Vid. Ejecutorias Supremas Inéditas. SALA PENAL. Expedientes N° 2820-2000-LAMBAYEQUE, de 14.6.2001; y, N° 808-2000-UCAYALI, de 26.7.2001).

1046 La Corte Suprema ha sostenido reiteradamente, como consideración básica «...que en materia penal la inocencia se presume, la culpabilidad se prueba» (Ejecutoria de 9.5.1990. En: RETAMOZO, Alberto, Ana María PONCE, cit., pp. 177-178).

1047 CAFFERATA NORES, José. Proceso penal y derechos humanos. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 2000, pp. 72-73.

§ 9. Los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de presunción de inocencia son bastante complejos. Así se tiene que la Corte Suprema ha establecido en la Ejecutoria de 15.10.1999, que «para enervar la inicial presunción constitucional de inocencia que ampara a todo procesado, debe constatarse *(1)* la objetividad de la prueba y *(2)* que ésta haya sido válidamente adquirida y practicada, además, *(3)* ella debe ser suficiente, ya que no basta que se hayan utilizado medios de prueba sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a su vez fundar razonablemente la acusación»[1048]. Adicionalmente, en una Ejecutoria anterior, de 9.7.1999, amén de reiterar la doctrina citada, agregó que corresponde al Tribunal Supremo en sede de impugnación «... comprobar o fiscalizar la existencia de esa base probatoria correctamente adquirida en el proceso y si la prueba procesal que se constata o advierte en la causa responde a las exigencias mínimas de la actividad probatoria»[1049].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en el «caso Cantoral Benavides», apuntó que «el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insu-

1048 NORMAS LEGALES. T. 287. Trujillo, abril 2000, pp. A70-A71.

1049 NORMAS LEGALES. T. 281. Trujillo, octubre 1999, pp. A35-A36. El Supremo tribunal asume similar doctrina en las Ejecutorias de 2.6.1999 y 5.5.1999, al sostener que «la presunción de inocencia exige para ser desvirtuada, una mínima actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de lo la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado» (QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. El derecho a la presunción de inocencia. Lima, Palestra 2001, pp. 150-153); aunque erróneamente sostiene que la base legal de dicha institución se encuentra en el art. 139 Const. calificándola por ende como un principio de la función jurisdiccional, cuando en rigor es básicamente un derecho individual reconocido expresamente en el art. 2.24.e) de la Constitución, mientras que el art. 139.11 Const. en verdad, como anteriormente lo sostuvo, es el que incorpora el principio del *in dubio pro reo*.

ficiente, no es procedente condenarla sino absolverla[1050]. Profundizando esa misma óptica la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-176 de 1994, proclamó que la presunción de inocencia «...es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, la discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones»[1051].

Cabe puntualizar, por otro lado, que el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia también se proyecta al tratamiento del imputado en el curso del proceso y, especialmente, tratándose de medidas cautelares personales. En el «caso Julio Maza Alvarado», Sentencia de 13.9.2000, estableció que este derecho determina el grado de exigencia cautelar, el cual siempre debe ser el menos gravoso y aflictivo, a la vez que relacionarse con los elementos de juicio que verifiquen la existencia de peligro procesal (Fundamento Jurídico 4)[1052]. También en el «caso Raúl Abel Salazar Taberné», Sentencia de 13.4.2000, ha sostenido, desde una perspectiva básica, que la presunción de inocencia, como tal, al igual que los derechos al procedimiento preestablecido y a la motivación resolutoria, es una manifestación garantista del derecho constitucional al debido proceso prescrito en el art. 139.3 de la Constitución[1053].

1050 Sentencia CIDH, de 18.8.2000, párrafo 120.

1051 CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. «Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia». En: Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. N° 3. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1999, p. 304.

1052 http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0613-2000-HC.html

1053 http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0033-2000-HC%200070-1999-HC%200043-2000-HC/TC.

En tal virtud, como enseña PEDRAZ PENALVA, el derecho a la presunción de inocencia despliega sus efectos en un triple orden: *1)* Al fijar el objeto sobre el que habrá de recaer la actividad probatoria para que pueda ser considerada de cargo. *2)* En la determinación de cuáles son las «pruebas» válidas para desvirtuarla: licitud y regularidad. *3)* Y como «regla de juicio», gravando al órgano sentenciador con la obligación de motivar la eventual condena del acusado conforme a los postulados que de ella se derivan[1054].

§ 10. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, qué duda cabe, corresponde al Fiscal probar los hechos constitutivos del mismo, es decir, los que configuran el propio hecho delictivo y la participación dolosa del imputado en su comisión, siendo de cargo del imputado –de ser el caso- la acreditación de los hechos impeditivos, extintivos o modificativos (atenuantes). Ello produce, obviamente, una corrección a la regla básica sobre distribución probatoria, que al estar amparada en el principio de igualdad no es ilegítima.

En justificación a lo últimamente anotado, RUIZ VADILLO, cita tres sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español que resultan muy ilustrativas al respecto (vid. SSTS 9.3.1995, 30.9.1994 y 9.2.1995). Ellas señalan que los hechos impeditivos o los que vienen a matizar o a afectar el contenido e integridad de la declaración de culpabilidad que resulta de las pruebas aportadas por la acusación sobre la existencia del imputado y la participación en él del acusado –auténtico ámbito de la presunción de inocencia- caen fuera de la citada presunción y, por ello, deben ser alegados y probados por el acusado que los invoque ya que de otro modo se rompería el equilibrio procesal de las partes sí, obligada la acusación a probar los hechos constitutivos del delito imputado, bastara, en cambio, con que el acusado alegara los hechos impeditivos o atenuatorios de su responsabilidad, sin resultar obligado, a su vez, a hacer prueba sobre

1054 PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros. Derecho procesal penal. T. I. Madrid, Colex 2000, p. 333.

ellos[1055]. PAZ RUBIO, en esa misma línea, invoca las SSTS de 15.2.1995, 4.2.1994 y 18.10.1994, que sostienen, amparadas en la igualdad procesal, que una vez que se admita o se estime como probada la alegación de la acusación: hecho delictivo imputado y participación en él del acusado, éste viene obligado a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se derive de lo imputado y probado, hechos impeditivos que no es suficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a la acusación la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas[1056].

Lo expuesto, empero, no significa desconocer la vigencia del principio del *in dubio pro reo*. Como apunta CLAUS ROXÍN, si existe duda sobre la existencia de causas exclusión de la punibilidad (como defensa necesaria o enajenación mental) o de excusas absolutorias (como el desistimiento voluntario de la tentativa), esto tiene que repercutir en la decisión a favor del imputado[1057]. Si la actividad proba-

1055 RUIZ VADILLO, Enrique. El DP sustantivo y el proceso penal. Madrid, Colex 1997, p. 125. El citado autor, luego de ratificar que la carga material de la prueba, de los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde a la acusación, introduce una matización muy importante; sostiene que «Las eximentes y atenuantes, como ya se ha indicado, se rigen por otro sistema, aunque es evidente que si el Instructor, el Ministerio Fiscal o el propio juzgador constatan su existencia, aunque el acusado o su defensa no lo aleguen ni lo soliciten, habrán de tenerlas en cuenta. Por ejemplo, una deficiencia mental. Pero, en definitiva en estos casos excepcionales es a la defensa a quien, en principio, incumbe alegar y probar» (ibid, p. 126).

1056 PAZ RUBIO, José María y otros, cit., p. 32.

1057 ROXÍN, Claus, cit., p. 112. Este autor, inclusive, es partidario que el ámbito de aplicación del in dubio pro reo se extienda a los presupuestos procesales y aquellos vicios del procedimiento vinculados a la recta vigencia del Estado de Derecho (ibid., pp. 113-114).

toria realizada por el imputado o, en todo caso, la que fluye del conjunto de actos de prueba incorporadas al proceso, independientemente de la noción de carga material de prueba, genera dudas razonables acerca de la presencia o no de una causa de exclusión de punibilidad, la absolución cae por su propio peso en aplicación del citado principio, propio del Estado de Derecho.

§ 11. El segundo párrafo del art. 401° CP analizado parte de la consideración legítima, fundada en reglas ordinarias de experiencia, de que quien tiene la obligación, constitucional y legalmente impuesta, de presentar declaración jurada de bienes y rentas, donde debe enumerar con exactitud el conjunto de sus ingresos y gastos[1058], en caso que el Fiscal como consecuencia de los actos de prueba que debe realizar, acredite gastos o ingresos notoriamente superiores a los que declaró y debía tener como consecuencia de lo anterior, ello significa de ordinario o regularmente que esos ingresos o gastos son producto de conductas ilícitas, sancionadas por el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

1058 Según el Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, de 7.7.2001, al que nos remite el art. 3 de la Ley N° 27482, de 14.6.2001, que –de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la Constitución- regula la presentación y publicación de la «Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas» de los funcionarios y servidores públicos, ésta debe contener información acerca de sus ingresos, bienes y rentas debidamente especificados y valorizados, tanto en el país como en el extranjero. Se entiende por bienes, ingresos y rentas, las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante, y todo aquello que reporte un beneficio económico (art. 5). Adicionalmente, se debe especificar y valorizar los bienes y rentas que pertenezcan al régimen de sociedad de gananciales (art. 6). Cabe precisar que la Constitución de 1979, art. 62, también ordenó la presentación de declaración de bienes y rentas, la cual fue regulada por la Ley N° 24801, de 14.5.1988, reglamentada por el Decreto Supremo N° 138-88-PCM, de 25.6.1988, que a su vez reemplazó estatutos legales similares, tales como los Decretos Leyes N° 17085 y 20475, y el Decreto Supremo N° 140-SC, de 17.8.1963.

Adicionalmente, como pauta complementaria a la presunción en cuestión y garantía de su legitimidad constitucional, es de anotar que la exigencia de la justificación de los ingresos o gastos detectados no es de imposible acreditación por el imputado en caso alegue su procedencia legítima, pues tratándose de conductas propias, por él realizadas, es obvio que está en condiciones de producir prueba en su favor capaz de enervar la presunción legal provisional de ilicitud del incremento patrimonial detectado.

En consecuencia, es correcta la presunción legal que obliga al imputado, en su caso, a tener que probar la licitud de sus ingresos o gastos, porque si no lo hace así se concreta la presunción de que ha cometido delito de enriquecimiento ilícito[1059].

No obstante la plena aceptación de la legitimidad de la presunción en cuestión, el tipo penal requiere de un entendimiento compatible con la exigencia constitucional de la presunción de inocencia y de la necesidad de prueba de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, en primer lugar, el incremento notorio de gastos o ingresos, fuera de lo legalmente correcto, debe ser probado por la acusación, para lo cual se cuenta con la declaración jurada de bienes y rentas, así como con la regulación jurídica del estatuto funcionarial del imputado en orden a sus ingresos e impedimentos legales; y, en segundo lugar, la afirmación final de ingresos o gastos ilícitos está sujeta a una actividad probatoria específica que permita sostener la contradicción de dicha declaración con lo que el funcionario o servidor público realmente tiene, a cuyo efecto el imputado tiene el derecho no sólo de discutir y contradecir las pruebas del fiscal acerca de los ingresos o gastos supuestamente ilícitos, y de aportar pruebas de descargo acerca de la licitud de sus ingresos o gastos, sino de cuestionar las propias bases de la inferencia que en concreto sostenga el fiscal.

1059 CLIMENT DURÁN, Carlos, cit., p. 754.

§ 12. La norma de presunción comentada, como es obvio, sólo tendrá validez en la medida en que la «Declaración Jurada de Bienes y Rentas» presentada por el funcionario o servidor público, primero, realmente exista, es decir, que haya cumplido con su obligación legal, y, segundo, que su contenido no sea erróneo, lo que puede deberse a una conducta dolosa o culposa. El 2do. Párrafo del art. 401 del Código Penal, por consiguiente, no cubre todo el universo de supuestos que puede presentar la persecución de este ilícito penal.

Tal circunstancia, sin embargo, no hace imposible la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y su ulterior sanción. Es claro que en este caso, si existe «Declaración Jurada de Bienes y Rentas», un ámbito adicional de la actividad probatoria de cargo sería determinar, desde la lógica del estatuto funcionarial del imputado, el nivel de ingresos y gastos de aquél y, luego, establecer –básica pero no únicamente- mediante la correspondiente pericia económica[1060] si medió o no enriquecimiento indebido. El error en la «Declaración Jurada de Bienes y Rentas», por cierto, puede ser invocado por el propio funcionario o servidor público, pero en ese caso a él corresponde la carga de probarlo (la prueba del hecho negativo no puede serle atribuida al Ministerio Público). También será posible que la determinación o adecuación de la Declaración Jurada venga realizada por la actividad del Sistema Nacional de Control, en cuyo caso en sede procesal debe analizarse la corrección llevada a cabo por los órganos de dicho sistema.

Si el funcionario o servidor público ha omitido su obligación de presentar su "Declaración Jurada", la actividad probatoria de cargo del Ministerio Público se circunscribirá no sólo a establecer la presencia del enriquecimiento –dato posterior- sino a determinar cuál era el

1060 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, cit., p. 480. Este autor sostiene que: «para la prueba del 'enriquecimiento ilícito' será necesario un informe financiero y contable que demuestre que el 'promedio de productividad' del acusado y su 'aptitud financiera' no puedan explicar el incremento patrimonial constatado».

nivel de ingresos y gastos de aquél en función a su estatuto funcionarial –hecho de comparación-. Desde luego, el imputado tiene el derecho de aportar toda la información que juzgue necesaria para la correcta determinación de sus ingresos y rentas, siendo de acotar que si alega la presencia de ingresos excepcionales no considerados por el Fiscal está en la obligación de acreditarlos.

10. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.

§ 1. Otro problema que se discute con motivo de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado por el art. 401 CP, adicionado por la Ley N° 27482, es si vulnera otro derecho fundamental: el derecho a la no autoincriminación. Un autor como MARCELO SANCINETTI partiendo del tipo penal argentino de enriquecimiento ilícito, de *estructura omisiva*, considera que se infringe ese derecho fundamental en tanto el funcionario o servidor público es obligado a justificar la procedencia del presunto enriquecimiento y, como no lo hace, ya sea que no logre probar la licitud del mismo o que sencillamente omita explicar o responder a la autoridad. Acota, al respecto, 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 actos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal»[1061].

En el caso peruano debe señalarse, en primer lugar, que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no tiene estructura omisiva, sino comisiva; en segundo lugar, que el párrafo final del art. 401 CP -según

1061 SANCINETTI, Marcelo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino. En: Maier, Julio B.J., Alberto Binder (comps). El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 1995, p.302.

se ha demostrado en el punto anterior- se limita a introducir una presunción *iuris tantum* muy relativizada de comisión delictiva que funciona en la medida en que se produzca una situación muy concreta: que el funcionario o servidor público, luego de presentar su "Declaración Jurada de Bienes y Rentas", y sólo a partir de ella, se determine, por las necesarias investigaciones correspondientes de la autoridad, que el patrimonio que posee 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 causa lícita»; y, en tercer lugar, que nuestro ordenamiento jurídico no tiene incorporado positivamente el derecho a la no autoincriminación, aunque desde ya es de acotar que de esa omisión no se puede colegir que tal derecho fundamental no rige en el país.

§ 2. Resulta conveniente, a nuestro juicio, ubicar el ámbito preciso del derecho a la no autoincriminación y, a partir de allí, analizar si el tipo penal nacional de enriquecimiento ilícito, de una u otra forma, puede vulnerar dicho derecho.

La Constitución, como se precisó, no incluye dentro del amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales (arts. 2 y 139) el derecho a la no autoincriminación. En esta línea sólo reconoce expresamente tres garantías o derechos genéricos: debido proceso, inviolabilidad de la defensa y presunción de inocencia. Sin embargo, es posible invocar una norma de la propia Constitución que posibilita el acceso directo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos. La Cuarta Disposición Final de la Constitución es aquella norma que permite el acceso directo a la normativa internacional[1062]; y, a partir de allí, y

1062 Dice la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

esencialmente sobre la base de la garantía o derecho genérico al "*debido proceso*"[1063], es de entender aplicable, como un elemento insustituible de éste, en cuanto dato configurativo de un proceso justo y equitativo, los arts. 14.3 (g) del PIDCP y el 8.2 (g) de la CADH. Ambos Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Perú, reconocen como una garantía procesal mínima la de toda persona «A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

Ambos derechos pueden denominarse como "derechos de autodefensa" y, como tales, nacieron como garantías del individuo frente al Poder del Estado[1064]. El primero garantiza que no se obligue a una

---

1063 MONTERO AROCA, Juan sostiene, con razón, que las *garantías genéricas* manifiestan su virtualidad, especialmente, cuando se ponen en relación con los convenios internacionales ratificados por España que se refieren a derechos fundamentales, camino a través del cual pueden integrarse garantías concretas no recogidas expresamente en la Constitución, pero sí en esos convenios (Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 28). Este es el caso en el Perú, precisamente, de la cláusula de *no autoincriminación*. En esa misma perspectiva, por ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no incluye expresamente este derecho, pero tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado vigente ese derecho y lo han incluido como un elemento esencial del derecho a un *juicio justo y con plena igualdad*; así se tiene, v.gr., en el "Asunto John Murray c/ Reino Unido" Sentencia de 8.2.1996, se dijo que si bien tal derecho no está mencionado en la Convención, se trata de una norma internacional reconocida de manera general que está en el centro de la noción de juicio justo consagrado por el art. 6° (vid.: Boletín de Jurisprudencia Constitucional, N° 198, Cortes Generales, octubre 1997, Madrid, Resumen de la Sentencia, p. 183). En igual sentido lo ha declarado en el "Asunto Funke c/ Francia", Sentencia de 25.2.1993, al punto de sostener que se trata de un derecho autónomo, pero cuya inobservancia priva al interesado de un proceso equitativo (Vid. Resumen de la sentencia. En: Boletín de Jurisprudencia Constitucional. N° 183. Madrid, Cortes Generales, julio 1996, p. 216).

1064 Puede decirse, siguiendo a LORCA NAVARRETE, que ambos derechos son innatos a la persona y exigen correlativamente la existencia de un proceso penal con todas las garantías procesales (Tomado de: HUERTAS MARTÍN, María Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. Barcelona, Bosch 1999, nota 300, p. 287).

persona a hacer declaraciones auto-perjudiciales[1065] y el segundo permite al individuo no confesarse culpable o «*a contrario sensu*» a no confesarse inocente[1066].

FAYOS GARDO apunta, de un lado, que en tanto ambos derechos están íntimamente relacionados pueden englobarse en un ámbito común, la de «derechos a no auto-incriminarse», enfatizando que, por lo general, la mejor manera de auto-inculparse es permaneciendo callado; y, de otro lado, que son «derechos que dan la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación en un proceso penal a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callado y no admitiendo ni los hechos ni el delito derivado de los mismos que se le imputa»[1067]. En tal virtud, estos derechos vedan la posibilidad de que contra una persona puedan utilizarse *medios coercitivos* -de cualquier clase- para obtener declaraciones o confesiones.

§ 3. Volviendo al tema tratado en el apartado anterior es de acotar que un principio esencial del Programa Penal de la Constitu-

---

1065 Este derecho, como apunta José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, rompe con la idea del interrogatorio como instrumento encaminado a la búsqueda de la verdad material, y al que se le atribuye un valor exclusivo de medio de defensa; asimismo, garantiza que la propia existencia de la declaración sólo se concibe siempre que el imputado se avenga a ofrecerla, pudiendo elegir libremente entre hablar o callar, sin que la ausencia de respuestas pueda interpretarse de manera desfavorable (El interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp. 33 y 35).

1066 Ello significa, insiste REVILLA GONZÁLEZ, no sólo un simple derecho a no autoinculparse, o emitir declaraciones admitiendo la participación delictiva o el reconocimiento de conductas punibles, sino una plena libertad de manifestación en cuanto a lo que saben o quieren expresar en relación con los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento; al imputado, por tanto, se le permite dar una versión de los hechos que no le perjudique o, más aún, que pueda resultar provechosa para él, incluso con falta de sujeción a la verdad (ibid, p. 56).

1067 FAYOS GARDO, Antonio. «Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECRIM». En: Justicia 93. N° I-II. Barcelona, 1993, pp. 278 y 291.

ción es el «principio de culpabilidad», cuya expresa consagración constitucional, siguiendo a ARROYO ZAPATERO, se encuentra en el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 2.24.e Const. Peruana), que tiene un alcance mayor que el meramente procesal y, uno de sus significados, consiste en la exigencia de atribuibilidad personal del hecho a su autor en el sentido de limitar la responsabilidad a los hechos dolosos e imprudentes y excluir la responsabilidad objetiva y las «presunciones de imputación»[1068].

Sobre este punto, DE VICENTE MARTINEZ sostiene que en tanto está consagrada la presunción constitucional de inocencia, en el plano del Derecho penal sustantivo serán nulos todos aquellos preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en «hechos presuntos» (hechos que se presume ha realizado el autor, aunque de ello no exista prueba alguna) o, lo que es lo mismo, en «presunciones de culpabilidad»; una norma penal, insiste la citada autora, vulnerará este principio en la medida en que establezca, con relación al sujeto que realiza una determinada conducta, una imputación *iuris et de iure* de la comisión de un injusto penal, existiendo posibilidades en contra de esa relación impuesta como jurídicamente necesaria, de suerte que al sujeto, en definitiva, se le reprocharía un hecho que no necesariamente ha perpetrado. Uno de esos casos, explica DE VICENTE MARTINEZ, es el de los denominados «delitos de sospecha», considerados como el reverso procesal del principio material de culpabilidad y que, en palabras de MANTOVANI, deben entenderse como aquellos delitos que atañen a comportamientos en sí mismos ni lesivos ni peligrosos de algún interés, pero que dejan presumir la comisión no probada o la futura comisión del delito[1069].

1068 ARROYO ZAPATERO, Luis. «Fundamento y función del sistema penal: el Programa Penal de la Constitución». En: Revista Jurídica de Castilla - La Mancha. N° 1. Agosto 1987, pp. 105-106.

1069 DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. «Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha». En: Rev. Poder Judicial. N° 33. Madrid, marzo 1994, pp. 449, 451-452.

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, desde luego, no se ha incorporado la mencionada presunción inversa o de culpabilidad, en tanto que el tipo penal exige probar al funcionario público, por razón de su cargo, una situación de enriquecimiento ilícito, es decir un incremento de su patrimonio excesivo respecto a sus ingresos y que no se deba a una causa lícita. Las lógicas probatorias, introducidas en el segundo párrafo del art. 401 CP, correlacionadas con el art. 41 Constitucional, la Ley N° 27482 y el Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, permiten inferencias de culpabilidad no categóricas o absolutas, sino sólo en la medida en que existiendo una actividad probatoria previa de cargo en función a la investigación patrimonial del imputado, ésta comparada con la «Declaración Jurada de Bienes y Rentas» presentada por el funcionario o servidor público permita establecer que los ingresos descubiertos son notoriamente superiores a los que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa lícita.

Es de precisar un punto fundamental en todo este razonamiento. Lo que se cuestiona son, de un lado, las presunciones *iure et de iure*[1070] y, de otro lado, la ausencia de una actividad probatoria de

1070 Es definitiva al respecto la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de octubre de 1988, dictada en el "*Asunto Salabiaku v. Francia*". En el apartado 28 se señala: *1)* Que el Convenio (se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en este punto similar a la Convención Americana de Derechos Humanos) no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites (referidos en este caso a consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho); *2)* Que la Convención no es ajena, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales, pero les exige que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. Finalmente, en el apartado 29 se acota: *1)* Que la carga de la prueba del núcleo de la infracción punible debe recaer sobre la parte acusadora; *2)* Que el imputado no debe carecer de medios de defensa; y, *3)* Que la presunción que la ley puede establecer no debe ser irrefutable (es decir, *iure et de iure*, tanto de carácter fáctico cuanto normativo o jurídico), y que los tribunales deben tener libertad

cargo que sustente racionalmente una inferencia de culpabilidad. En cuanto a lo segundo, es muy claro que el tipo penal no libera al acusador público a realizar una actividad probatoria de cargo, suficiente y necesaria, para lograr en su caso una sentencia condenatoria. En lo atinente a lo primero, el párrafo segundo del art. 401 CP se limita a incorporar una regla positiva que operará sobre la base de un juicio de comparación entre la Declaración Jurada de Bienes y Rentas y los descubrimientos llevados a cabo por la autoridad, pero que de ninguna manera puede entenderse como definitiva, que clausure la posibilidad de prueba de descargo (puede ser posible, por ejemplo, que el funcionario o servidor público haya omitido consignar en su Declaración Jurada determinados ingresos lícitos o que los incrementos que se le imputan no sean tales, no estén relacionados con el ejercicio del cargo oficial que detenta o no tengan una causa ilícita). En tanto se otorgue al imputado, y no se le cancele, la posibilidad de probar un elemento que lo disculpa, ello -como recuerda CORTÉS DOMÍNGUEZ invocando el Dictamen D 82379/78, de 4 de diciembre, de la Comisión Europea de Derechos Humanos- no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, su fuere negativo, puede exculparlo[1071].

§ 4. Se ha hecho mención al derecho a la presunción de inocencia porque es posible considerar que el derecho a la no auto-incriminación está conectado con aquél en su carácter de garantía genérica, y siempre que se la conciba -en su vertiente principal- como regla de

---

de apreciación probatoria y poder aplicar de ser el caso el *in dubio pro reo* (Boletín de Jurisprudencia Constitucional. N° 109. Madrid, Cortes Generales, mayo 1990, pp. 280-286). Estos tres requisitos, como ya se demostró, se cumplen cabalmente con el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

1071 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex 1999, pp. 464-465.

juicio del proceso[1072]. Esta regla, como se sabe, tiene un influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba, señaladamente en su requisito de «legitimidad». En tal virtud, la condena sólo será constitucionalmente razonable siempre que la culpabilidad del imputado haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, sobre la base de pruebas que puedan considerarse de cargo y *obtenidas con todas las garantías.*

El derecho a la no auto-incriminación, en puridad, es una manifestación de la garantía o derecho genérico de defensa, es un derecho instrumental del mismo[1073]. Este derecho, señala MONTAÑES PARDO, se considerará vulnerado cuando el imputado es forzado o inducido a declarar, cuando el órgano judicial exigiese expresa o tácitamente una declaración del acusado contra sí mismo y cuando la declaración del imputado se realiza bajo constricción o compulsión[1074].

1072 Desde esta perspectiva ORTELLS RAMOS nos dice: «Uno de los derechos fundamentales del ciudadano es el de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable de los hechos que se le pudieran imputar, *en salvaguarda de la inocencia que se le presume.* Sin embargo, sus declaraciones son trascendentes para el contenido de la verdad siempre que se rodeen de las suficientes garantías para preservar sus derechos constitucionales y asegurar la autenticidad de lo declarado» (cit., p. 169).

1073 Su contenido, en palabras de HUERTAS MARTÍN, no es otro que el reconocimiento de la libertad del imputado en cuanto a las declaraciones que efectúe en sus dos aspectos relativos a la propia decisión de realizarlas y al contenido de las mismas (cit., p. 292).

1074 MONTAÑEZ PARDO, Miguel Ángel. La presunción de inocencia. Pamplona, Aranzadi 1999, p. 136. Por lo demás, su reconocimiento, específicamente, el de guardar silencio, no supone renunciar a la prueba; solamente, como afirma RAMOS MENDEZ, queda la iniciativa en manos del propio imputado, en la medida que convenga a sus intereses y en la ocasión en que se producen las pruebas: el juicio oral (El proceso penal. Lectura constitucional. Barcelona, Bosch 1993, p.165). Este derecho, por lo demás, en palabras de la STS de España de 24.4.1992, «constituye un principio que resalta el valor de la libertad de toda persona sometida a un proceso criminal, prohibiendo cualquier actividad encaminada a quebrantar su integridad y libertad obligándole a declarar en un determinado sentido» (FAYOS GARDO, Antonio, cit., p. 300).

El imputado, como sujeto del proceso y parte procesal, puede defenderse en la forma que estime más conveniente para sus intereses. Por tanto, como enseña ASENCIO MELLADO, es lícito que o bien declare y lo haga en la extensión que desee, o bien que guarde silencio al amparo del derecho constitucional que se le reconoce a no prestar declaración alguna si así lo considera más beneficioso para su situación personal. Es claro, insiste el autor, que del silencio del imputado no puede extraerse conclusión alguna, sea ésta favorable o adversa[1075]. De igual manera, en la medida en que es de considerar las declaraciones del imputado como un medio idóneo de defensa, dos son las notas esenciales que denotan su contenido: *1)* la necesaria libertad sin límite alguno que han de rodearlas, libertad que lo ha de ser tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, sin actuación alguna sobre su voluntad consciente, como en lo referente a su contenido sin que en ningún caso se le pueda obligar a compelerle por la fuerza o por medio del establecimiento de sanciones coactivas a realizar una conducta positiva; y, *2)* la posibilidad del imputado, si elige declarar, de no hacerlo conforme a la verdad habida cuenta de su derecho a no colaborar en su punición[1076].

§ 5. El tipo penal de enriquecimiento ilícito, a tenor de lo expuesto, tampoco vulnera el derecho a la no auto-incriminación. La obligación de formular una Declaración Jurada de Bienes y Rentas, no sólo tiene jerarquía constitucional sino que, en sí misma, no forma parte del injusto penal: no se criminaliza *per se* la no formulación de la Declaración Jurada. Dicha Declaración Jurada, que inclusive puede ser tanto preexistente como posterior a un concreto acto de enrique-

1075 Claus ROXÍN aclara que una protección frente a la auto-incriminación garantiza este derecho a guardar silencio pero sólo cuando del silencio del inculpado no pueda derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable, porque de lo contrario sería un silencio auto-inculpatorio [La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán). Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 123.]

1076 ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid, Trivium 1989, pp. 124-126.

cimiento, sólo se toma en consideración a los efectos de poder concluir, sobre la base de una actividad probatoria de cargo preexistente, acerca de la posible realidad de una situación de enriquecimiento ilícito.

Por otro lado, el hecho de que, por ejemplo, el art. IX de la CICC establezca como un tercer elemento de la tipificación del enriquecimiento ilícito que el funcionario público no pueda razonablemente justificar un presunto incremento patrimonial excesivo respecto de sus ingresos legítimos, no vulnera el derecho a la no autoincriminación, en tanto lo central del tipo penal así postulado radica en la previa y necesaria actividad probatoria de cargo que debe llevar a cabo la autoridad. Es obvio, y así debe entenderse, que la autoridad debe reunir suficientes elementos de prueba que permitan sostener que existe un aumento patrimonial del funcionario no compatible, *prima facie*, con sus ingresos legítimos conocidos. Acreditado ese extremo, para lo cual -en el caso peruano- se tendrá en consideración la Declaración Jurada de Bienes y Rentas, que todo funcionario debe haber presentado, resulta obvio que la negación de un incremento patrimonial que se reputa indebido corresponderá al imputado, quien por lo demás, en tanto se trata de hechos propios de su actividad, de su dominio, es el único que puede hacerlo y, como tal, no tendrá dificultades mayores en poder aportar evidencia que desvirtúe el material de cargo presentado por la acusación pública.

La referencia a la «justificación razonable» del funcionario imputado, que se alude en la CICC, no constituye una obligación coactiva impuesta al emplazado, cuya omisión pueda acarrearle consecuencias negativas para su posición jurídica. La conclusión finalmente incriminatoria estará en función a la prueba de cargo aportada por la acusación pública; si el imputado decide autónomamente no aportar evidencia alguna o ni siquiera responder a los cargos, situación que se enmarca dentro de su derecho a la no auto-incriminación, ello desde luego no impide la apreciación del tribunal y, menos, existiendo evidencias objetivas al respecto, dictar un fallo condenatorio; «el legítimo ejercicio del derecho a la no auto-incriminación, omitiendo dar expli-

caciones convincentes acerca de su comportamiento frente a tales evidencias, no deben impedir que tal silencio, en situaciones que claramente piden una explicación por su parte, sea tenido en cuenta al evaluar la persuación de la evidencia aducida por la acusación»[1077].

Es de insistir, finalmente, en la posición coincidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el «Asunto John Murray c/ Reino Unido», Sentencia de 8.2.1996. Allí se establece, en primer lugar, que la apreciación de si el silencio de un imputado le trajo consecuencias desfavorables con violación al derecho en cuestión, requiere valorar las circunstancias en su conjunto, considerando en particular los casos en los que se puede proceder a establecer conclusiones; y, en segundo lugar, que debe tenerse en cuenta el valor concedido por los órganos jurisdiccionales nacionales al apreciar los elementos de prueba y el grado de coerción que se desprende de la situación.

La doctrina concreta que instaura este fallo es que: *1)* El silencio no debe ser considerado como un indicio de culpabilidad. *2)* Las conclusiones incriminatorias que puedan inferirse de la prueba actuada deben respetar una serie de garantías para el respeto del derecho de defensa que, en todo caso, limiten el valor a conceder a toda conclusión incriminatoria de carácter presuncional inversa [que precisamente era el caso de la cuestionada *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order* de 1988]. *3)* La acusación en todo caso debe aportar un conjunto razonable de pruebas de cargo contra el acusado y sólo en el caso de que sea lo suficientemente seria -así apreciada por el juez- podrá merecer una respuesta fundada del imputado (el silencio ante una ausencia de evidencias no puede originar una conclusión de culpabilidad). *4)* El juez puede únicamente, a la vista de la actividad probatoria de cargo, sacar las conclusiones que considere pertinentes guiado por el sentido común[1078].

1077 Así se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español en su sentencia de 29.11.1997 recaída en el «Caso Mesa Nacional de Harri Batasuna».

1078 Boletín de Jurisprudencia Constitucional, cit., pp. 183-184.

Por tanto, no es posible sostener seriamente que al otorgarse al imputado, en reconocimiento de su derecho de defensa, la posibilidad de rechazar la imputación, explicar su conducta y ofrecer prueba de descargo, y que -como en el caso de la CICC- el tipo penal se construya teniendo en cuenta la no justificación de incrementos patrimoniales tildados de delictivos, primero, se le esté forzando a autoincriminarse y, segundo, se desplace la carga de la prueba de la acusación a la defensa en clara vulneración al principio de presunción de inocencia. No puede calificarse, en el presente caso, que la presunción sea *iure et de iure* o que por el sólo hecho de la negativa a responder a los cargos formulados por la autoridad se estime que el imputado deba ser condenado como reo del delito de enriquecimiento ilícito.

§ 6. En el mismo sentido arriba esbozado se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-319/96, de 18 de julio de 1996[1079], que declaró exequible, esto es, constitucional, el art. 148 del CP colombiano, subrogado por el art. 26 de la Ley N° 190 de 1995, que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

El tipo penal cuestionado, en lo que nos interesa, precisaba que:«El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión ...». Esta norma, sin duda, es muy parecida a la peruana, que reza: «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena (...) aumento del patrimonio y/o del gasto económico (...) 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». Tal similitud en este aspecto esencial, unido al hecho de

1079 Vid. Gaceta de la Corte Constitucional 1996. Edición extraordinaria. N° 2. Bogotá, pp. 7-28.

una común base constitucional, dado que en el artículo 34 de la Constitución de Colombia[1080] se hace referencia a esta conducta delictiva, así como que en el art. 122 obliga a efectuar declaración jurada de bienes y rentas a los servidores públicos[1081], hace especialmente pertinente en nuestro país las consideraciones jurídico-constitucionales de esa alta Corporación judicial.

Conforme hemos postulado en este apartado y el anterior, la citada Sentencia justifica la constitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito en los siguientes razonamientos: *(1)* Que el delito de enriquecimiento ilícito, de claro origen constitucional, busca sanear la Administración Pública y se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público *sin causa que lo justifique*[1082], para cuya configuración como tal se exige el dolo. *(2)* Que el tipo penal en

1080 El art. 34 de la Constitución de Colombia, en lo pertinente, estatuye: «(...) No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social». Téngase en cuenta que el art. 41, II párrafo, de nuestra Ley Fundamental, es aún más enfático que la norma suprema colombiana, al señalar: «Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, ..., formula cargos ante el Poder Judicial». Aquí existe una referencia expresa a la conducta del funcionario público que se enriquece ilícitamente y a la necesidad de su persecución –que inclusive encomienda a la más alta autoridad del Ministerio Público- y castigo, aunque –claro está- como en el caso colombiano no prefigura su concreta tipificación, que la deja librada al legislador ordinario, quien a su vez –al tipificarla- con arreglo a la garantía de legalidad penal debe cumplir los requisitos de legitimidad que establece el Programa Penal de la Constitución.

1081 El art. 122 de la Constitución de Colombia dispone que los servidores públicos «(...) antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas». En términos similares se impone la obligación constitucional, consecuencia del deber de transparencia de quienes ejercen función pública, en el art. 41, I Párrafo, de nuestra Carta Política, que reza: «Los funcionarios y servidores públicos (...) deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos».

1082 La expresión «sin causa que lo justifique», que por lo demás no se ha reproducido en el nuevo Código Penal Colombiano, no significa, desde luego, que automáticamente la ausencia de respuesta del imputado ante el emplazamiento

cuestión no genera una inversión de la carga de la prueba, ni siquiera cuando se menciona la expresión «no justificado», en tanto que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible; precisamente, en el caso del delito analizado, el Estado debe demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. *(3)* Que, en rigor, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación –que no pueda explicarse a partir de los ingresos y actividades lícitas del servidor público- opera el fenómeno de la adecuación típica, de suerte que la explicación que brinde el sindicado del delito no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado; esto último, la explicación relacionada con el incremento patrimonial, no es un acto impositivo derivado de un proceso penal, es más bien una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición de conformidad con el ya citado art. 122 de la Constitución que instituye un deber de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho fundamental.

---

de la autoridad encargada de la investigación y, en su día, del enjuiciamiento, determinaría tener por acreditado el delito y la responsabilidad del servidor público; entenderlo bajo esa perspectiva, obviamente, lesionaría la presunción de inocencia y el *nemo tenetur*. El Estado: el Ministerio Público, debe probar inconcusamente un determinado incremento patrimonial y que éste es notoriamente superior en función a sus sueldos, emolumentos, incrementos de capital o sus ingresos por cualquier causa lícita. El imputado, como hemos afirmado reiteradamente, está en la posibilidad, absolutamente factible –no sólo por el deber de transparencia que le impone la Constitución sino porque se trata de hechos que él está en capacidad de conocer y acreditar- de llevar a cabo una actividad probatoria de descargo capaz de afirmar que aún cuando su patrimonio se vio incrementado, tal aumento se debió a circunstancias no reñidas con la ley. Las inferencias que el órgano jurisdiccional pueda obtener de lo actuado en el proceso penal, en todo caso, deberán ser racionales e explícitamente consignadas en el fallo.

En el voto singular, elaborado por dos magistrados de la Corte Constitucional, ratifica que el tipo penal no presupone violación al principio general de la presunción de inocencia: es el Estado el que debe demostrar la condición de no justificado del ingreso del funcionario o servidor público. Añade que el delito no se funda en presunciones: el enriquecimiento debe ser real, no presunto, y desproporcionado. El Estado está obligado a reconstruir probatoriamente el patrimonio del funcionario: toda diferencia patrimonial, el análisis de los ingresos y las diferencias, le corresponde al Estado en su función investigativa, luego de lo cual –no antes-, se presentan los argumento de la defensa. El sindicado, en este caso excepcional, por imperio del art. 122 Constitucional, que instituye un deber de transparencia, se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, y, por tanto, está en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
1997. «A manera de presentación: nociones preliminares». En: Roxin, Claus. La imputación objetiva en el Derecho Penal. Lima, Idemsa.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
1997. Derecho Penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Lima, Idemsa.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
2001. «El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?. Análisis desde la perspectiva del concepto penal de "funcionario Público"». En: Cáthedra N° 8.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
2001. Los delitos contra la Administración Pública en el CP peruano. Lima, Palestra.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.
2000. Serie Jurisprudencia 3 y 4. Lima.

AGUADO CORREA, Teresa.
1999. El principio de proporcionalidad en DP. Madrid, Edersa.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto y Ricardo LEVENE
1945. Derecho Procesal Penal. III. Buenos Aires, Ed. Kraft.

ALMAGRO NOSETE, José.
1992. «Teoría general de la prueba en el proceso penal». En: Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

AMBOS, Kai.
1999. «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». En: Themis-Revista de Derecho. N° 37. Lima.

ANGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO.
1998. Código Penal. Volumen VII. Lima, Ediciones Jurídicas.

ARIAS QUINTOT, César.
2001. «Origen, desarrollo y caída del fujimorato». En: Las tareas de la transición democrática. Lima, Comisión Andina de Juristas.

ARROYO ZAPATERO, Luis.
1981. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Madrid, Trotta.

ARROYO ZAPATERO, Luis.
1987. «Fundamento y función del sistema penal: el Programa Penal de la Constitución». En: Revista Jurídica de Castilla - La Mancha. N° 1.

ARROYO ZAPATERO, Luis.
1996. «Derecho Penal económico y Constitución». En: Revista Penal N° 1.

ASENCIO MELLADO, José María.
1989. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid, Trivium.

ASENCIO MELLADO, José María.
1985. «La prueba prohibida en jurisprudencia constitucional». En: Revista Valenciana D'Estudis Autonomics. Valencia.

ASENCIO MELLADO, José María.
1998. Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

BACA CABRERA, ROJAS VARGAS y NEIRA HUAMÁN.
1999. Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios. T. III. Lima, Gaceta Jurídica.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
1983. «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios». En: Documentación Jurídica. N° Monográfico. Vol. II.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
1997. Principios de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Madrid, Akal.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.
1987. Manual de Derecho penal. Parte especial. Volumen II. Madrid, Ceura.

BARBERO SANTOS, Marino.
1973. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N° III.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto.
1992. «La prueba indiciaria». En: La sentencia penal. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

BENUSSI, Carlo.
1998. Il nuovo delitto di abuso di ufficio. Padova, Cedam.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros.
1999. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Barcelona, Praxis.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio.
1994. «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias». En: Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo IV. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

BERNAL PINZÓN, Jesús.
1965. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Temis.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique.
1996. La Constitución de 1993. Lima, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA.

BGHSt.
1961. T. 15. Köln-Berlin, Carl Heymanns

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
1990. N° 109. Madrid, Cortes Generales

BOLETÍN JUDICIAL.
1973. N° 8-10. Lima, Corte Suprema de Justicia

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO.
1997. Manual de Derecho penal. Lima, San Marcos.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto.
1990. Temas de Derecho Penal. Tomo 4. Marcos.

BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto AMONT-ARIAS TORRES.
2001. Código Penal Anotado. 4ª ed. Lim an Marcos.

BRAMONT ARIAS, Luis.
1966. Código Penal anotado. Lima, El Ferrocarril.

BRAMONT ARIAS, Luis.
1972. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Lima, Ed. Vilock.

BRAMONT ARIAS, Luis.
1984. El Ministerio Público. Lima, SP Editores.

BREGLIA ARIAS, Omar, Omar R. GAUNA.
1987. Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado. 2ª ed. Buenos Aires, Astrea.

BUOMPADRE, Jorge E.
2001. Delitos contra la administración pública. Corrientes, Mave.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan.
1992. El valor de las diligencias sumariales en el proceso penal español. Madrid, Civitas.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALARÉE.
1994. Manual de Derecho Penal. Parte General., Madrid, Trotta.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.
1997. Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Madrid, Trotta.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE.
1999. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Madrid, Trotta.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan.
1987. Control social y sistema penal. Barcelona, PPU.

CAFFERATA NORES, José.
2000. Proceso penal y derechos humanos. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

CAMARGO, Pedro Pablo.
1996. El delito de enriquecimiento ilícito. Bogotá, Leyer.

CANCINO MORENO, Antonio José, Maruja TOSCANO DE SÁNCHEZ.
1986. El delito de enriquecimiento ilícito. Bogotá, El Profesional.

CÁNEZ MARTICORENA, Alfredo.
2001. Procedimientos Parlamentarios de investigación y de acusación constitucional. Lima, Alternativas.

CARNELUTTI, Francisco
1995. La prueba civil. Buenos Aires, Arayú.

CARO CORIA, Dino Carlos.
1999. Derecho penal del ambiente -delitos y técnicas de tipificación-. Lima, Gráfica Horizonte.

CARO CORIA, Dino Carlos.
2001. CP & legislación complementaria. Lima, Gráfica Horizonte.

CARO CORIA, Dino Carlos.
2002. «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la CPI». En: Ius et Veritas. N° 23.

CARRARA, Francesco.
1973. Programa de Derecho criminal. Parte especial. Vol. VI. Bogotá, Temis.

CARRIÓ, Alejandro D.
2000. Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires, Hammurabi.

CASTILLO ALVA, José Luis.
2000. Homicidio. Lima, Gaceta Jurídica.

CASTILLO ALVA, José Luis.
2001. Las consecuencias jurídico – económicas del delito. Lima, Idemsa.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel.
2001. «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa». En: Revista La Ley – Actualidad Penal N° 21.

CEREZO MIR, José.
1996. Curso de Derecho Penal español. Parte General I. 5ª edición. Madrid, Civitas.

CHIOSSONE, Tulio.
1981. Manual de DP venezolano. Caracas, UCV.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio.
2000. La Organización criminal – Tratamiento penal y procesal. Madrid, Dykinson.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio.
2001. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Madrid, Dykinson.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.
1999. «Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia». En: Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. N° 3. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CLIMENT DURÁN, Carlos.
1999. La prueba penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir).
1997. «Curso de Derecho Penal Español». Madrid, Ed. Marcial Pons.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Manuel QUINTANA DIEZ.
2000. En: Comentarios al CP. T. III: Madrid, Edersa.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Tomás S. VIVES ANTÓN.
1999. Derecho Penal. Parte General. 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel y otros.
2000. Los procesos penales. Tomo V. Barcelona, Bosch.

COMISION ANDINA DE JURISTAS.
2002. Informe Anual sobre la región Andina - Enero 2000. Lima, CAJ.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido.
1997. CP. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Madrid, Trivium.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
1997. «¿Los trabajadores de las empresas del Estado son pasibles de incurrir en responsabilidad penal contra la Administración Pública?». En: Boletín de Control. N° 11.

CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu, José Ignacio GALLEGO SOLER.
2000. «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal». En: ACTUALIDAD PENAL. N° 8. Madrid.

CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu.
1996. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva». En: ADPCP.

CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu.
1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Valencia, Tirant lo Blanch.

CORDERO, Franco.
2000. Procedimiento Penal. Vol. I. Bogotá, Temis.

CORDÓN MORENO, Faustino.
1999. Las garantías constitucionales del proceso penal. Navarra, Aranzadi.

CÓRDOVA RODA, Juan.
1976. Comentarios al Código Penal. T. II. Barcelona, Bosch.

CORNEJO, Abel.
1992. Asociación Ilícita. Buenos Aires, Ad Hoc.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros.
1999. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros.
2001. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex.

CREUS, Carlos.
1981. Delitos contra la administración pública. Buenos Aires, Astrea

CREUS, Carlos.
1988. DP. PE. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires, Astrea.

CREUS, Carlos.
1991. DP. PE. T. 2. Buenos Aires, Astrea.

CRUZ CASTRO, Fernando.
1996. «La investigación y persecución de la corrupción». En: Rev. Pena y Estado, CORRUPCIÓN, Revista Latinoamericana de Política Criminal. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

CUELLAR SERRANO, Nicolás.
1990. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Colex.

CUGAT MAURI, M.
1997. La desviación del interés general y el tráfico de influencias. Barcelona, Cedecs.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco.
1998. Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano. Lima, FECAT.

DE LA LEONA ESPINOSA, Martín.
1996. La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Madrid, Colex.

DE LA MATA, Norberto, Xabier ETXEBARRIA.
1994. Malversación y lesión del patrimonio público. Barcelona, J.M. Bosch.

DE LA OLIVA SANTOS.
1993. Derecho Procesal Penal. Madrid, CEURA.

DE LEON VILLALBA, Francisco Javier.
1998. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona, Bosch.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio.
1999. «Derecho Penal, Poderes Públicos y Negocios con especial referencia a los delitos de cohecho». En: Cerezo Mir, José (ed). El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Granda, Comares.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y otro.
2000. La prueba ilícita penal. Navarra, Aranzadi.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario.
1994. «Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha». En: Rev. Poder Judicial. N° 33. Madrid.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario.
2000. «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*)». En: ACTUALIDAD PENAL. N° 22. Madrid.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, Jesús SANTOS VIJANDE, .
1996. Publicidad y Secreto en el proceso penal. Granada, Comares.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J.
1999. «La autoría en organizaciones complejas». En: Puente, Luis Ramón (dir). Fenómenos delictivos complejos. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

DELGADO MARTÍN, Joaquín.
2001. «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto». En: Pico I Junoy, Joan (dir.). Problemas actuales de la Justicia Penal. Barcelona, Bosch.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo.
1998. «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena». En: NDP.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo.
2000. «Corrupción y delitos contra la administración pública». En: Fabián Caparrós, Eduardo. La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Salamanca, Ratio Legis.

DIAZ ARANDA, Enrique.
1999. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos. México, Cárdenas.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.
1991. La autoría en DP. Barcelona, PPU.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.
1997. «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error». En: Estudios Jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruíz. Valencia, Universitat de Valencia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.
2001. «¿Error de tipo o error de hecho?». En: Quintero Olivares, Gonzalo, Fermín Moráles Prats. El nuevo DP español. Pamplona, Aranzadi.

DONINI, Massimo.
2001. «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamiento dell'esperienza italiana». En: Il Foro Italiano.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco.
1988. Retos de una democracia insuficiente. Lima, Comisión Andina de Juristas – Fundación Fiedrich Neumann.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco.
2002. «La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios». En: Revista Taller de Derecho N° 1.

EJECUTORIAS SUPREMAS INÉDITAS. SALA PENAL.

EJECUTORIAS.
1998. Trujillo, Normas Legales

ESCRIVÁ GREGORI, José María.
1976. La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP. Barcelona, Bosch.

ESCUSOL BARRA, Eladio.
1993. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex.

ESER, Albin.
2001. En: Schönke/Schröder. StGB Kommentar. 26ª ed. München, C.H.Beck.

FARALDO CABANA, Patricia.
1996. Los delitos societarios. Valencia, Tirant lo Blanch.

FAYOS GARDO, Antonio.
1993. «Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECRIM». En: Justicia 93. N° I-II. Barcelona.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo.
1997. «Del tráfico de influencias». En: Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir). Comentarios al Código Penal. Madrid, Civitas.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo.
1997. Comentarios al CP. Madrid, Civitas.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo.
1998. «Delitos contra la administración pública en el CP español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conductas». En: RPCP. N° 7-8.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo.
1998. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo». En: CPC 65.

FENECH, Miguel.
1960. El proceso penal. Barcelona, Bosch.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.
1999. Principios y normas rectoras del Derecho penal. Bogotá, Ed. Leyer.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar.
2000. «De las consecuencias accesorias». En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Comentarios al Código Penal. T. IV. Madrid, Edersa.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.
1993. El sistema constitucional español. Madrid, Dykinson.

FERREIRA DELGADO, Francisco.
1995. Delitos contra la administración pública. 3ª edición. Bogotá, Temis.

FIANDACA, Giovanni.
1987. «La tipizzazione del pericolo». En: Materiali per una reforma del diritto penale. Milano.

FONTÁN BALESTRA, Carlos.
1980. Tratado de DP. PE. T. VII. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

FONTÁN BALESTRA, Carlos.
1990. Tratado de DP. 2ª ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma. T. VI. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

FRISANCHO APARICIO, Manuel, Raúl PEÑA CABRERA
1999. Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la administración pública. Lima, Fecat.

FRISANCHO APARICIO, Manuel.
2001. Jurisprudencia penal. Lima, Jurista Editores.

FRISCH, Wolfgang.
1983. Vorsatz und Risiko. Köln.

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
1996. Edición extraordinaria. N° 2. Bogotá.

GACETA JURÍDICA.
2001. Guía rápida de jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Lima.

GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino.
2001. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima, IDEMSA.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros.
2000. Los procesos penales. T. I. Barcelona, Bosch.

GARCÍA ARÁN, Mercedes.
1990. La prevaricación judicial. Madrid, Técnos.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen.
2001. «Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias (Artículo 400° del Código Penal)». En: Actualidad Jurídica.

GARCÍA CAVERO, Percy.
1999. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales». En: Cátedra 5.

GARCÍA CAVERO, Percy.
1999. Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Barcelona, J.M. Bosch.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel.
1991. La autoría en Derecho Penal. Barcelona, PPU.

GARCÍA ITURBE, Arnoldo.
1969. Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia. Caracas, UCV.

GARCÍA RADA, Domingo.
1967. La Instrucción, Vol. I. Lima, Sanmartí.

GARCÍA RADA, Domingo.
1968. La instrucción. La prueba. Vol. II. Lima, Sanmarti y Cía S.A.

GARCÍA RIVAS, Nicolás.
1996. Poder punitivo en el Estado Democrático. Cuenca, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.

GARCÍA RIVAS, Nicolás.
1998. Delito ecológico. Bercelona, Praxis.

GARCÍA TOMA, Víctor.
1998. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Tomo II. Lima, Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial.

GARCÍA TOMA, Víctor.
2001. Los derechos humanos y la Constitución. Lima, Gráfica Horizonte.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio
1996. Las pruebas en el proceso penal. Bogotá, Gustavo Ibáñez.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA.
1997. Asociaciones ilícitas en el CP. Barcelona, Bosch.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.
1966. Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, UAM.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.
1966. «Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP». En: Revista de Estudios Penitenciarios.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros.
1996. Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex.

GIMENO SENDRA, Vicente.
1988. Constitución y proceso. Madrid, Tecnos.

GIMENO SENDRA, Vicente.
2000. Los procesos penales. Tomo V. Barcelona, Bosch.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso.
2000. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Universidad del Externado.

GOMEZ ORBANEJA, Vicente y otro.
1987. Derecho procesal Penal. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás.
1990. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Colex.

GRACIA MARTÍN, Luis.
1996. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español. Valencia, Tirant lo Blanch.

GRIBBOHM, Günter.
1997. En: StGB. Leipziger Kommentar. 11ª ed. Berlin-New York, Walter de Gruyter.

GUILLÉN PEREZ, María Eugenia.
1999. «Las cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas en el proceso penal». En: Rev. La Ley. Madrid.

GUZMÁN DALBORA, J. L.
1998. «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas». En: Revista de DP y Criminología. N° 2.

HASSEMER, Winfried.
1999. Persona, mundo y responsabilidad. Valencia, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises.
1996. La autoría mediata en DP. Comares, Granada.

HERRERO HERRERO, C.
1997. Criminología. Parte General y Especial. Madrid.

HERZBERG, Rodolf Dietrich.
1977. Täterschaft und Teilnahme. München, C.H. Beck.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y otros.
1993. Derecho Procesal Penal. Madrid, Ceura.

HOYER, Andreas.
2001. Systematischer Comentar zum StGB. T. I. 35ª entrega. Berlín, Luchterhand.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel.
1999. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. Barcelona, Bosch.

HUGO ALVAREZ, Jorge B.
2000. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública: análisis sistemático de los tipos delictivos. Lima, Gaceta Jurídica.

HURTADO PLASCENCIA, José Ulises.
1996. La autoría mediata en Derecho Penal. Granda, Comares.

HURTADO POZO, José.
1987. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Lima, Eddili.

HURTADO POZO, José.
1993. Manual de DP. PE 1. Lima, Juris.

HURTADO POZO, José.
1981. El Ministerio Público. Lima, EDDILI.

JAÉN VALLEJO, Manuel.
2001. Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española. Lima, Gráfica Horizonte.

JAÉN VALLEJO, Manuel.
2001. La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 2000. Madrid, Dykinson.

JAKOBS, Günther.
1997. Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons.

JAKOBS, Günther.
2000. «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma». En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Lima, N° 1.

JAKOBS, Günther.
2000. «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico». En: Bases para una teoría funcional del Derecho Penal. Lima, Palestra.

JAKOBS, Günther.
2000. «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos» En: Bases para una teoría del DP funcional. Lima, Palestra.

JESCHECK, Han-Heinrich.
1993. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, Comares.

JESHECK, Hans-Heinrich.
1978. Tratado de Derecho Penal. Vol. II. Barcelona, Bosch.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos.
1998. «Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal». En: Estudios de Derecho Judicial. Vol: «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial». Madrid, Consejo General de Poder Judicial y Escuela Judicial.

JOSHI JUBERT, Ujala.
1995. «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico ilícito de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fase II.

KUHLEN, Lotar.
1993. «Umweltstrafrecht auf der Suche einer neue Dogmatik». En: ZStW N° 105.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel.
1999. Jurisprudencia del proceso penal sumario. Lima, Grijley.

LACKNER, Karl.
2001. En: Lackner/Kühl. StGB mit Erläuterungen. 24ª ed. München, C.H. Beck.

LATTANZI, Giorgio, Ernesto LUPO.
2000. Codice penale. Ressegna di giurisprudenza e di dottrina. Vol. VI. Milano, Giuffrè.

LAURENZO COPELLO, Patricia.
1992. El resultado en DP. Valencia, Tirant lo Blanch.

LAURENZO COPELLO, Patricia.
1999. «El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». En: El DP español de fin de siglo y el DP latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo. Bogotá.

LAURENZO COPELLO, Patricia.
1999. Dolo y conocimiento. Valencia, Tirant lo Blanch.

LEMKE, Michael.
2001. En: Nomos Kommentar zum StGB. T. I. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

LEONE, Giovanni.
1963. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. Buenos Aires, EJEA.

LEONI, Michele.
1998. Il nuovo reato di abuso d'ufficio. Padova, Cedam.

LINARES, Juan Francisco.
1970. Razonabilidad de las Leyes. Buenos Aires, Astrea.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.
1993. Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo III. Madrid, Akal.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.
1996. Autoría y participación. Madrid, Akal.

LOPEZ GARRIDO, Diego, Mercedes GARCÍA ARÁN.
1996. El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario. Madrid, Eurojuris.

LÓPEZ PEREGRIN, Mª Carmen.
1997. La complicidad en el delito. Valencia, Tirant lo Blanch.

LÜDERSSEN, Klaus.
1993. «Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?». En: Bollinger/Lautmann. Vom Guten, das noch stets das ßöse schafft. Frankfurt

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.
1995. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: Silva Sánchez, Jesús-María (ed). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Barcelona, J.M. Bosch.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.
1996. Curso de Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid, Universitas.

MAGGIORE, Giuseppe.
1972. Derecho penal. Parte especial. Bogotá, Temis.

MAIER, Julio.
1996. Derecho procesal penal. T. I. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

MANES, Vittorio.
2000. «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública». En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 02.

MANZINI, Vincenzo.
1951. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Buenos Aires, EJEA

MANZINI, Vincenzo.
1953. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Buenos Aires, EJEA.

MANZINI, Vincenzo.
1961. Tratado de Derecho Penal. Tomo 9. Buenos Aires, Ediar.

MANZINI, Vincenzo.
1952. Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires, EJEA.

MAPELLI CAFFARENA, Borja.
1998. «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal». En: Revista Penal. Barcelona, Praxis.

MAQUEDA ABREU, María Luisa.
1992. Los delitos de propia mano. Madrid, Civitas.

MAQUEDA ABREU, María Luisa.
1994. «La idea de peligro en el moderno DP». En: AP.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos.
1998. DP económico. PG. Valencia, Tirant lo Blanch.

MARXEN, Klaus.
1975. Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Berlin, Duncker und Humblot.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel.
1996. «El principio *non bis in idem* de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados». En: Revista Poder Judicial. N° 41-42. Madrid.

MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL, Heinz ZIPF.
1995. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Astrea.

MEINI MENDEZ, Iván.
1999. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, Fondo Editorial PUCP.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina.
1993. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid, UCM.

MIR PUIG, Carlos.
2000. Los delitos contra la administración pública. Barcelona, José María Bosch Editor.

MIR PUIG, Santiago.
1990. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU.

MIR PUIG, Santiago.
1998. Manual de Derecho Penal. Parte General. 5ª edición. Barcelona, PPU.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.
1997. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, Bosch.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.
1999. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, Bosch.

MIXÁN MASS, Florencio.
1982. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Trujillo, Ankor.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario.
1995. Delitos contra la administración pública. Medellín, Dike.

MONTAÑEZ PARDO, Miguel Ángel.
1999. La presunción de inocencia. Pamplona, Aranzadi.

MONTERO AROCA, Juan.
1999. La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, Juan, Alberto MONTÓN REDONDO, Manuel ORTELLS RAMOS, Juan Luis GÓMEZ COLOMER.
1997. Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, Juan.
1983. «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba». Madrid, Rev. Poder Judicial, N° 7.

MONTERO AROCA, Juan.
1995. «Los privilegios en el proceso penal». En: Revista Poder Judicial. 2° Época. N° 39. Madrid.

MONTERO AROCA, Juan.
1997. Principios del proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

MONTOYA, Mario Daniel.
1998. Informantes y Técnicas de investigación encubiertas. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.

MORÁLES GARCÍA, Oscar.
1999. Los delitos de malversación. Barcelona, J.M. Bosch.

MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA.
1999. «Del tráfico de influencias». En: Quintero Olivares, Gonzalo (Director). Comentarios a la parte especial del Derecho penal. Pamplona, Aranzadi.

MORALES PRATS, Fermín y otros.
1999. Comentarios a la parte especial del Derecho penal. Navarra, Aranzadi.

MORENO CATENA, Víctor y otros.
2000. El Proceso Penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

MORENO CATENA, Víctor.
1999. «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español». En: Ferre Olive, Juan Carlos y otro (ed.). Delincuencia Organizada. Universidad de Huelva.

MORENO-TORRES HERRERA, Mª Rosa.
1999. Tentativa de delito y delito irreal. Valencia, Tirant lo Blanch.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo y, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.
1994. «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias». En: Comentarios a la Legislación Penal, XVI. Madrid, Edersa.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo.
2000. En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Compendio de Derecho Penal español. Parte Especial. Madrid, Marcial Pons.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.
2001. Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian.
1995. «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts». En: Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt, Peter Lang.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN.
2000. Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco.
1999. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En: Quintero Olivares, Gonzalo y Enrique Anarte Borrallo (eds). Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones.

MUÑOZ CONDE, Francisco.
1999. Derecho penal. Parte especial. 12ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch. (11ª ed. 1996)

MUÑOZ CONDE, Francisco.
1991. «Revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada» En: Los nuevos delitos de tráfico de influencias. Apéndice a la 8ª edición del Manual de Derecho penal - Parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch.

NIETO MARTÍN, Adán.
2000. El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona, Atelier.

NOGUERA RAMOS, Iván.
2000. Tratado de los medios de defensa en el derecho procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica.

NOVAK TALAVERA, Fabián.
1994. «Los tratados y la Constitución peruana de 1993». En: Agenda Internacional. N° 2.

NUÑES, Ricardo.
1974. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial. T. 7. Nuenos Aires, Lerner.

NÚÑEZ, Ricardo C.
1978. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Córdoba/Buenos Aires, Lerner.

OLAIZOLA NOGALES, Inés.
1999. El delito de cohecho. Valencia, Tirant lo blanch.

OLIVERA PRADO, Mario.
1999. Relaciones peligrosas. Legislación desinstitucionalizador y corrupción en el Perú. Lima, IDL.

ORÉ GUARDIA, Arsenio.
1999. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Alternativas.

ORTECHO VILLENA, Victor Julio.
1992. Juicio Político y procesos a funcionarios. Trujillo, Ed. Libertad EIRL.

ORTS BERENGUER, Enrique, Inmaculada VALEIGE ALVAREZ.
1996. «Del tráfico de influencias». En: Vives Antón, Tomás Salvador. Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen. II. Valencia, Tirant lo Blanch.

ORTS BERENGUER, Enrique.
1999. «Delitos contra la Administración Pública II». En: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Director). Derecho penal. Parte especial. 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch.

OTTO.
1983. «Rapport national». En: RIDP.

PANIAGUA CORAZO, Valentín.
1995. ¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político? La Constitución de 1993. Tomo II. Lima, Comisión Andina de Juristas.

PAREDES PÉREZ, Jorge Martín. P
1995. Para conocer el Código Penal. Lima, Grijley.

PAZ RUBIO, José María y otros.
1999. La prueba en el proceso penal. Madrid, Colex.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros.
2000. Derecho procesal penal. T. I. Madrid, Colex.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto.
1985. Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español. Madrid, Trivium.

PEÑA CABRERA, Raúl, Luis FRANCIA ARIAS.
1993. Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Ediciones Jurídicas.

PEÑA CABRERA, Raúl.
1977. Derecho penal peruano. Parte General. Lima, S/Ed.

PEÑA CABRERA, Raúl.
1990. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV. Lima, Sagitario.

PEÑA CABRERA, Raúl.
1992. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I. Lima, Ediciones Jurídicas.

PEÑA CABRERA, Raúl.
1999. Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General. 1ª reimp. de la 3ª ed. Lima, Grijley.

PEÑA CABRERA, Raúl.
1999. Tratado de Derecho penal. Parte General. Lima, Grijley.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús.
1995. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Gustavo Ibañez.

PÉREZ MANZANO, Mercedes.
2002. La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*. Valencia, Tirant lo Blanch.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, Cristina PLÁ NAVARRO.
2000. Comentarios al Código Penal. Madrid, Erersa.

PIZARRO BELEZA, Teresa.
1995. «La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad *versus* dominio del hecho?». En: Silva Sánchez, Jesús María (ed). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona, Bosch.

POLAINO NAVARRETE, Miguel.
1997. «Delitos contra la administración pública». En: Cobo del Rosal, Manuel. Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II. Madrid, Marcial Pons.

POMARÓN BAGÜES, José Manuel.
1984. «El video como prueba». Madrid. Rev. La Ley, N° 4.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.
1989. «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos». En: CPC N° 39.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.
1997. «Asociaciones ilegales». En: Cobo del Rosal, Manuel (dir). Curso de DP español. PE. T. II. Madrid, Marcial Pons.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan.
1997. Delitos contra la administración pública. 2ª edición. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan.
1997. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Lima, Ed. Jdca. Portocarrero.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor.
1996. Todo sobre el Código Penal. Vol. I y II. Lima, IDEMSA.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor.
1999. Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Lima, Palestra.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor.
2000. Las consecuencias jurídicas del delito. Lima, Gaceta Jurídica.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor.
1993. Comentarios al CP de 1991. Lima, Alternativas.

PRATS CANUT, Josep Miquel, MORÁN MORA, Carolina.
2001. En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir). Comentarios al nuevo Código Penal. Navarra, Aranzadi.

PRITZL, Rupert F.J.
2000. Corrupción y rentismo en América Latina. Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires, CIEDLA.

PUPPE, Ingerborg.
1992. Vorzatz und Zurechnung. Heidelberg.

QUINTANA DIEZ,
2000. En: Comentarios al Código Penal. Tomo III. Madrid, Edersa.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.
1972. Tratado de la parte especial del Derecho penal. Tomo II. Madrid, Reus.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director).
1999. Manual de Derecho penal Parte general. Pamplona, Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.
1974. Los delitos especiales y la teoría de la participación. Barcelona, Cymys.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.
1999. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita». En: Quintero Olivares, Gonzalo y Enrique Anarte Borrallo (eds). Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.
1999. Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 2ª edición. Pamplona, Aranzadi.

QUISPE FARFÁN, Fany Soledad.
2001. El derecho a la presunción de inocencia. Lima, Palestra.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón.
1999. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, Bosch.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón.
1996. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo». En: ADPCP.

RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador.
2000. El principio *ne bis in idem* en el ámbito tributario. Madrid, Marcial Pons.

RAMOS BOHORQUEZ, Miguel.
1995. Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal. Lima, Berrio.

RAMOS MENDEZ.
1991. El proceso penal. Lectura constitucional. Barcelona, Bosch.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada.
2000. El delito de prevaricación judicial. Valencia, Tirant lo Blanch.

RANIERI, Silvio.
1975. Manual de Derecho Penal. T. II. Bogotá, Temis.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro.
2001. «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?». En: Ius et Veritas, N° 23.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio.
2000. «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales». En: Revista de Derecho Político. Madrid, UNED, N° 48-49.

REBOLLO VARGAS, Rafael.
1996. La revelación de secretos e informaciones por funcionario público. Barcelona, Cedecs.

RETA, Adela, Ofelia GREZZI.
1999. Código Penal de la República Oriental del Uruguay. 5ª ed. Montevideo, FCU.

RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana.
1994. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema. Lima, IDEMSA.

REV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.
1995. T. 231. Trujillo, Normas Legales.

REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto.
2000. El interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch.

REYES ALVARADO, Yesid.
1997. «La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito». En: CDJP N° 6.

RIBEIRO DE FARIA, Paula.
2001. «Abuso de poder». En: Figueiredo Dias, Jorge. Comentario conimbricense do CP. PE. T. III. Coimbra, Coimbra ed.

RICARDO CALDERON, Grover.
1992. CP. Lima, AFA.

RIVERA PAZ, Carlos, Miguel TALAVERA ROSPIGLIOSI.
1991. «Terrorismo. Terror, bandas armadas y CP». En: Series Penales. N° 1. Lima, IDL.

RIVES SEVA, Pablo.
1996. La prueba en el proceso penal. Navarra, Aranzadi.

ROCA AGAPITO, Luis.
1999. El delito de malversación de caudales públicos. Barcelona, J.M. Bosch 1999

RODRÍGUEZ DEVESA, José María.
1994. DP Español. PE. Madrid, Dykinson.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo.
2000. Derechos fundamentales y garantías en el proceso penal. Granada, Comares.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás.
2000. «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción» En: Fabián Caparros, Eduardo (coor). Salamanca, Ratiolegis.

RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando.
1999. «Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIII. Fascículo I.

RODRÍGUEZ MESA, María José.
2000. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos. Granada, Comares.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa.
1994. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, UCM.

RODRIGUEZ PUERTAS, María José.
1999. El delito de cohecho; problemática jurídico - penal del soborno de funcionarios. Pamplona, Aranzadi.

RODRÍGUEZ SOL, Luis.
1998. Registro domiciliario y prueba ilícita. Granada, Comares.

ROJAS VARGAS, Fidel.
1999. Jurisprudencia Penal Comentada. T. I. Lima, Gaceta Jurídica.

ROJAS VARGAS, Fidel.
1999. Jurisprudencia procesal penal. T. II. Lima, Gaceta Jurídica.

ROJAS VARGAS, Fidel.
2001. Delitos contra la Administración Pública. 2ª edición. Lima, Grijley (1ª ed. 1999)

ROJAS VARGAS, Fidel.
1997. Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Lima, Grijley.

ROJJASI PELLA, Carmen.
1997. Ejecutorias Supremas Penales. Lima, Legrima.

ROMANO, Mario.
1999. I delitti contro la pubblica amministrazione. Milano, Giuffrè.

RONCALLA VALDIVIA, Lino.
1984. Jurisprudencia en materia procesal penal. Lima, SESATOR.

ROSE-ACKERMAN, Susan.
2001. «Corrupción: causas, consecuencias y remedios». En: I Conferencia Nacional Anticorrupción. Lima, Proética.

ROXIN, Claus.
1997. Derecho Penal. Parte General. T. I. 2ª ed. Madrid, Civitas.

ROXIN, Claus.
1999. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones.

ROXIN, Claus.
2000. Autoría y dominio del hecho en DP. 7ª ed. Madrid - Barcelona, Marcial Pons.

ROXIN, Claus.
2000. Täterschaft und Tatherrschaft. 7ª ed. Berlin-New York, Walter de Gruyter.

ROXIN, Claus.
StGB. Leipziger Kommentar

ROXIN, Claus.
2000. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

ROXÍN, Claus.
2000. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (La protección de la persona en el Derecho procesal penal Alemán). Valencia, Tirant lo Blanch.

ROY FREYRE, Luis.
1986. Derecho Penal. Parte Especial. T. I. 2ª ed. Lima, Eddili.

RUBIO CORREA, Marcial.
1999. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima, PUCP.

RUIZ VADILLO, Enrique.
1997. El DP sustantivo y el proceso penal. Madrid, Colex.

RUSSO, Vincenzo.
1999. Il «nuovo» abuso di ufficio e gli altri reati contra la pubblica amministrazione. Napoli, Juvene ed.

SAAVEDRA MACEDA, Temístocles.
2001. «Atentado contra la institucionalidad jurídica». En: Diario Correo. Lima, viernes 28 de diciembre.

SAN MARTÍN CASTRO, César y Dino Carlos CARO CORIA.
2000. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Lima, Grijley.

SAN MARTÍN CASTRO, César.
1999. Derecho Procesal Penal. Tomos I y II. Lima, Grijley.

SAN MARTÍN CASTRO, César.
2001. «Delito socio económico y proceso penal». En: Revista ADVOCATUS. N° 4. Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César.
2001. «Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En: Salmón, Elizabeth (ed). La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Lima, PUCP.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel.
1999. El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Universidad de Valladolid.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.
2000. «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica "trascendencia"». En: RPDJP 1.

SANCHÍS CRESPO, Carolina.
1999. La prueba por soportes informáticos. Valencia, Tirant lo Blanch.

SANCINETTI, Marcelo.
1994. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268. 2 CP-. Buenos Aires, Ad-hoc.

SANCINETTI, Marcelo.
1995. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del CP argentino. En: Maier, Julio B.J., Alberto Binder (comps). El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

SANTA CRUZ, Julio César.
2000. Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal. Inédito. Lima.

SANTANA VEGA, Dulce-María.
2000. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid, Dikynson

SCHLÜCHTER, Ellen.
2000. Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

SCHÜNEMANN, Bernd.
1991. «¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?». En: Jornadas sobre la «reforma del DP en Alemania». Madrid, CGPJ.

SEGRETO, Antonio, Gaetano DE LUCA.
1999. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. 3ª ed. Milano, Giuffrè.

SEONAE SPIELGERBERG, José Luis.
1996. «Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas». En: Actualidad Penal. N° 20. Madrid.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel.
1963. Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamiento Urbano. Barcelona, Nauta.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso.
1999. Derecho Penal. Parte Especial. 4ª ed. Madrid, Dykinson.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón.
1999. Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal. Lima, Gráfica Horizonte.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Ujala JOSHI JUBERT.
Dictamen emitido a petición del abogado Dr. Julio Rodríguez Delgado, y que fuera presentado por la defensa del Sr. Manuel Delgado Parker.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.
1999. La expansión del DP. Madrid, Civitas

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María.
2000. «La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico - penal del objeto de la acción». En: Estudios de Derecho Penal, Lima, Grijley.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.
1992. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Barcelona, J.M. Bosch.

SOLA RECHE, Esteban.
1996. La llamada «tentativa inidónea» de delito. Granada, Comares.

SOLER, Sebastián.
1983. DP argentino. 9ª reimpresión. T. IV. Buenos Aires, T.E.A.

SOLER, Sebastián.
1978. Derecho Penal argentino. Vol V. 8ª Reimp. De la 3ª ed. De la Parte Especial. Buenos Aires, Tea.

STRATENWERTH, Günter.
1982. Derecho Penal. Parte General I. 2ª edición. Madrid, Edersa.

SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J.
2001. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En: Silva Sánchez, Jesús María y Carlos J. Suárez Gonzáles. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública. Lima, Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales (Biblioteca de Autores Extranjeros 7)

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto.
1998. El debido proceso penal. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia.

TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, Joaquín
1997. La valoración de la prueba en la sentencia. En: Romero Casabona, Carlos María (editor). Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución. ¿ciudad? Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna.

TARAMONA, José R.
1982. Compendio de Ejecutorias Supremas. Lima, JAMSE Editores.

TERADILLOS BASOCO, Juan.
1985. Delitos de peligro y criminalidad económica, Jerez, inédito.

TERRADILLOS BASOCO, Juan.
1995. Derecho Penal de la Empresa, Madrid, Ed. Trotta.

TERRADILLOS BASOCO, Juan.
2001. Empresa y Derecho penal. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.

TIEDEMANN, Klaus.
1985. Poder económico y delito. Barcelona, Ariel.

TIEDEMANN, Klaus.
1999. «Indemnidad, Inmunidad y Acusación de Funcionarios». En: Revista de Derecho Procesal. N° 1. Madrid.

TIRADO, José Antonio.
1996. «Inmunidad parlamentaria y derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega». En: IUS ET VERITAS. Año VII. Número 12. Lima.

TOME GARCÍA, José Antonio y otros.
1993. Derecho Procesal Penal, Ed. Ceura, Madrid.

TORÍO LÓPEZ, A.
1981. «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid.

TORRES HERNÁNDEZ, María Elena.
2000. «El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional». En: Rev. La Ley. Año XXI. Número 5070. Madrid.

TORRES MORATO, Miguel y otro.
2000. La prueba ilícita penal. Aranzadi, Navarra 2000

ÜBERHOFEN, Michael.
1999. Korruption und Bestechungs-delikte im staatlichen Bereich. Freiburg i. Br., Iuscrim.

ÜBERHOFEN, Michael.
1997. La Corrupción en el derecho comparado. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA.

URQUIZO OLAECHEA, José.
2000. El principio de legalidad. Lima, Gráfica Horizonte.

VALEIJE, Inmaculada.
1995. El tratamiento penal de la corrupción de funcionario: el delito de cohecho. Madrid, Edersa.

VALEIJE, Inmaculada.
1997. «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"». En: CPC N° 62.

VEGAS TORRES, Jaime.
1993. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid, La Ley.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.
2000. «Los criterios de determinación de la pena en el 2000. Código Penal peruano de 1991». Ponencia presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Penal. Lima, inédita, ítem III.C.3.

VILLA STEIN, Javier.
1997. Derecho Penal. Parte Especial. T. I-A. Lima, San Marcos.

VILLA STEIN, Javier.
1998. Derecho Penal. Parte General. Lima, San Marcos.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
1990. Lecciones de Derecho Penal. Lima, Ed. Cuzco.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
2001. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lima, PUCP/IDEI.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
2001. Código penal comentado. Lima, Grijley.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
Informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de tráfico de influencias y en el delito de asociación ilícita en contra del señor Manuel Delgado Parker

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
1997. Código Penal. 2ª ed. Lima, Grijley.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord).
1996. Comentarios al CP de 1995. Vol. II. Valencia, Tirant lo Blanch.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros.
1991. Derecho Penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch.

VOGEL, Joachim.
1994. «Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico Alemán». En: Arroyo Zapatero, Luis y Klaus Tiedemann (ed). Estudios de Derecho Penal Económico. Cuenca, Ed. Universidad de Castilla La Mancha.

WAGNER, Heinz.
1975. Amtsverbrechen. Berlin, Duncker & Humblot.

WELZEL, Hans.
1976. Derecho Penal alemán. Parte General. 12ª edición. Santiago de Chile, Ed. Jdca. de Chile.

WESSELS, Johannes.
1980. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Depalma.

WITT, Elder.
1995. La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales. México, Gernika.

YON RUESTA, Roger.
2000. «El Juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes». En: Derecho N° 53.

ZAVALA LOAYZA, Carlos.
1947. El proceso penal y sus problemas. Lima. UNMSM..

ZIFFER, Patricia.
1993. «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena». En: Determinación judicial de la pena. Buenos Aires, Ad-hoc.

ZIFFER, Patricia.
1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ad-hoc.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura.
2001. Política criminal. Barcelona, Colex.