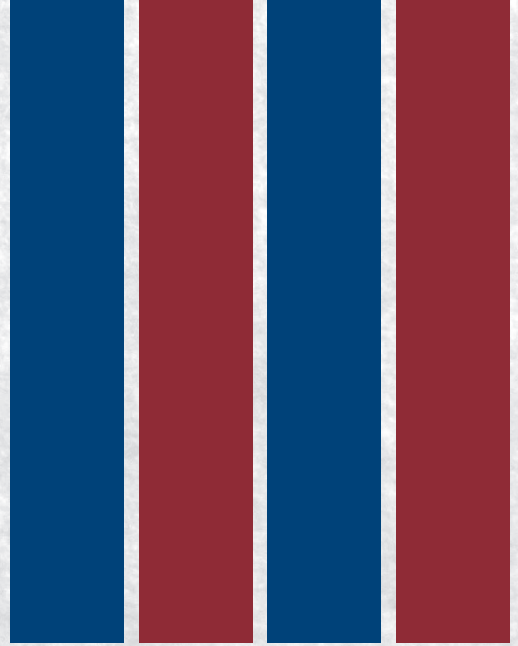




# **Compendio jurisprudencial sistematizado**

**Prevención de la  
corrupción y justicia penal**



# **Compendio jurisprudencial sistematizado**

**Prevención de la  
corrupción y justicia penal**

**Compendio jurisprudencial sistematizado:  
Prevención de la corrupción y justicia penal**

Primera edición (500 ejemplares)  
Lima, Perú  
Julio de 2014

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-09433

**Editor**

Erick Guimaray Mori

**Autores**

Julio Alberto Rodríguez Vásquez  
David Ricardo Torres Pachas  
Ana Carolina Navas Bustamante  
Yvana Lucía Novoa Curich

**Corrección de estilo**

Rocío Reátegui

**Diseño y diagramación**

Jorge Kajatt

**Impresión**

GRÁFICA DELVI S. R. L.  
Av. Petit Thouars 2009, Lima 14 - Perú  
Teléfono: (511) 471-7744

© **Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2014**

Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú  
Teléfonos: (511) 261-5859 / 461-3433  
[www.idehpucp.pucp.edu.pe](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe)

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de esta publicación por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

|                                                                                   |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>ABREVIATURAS</b>                                                               | <b>9</b>  |
| <b>PRESENTACIÓN</b>                                                               | <b>11</b> |
| <b>ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR</b>                                                | <b>13</b> |
| <b>ABUSO DE AUTORIDAD</b>                                                         | <b>15</b> |
| 1. Bien jurídico                                                                  | 15        |
| 2. Tipicidad de la conducta                                                       | 15        |
| 3. Sistema concursal                                                              | 17        |
| 4. Valoración de la prueba                                                        | 18        |
| <b>ANTEJUICIO Y JUICIO CONSTITUCIONAL</b>                                         | <b>19</b> |
| 1. Debido proceso en sede parlamentaria                                           | 19        |
| 2. Diferencias entre el antejuicio y el juicio constitucional                     | 20        |
| 3. Antejuicio político e independencia del Poder Judicial y el Ministerio Público | 23        |
| 4. Diferencias entre el antejuicio y la indemnidad parlamentaria                  | 24        |
| 5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional                        | 25        |
| 6. Infracción constitucional y su determinación                                   | 27        |
| 7. Inhabilitación política                                                        | 29        |
| 8. Suspensión de plazo de prescripción de acción penal                            | 31        |
| <b>AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN</b>                                                    | <b>33</b> |
| 1. Autoría                                                                        | 33        |
| 2. Coautoría                                                                      | 39        |
| 3. Complicidad                                                                    | 40        |
| <b>BIEN JURÍDICO GENÉRICO</b>                                                     | <b>45</b> |
| <b>COHECHOS</b>                                                                   | <b>47</b> |
| COHECHO PASIVO PROPIO                                                             | 47        |
| 1. Bien jurídico                                                                  | 47        |
| 2. Tipicidad de la conducta                                                       | 47        |
| 3. Consumación                                                                    | 51        |
| 4. Valoración de la prueba                                                        | 52        |

|                                         |           |
|-----------------------------------------|-----------|
| COHECHO PASIVO IMPROPIO                 | 52        |
| 1. Bien jurídico                        | 52        |
| 2. Tipicidad de la conducta             | 54        |
| 3. Problemas concursales                | 58        |
| 4. Consumación                          | 58        |
| 5. Valoración de la prueba              | 58        |
| COHECHO ACTIVO GENÉRICO                 | 59        |
| 1. Bien jurídico                        | 59        |
| 2. Tipicidad de la conducta             | 59        |
| 3. Consumación                          | 61        |
| 4. Valoración de la prueba              | 62        |
| <b>CONCUSIÓN</b>                        | <b>63</b> |
| 1. Bien jurídico                        | 63        |
| 2. Tipicidad de la conducta             | 63        |
| 3. Consumación                          | 64        |
| <b>CONFESIÓN SINCERA</b>                | <b>67</b> |
| <b>COLUSIÓN DESLEAL</b>                 | <b>69</b> |
| 1. Bien jurídico                        | 69        |
| 2. Tipicidad de la conducta             | 70        |
| 3. Consumación                          | 81        |
| 4. Sistema concursal                    | 81        |
| 5. Valoración de la prueba              | 82        |
| <b>DETERMINACIÓN DE LA PENA</b>         | <b>85</b> |
| <b>ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO</b>          | <b>87</b> |
| 1. Bien jurídico                        | 87        |
| 2. Tipicidad de la conducta             | 87        |
| 3. Sistema concursal                    | 89        |
| 4. Consumación                          | 90        |
| 5. Valoración de la prueba              | 91        |
| <b>EXACCIÓN ILEGAL - COBRO INDEBIDO</b> | <b>93</b> |
| 1. Tipicidad de la conducta             | 93        |
| <b>INHABILITACIÓN</b>                   | <b>95</b> |
| 1. Concepto                             | 95        |

|                                                      |    |
|------------------------------------------------------|----|
| 2. Relación con el delito cometido                   | 95 |
| 3. Inhabilitación de ejercer cargo o función pública | 95 |
| 4. Ejecución de la inhabilitación                    | 97 |

## **INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN**

**99**

### **LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL**

**101**

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Interés constitucionalmente protegido                     | 101 |
| 2. Mandato constitucional                                    | 102 |
| 3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción | 103 |

### **MALVERSACIÓN DE FONDOS**

**105**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 105 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 105 |
| 3. Sistema concursal        | 108 |
| 4. Consumación              | 109 |
| 5. Prescripción             | 109 |
| 6. Valoración de la prueba  | 109 |

### **NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

**111**

### **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

**113**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 113 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 113 |
| 3. Sistema concursal        | 118 |
| 4. Consumación              | 118 |
| 5. Prescripción             | 118 |
| 6. Valoración de la prueba  | 119 |

### **OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONARIALES**

**121**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 121 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 121 |
| 3. Valoración de la prueba  | 122 |

### **PATROCINIO ILEGAL**

**123**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 123 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 123 |
| 3. Consumación              | 126 |

|                                                                                                |                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| <b>PECULADO</b>                                                                                | <b>129</b>     |
| 1. Bien jurídico                                                                               | 129            |
| 2. Tipicidad de la conducta                                                                    | 130            |
| 3. Sistema concursal                                                                           | 144            |
| 4. Consumación                                                                                 | 144            |
| 5. Reparación civil                                                                            | 146            |
| 6. Inhabilitación                                                                              | 146            |
| 7. Prescripción                                                                                | 147            |
| 8. Valoración de la prueba                                                                     | 148            |
| <br><b>PRESCRIPCIÓN</b>                                                                        | <br><b>151</b> |
| 1. Concepto                                                                                    | 151            |
| 2. Cómputo del plazo de prescripción                                                           | 151            |
| 3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario                                            | 152            |
| 4. Duplica del plazo de prescripción                                                           | 152            |
| 5. Plazo de prescripción en caso de extraneus                                                  | 154            |
| 6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción                                         | 154            |
| <br><b>PRUEBA DOCUMENTAL</b>                                                                   | <br><b>157</b> |
| 1. Registro de inspecciones laborales                                                          | 157            |
| 2. Documentos videográficos y audiográficos                                                    | 157            |
| <br><b>PRUEBA PERICIAL</b>                                                                     | <br><b>159</b> |
| 1. Elementos                                                                                   | 159            |
| 2. Valoración judicial                                                                         | 159            |
| 3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones                                           | 159            |
| 4. Informes de la Contraloría de la República                                                  | 160            |
| <br><b>PRUEBA POR INDICIOS</b>                                                                 | <br><b>163</b> |
| 1. Concepto                                                                                    | 163            |
| 2. Requisitos                                                                                  | 163            |
| 3. Clasificación de los indicios                                                               | 164            |
| 4. Uso y valoración                                                                            | 165            |
| 5. Prueba por indicios en los procesos penales<br>por delitos contra la Administración pública | 167            |
| <br><b>PRUEBA PROHIBIDA</b>                                                                    | <br><b>169</b> |
| 1. Definición                                                                                  | 169            |
| 2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida                                                    | 169            |
| 3. Prueba prohibida como derecho fundamental                                                   | 171            |



|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| 4. Prueba prohibida y violación de derechos fundamentales | 171 |
| 5. Declaración obtenida mediante violencia                | 171 |
| 6. Validez de prueba incorporada de forma irregular       | 172 |
| 7. Efectos: inutilización y exclusión                     | 173 |
| 8. Excepciones a la prueba prohibida                      | 173 |

## **PRUEBA TESTIMONIAL 177**

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 1. Declaraciones del coimputado | 177 |
| 2. Declaraciones del agraviado  | 178 |

## **REPARACIÓN CIVIL 179**

## **TRÁFICO DE INFLUENCIAS 183**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 183 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 184 |
| 3. Consumación              | 189 |
| 4. Valoración de la prueba  | 191 |

## **USURPACIÓN DE FUNCIONES 193**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1. Bien jurídico            | 193 |
| 2. Tipicidad de la conducta | 193 |

## **ÍNDICE TEMÁTICO 195**



# ABREVIATURAS

|        |                                                                                                   |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AA     | proceso de amparo                                                                                 |
| AI     | proceso de inconstitucionalidad                                                                   |
| AV     | antes visto por la Corte Suprema de Justicia                                                      |
| CJ-116 | concordancia jurisprudencial con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial            |
| CP     | Código Penal                                                                                      |
| CSJL   | Corte Superior de Justicia de Lima                                                                |
| ESV-22 | ejecutoria suprema vinculante de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial |
| Exp.   | expediente                                                                                        |
| HC     | proceso de hábeas corpus                                                                          |
| p.     | página                                                                                            |
| PA     | proceso de amparo                                                                                 |
| PCC    | proceso de conflicto competencial                                                                 |
| p.ej.  | por ejemplo                                                                                       |
| PHC    | proceso de hábeas corpus                                                                          |
| PI     | proceso de inconstitucionalidad                                                                   |
| pp.    | páginas                                                                                           |
| R. N.  | recurso de nulidad                                                                                |
| R. Q.  | recurso de queja                                                                                  |
| sic    | así fue escrito                                                                                   |
| SPE    | Sala Penal Especial                                                                               |
| ss.    | siguientes                                                                                        |
| TC     | Tribunal Constitucional del Perú                                                                  |
| vgr.   | verbigracia                                                                                       |



El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), con el apoyo de la Fundación para una Sociedad Abierta (OSF), tiene como una de sus principales líneas de investigación y ejecución de programas al fenómeno jurídico-social de la corrupción. Y, específicamente, este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO en materia de delitos contra la Administración pública es el resultado de un trabajo académico y práctico relacionado con la prevención, el control y la sanción de conductas penalmente relevantes que ponen en peligro, o lesionan efectivamente, la naturaleza prestacional de los recursos y servicios con los que cuenta el Estado para cumplir sus fines constitucionales.

Con este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO se intenta abarcar, cualitativamente, los principales argumentos, premisas, definiciones y valoraciones que nuestra judicatura realiza respecto de los principales conceptos que definen el marco normativo-penal que resguarda a la Administración pública.

De esta manera, conscientes de que el sistema jurídico anticorrupción se compone de una serie de medidas incluso ajenas al derecho penal, este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO abarca, con un índice de búsqueda alfabético, la definición jurisprudencial de los principales comportamientos típicos contra la Administración pública como el delito de colusión, peculado, malversación o cohecho. Sin embargo, además del análisis penal de cada tipo, también se recogen las tesis más importantes usadas por nuestra judicatura respecto de una serie de figuras jurídicas de la parte general del derecho penal como, por ejemplo, la autoría y la participación, el dolo y la culpa, la tentativa del delito, el sistema concursal o la prescripción penal y reparación civil. Del mismo modo, y con el objetivo de presentar un estudio integral, en esta obra se recogen las posturas doctrinales más rigurosas que el Tribunal Constitucional aplica respecto de la «interpretación y aplicación de los tratados internacionales contra la corrupción», así como las que acoge para describir el sistema jurídico global de anticorrupción como, por ejemplo, la función congresal sancionadora, y los procesos políticos respectivos, sobre hechos de corrupción realizados por parlamentarios. Por último, y como no podría ser de otro modo, la materia procesal penal, con especial atención en la Teoría de la Prueba en delitos de corrupción, cierra el propósito de sistematización meticulosa al que esta obra apunta.

Este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO es resultado del trabajo en equipo del Área Anticorrupción del IDEHPUCP, cuyos integrantes se encargaron de hacer una búsqueda exhaustiva de sentencias judiciales que pudieran sistematizarse para esta publicación. En este mismo sentido, queremos agradecer a quienes componen el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, pues tuvieron la amabilidad de brindarnos un banco de jurisprudencias sobre delitos de corrupción que fueron de mucha ayuda para concretar este trabajo.

La importancia de contar con un sistema judicial fortalecido con herramientas que le permitan enfrentar los casos de corrupción, cada vez más complejos y peligrosos, anima esta iniciativa académica, cuyo objetivo principal es constituirse en una de aquellas herramientas.

**Erick Guimaray Mori**

Editor

# ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR

El COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO: PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL está ordenado alfabéticamente, a partir de lemas y sublemas del derecho penal, procesal penal, derecho constitucional y derecho internacional relacionados con la prevención de la corrupción. A efectos del empleo adecuado de esta herramienta, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

## **Fuentes:**

Sentencias del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de la República, Cortes Superiores, Acuerdos Plenarios y Plenos Jurisdiccionales.

**Lemas:** (van en mayúsculas sobre fondo guinda al inicio de página impar)

Son figuras o términos jurídicos concretos ordenados alfabéticamente. Como regla general, se ha priorizado el elemento determinante del término.

**Sublemas:** (van en color guinda y son precedidas por un número)

Recogen un aspecto o desarrollo aplicativo de un lema específico. Los sublemas dentro de un lema están ordenados en razón de importancia, de lo más general a lo más específico.

## **Extracto jurisprudencial:**

Los extractos jurisprudenciales están dentro de los lemas, y recogen una cita de la jurisprudencia que defina o desarrolle el lema y, en algunas ocasiones, el sublema. En su mayoría son textos literales de la jurisprudencia, aunque en algunas ocasiones han sido editados con el objetivo de desarrollar mejor el criterio del tribunal.

## **Datos de identificación:**

El tipo, la fecha y el número del expediente, recurso, queja, acuerdo o pleno jurisdiccional están registrados en los datos de identificación. Los datos de identificación estarán en paréntesis y al final de cada extracto jurisprudencial. Se registrarán de forma resumida de acuerdo con las abreviaturas de este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO.





## 1. Bien jurídico

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

«Que, el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera». (Exp. 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998)

## 2. Tipicidad de la conducta

### *Sujeto activo*

«Los presupuestos legales que exige el tipo penal descrito por el numeral 376 del Código Penal, requieren que el sujeto activo no solo sea funcionario público, sino que se encuentre investido de autoridad y ejerza funciones públicas». (Exp. 335-95, Ejecutoria Suprema emitida el 17 de setiembre de 1998)

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

### **Relación con el cargo**

«Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública, y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente». (R. N. 2240-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de agosto de 2003)

«Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar in *fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia». (Exp. 20-2003-A.V., Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

### **Elementos del tipo**

«Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir, que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...] Cabe acotar que no es un acto arbitrario la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión». (R. Q. 17-2013, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de julio de 2013)

### 3. Sistema concursal

#### ***Carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad***

«El delito de abuso de autoridad genérico es un tipo legal subsidiario —tiene lugar en tanto el acto concreto cometido por el funcionario público no esté previsto específicamente en otra figura penal cometida por funcionarios, carácter subsidiario que está dado por la naturaleza objetiva de la ilegalidad cometida—, en cuya virtud se debe realizar en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

#### ***Diferencia con el delito de usurpación de autoridad***

«El funcionario público que abusando de sus funciones ordene o cometa un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro o haga mal uso de su función comete delito de abuso de autoridad. El delito de usurpación de autoridad consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública, esto es, que se asuma o ejerza funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente». (Exp. 1971-92, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de mayo de 1993)

#### ***Diferencia con el delito de excesos en la facultad de mando (artículo 139 del CJMP)***

«[...] es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376 el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad “común” (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad “militar” (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino solo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función». (Exp. 02284-2007-HC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 2 de setiembre de 2008)

#### **4. Valoración de la prueba**

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

# ANTEJUICIO Y JUICIO CONSTITUCIONAL

## 1. Debido proceso en sede parlamentaria

### ***Debido proceso***

«Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales [...] su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), tribunales arbitrales, etc.» (Exp. 7289-2005, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2006)

«Este Tribunal tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales [...] las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las persona [...].» (Exp. 6149-2006, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 11 de diciembre de 2006)

### ***Garantía al proceso previamente establecido***

«Que, el artículo 10 de la Ley 25398 prescribe que las anomalías, entiéndase irregularidades, o vicio de procedimiento, que pudieran presentarse dentro de un proceso regular debe ventilarse y resolverse dentro del mismo proceso interponiendo el interesado los recursos impugnativos respectivos. Un proceso regular adquiere la calidad de irregular solo cuando se afecta al debido proceso que se manifiesta en el caso que no se cumplan normas de procedimiento o instituciones procesales estrictamente de nivel constitucional o mediante el incumplimiento o aplicación de ciertas leyes

que afectan el derecho procesal constitucional anotado; en consecuencia, la inobservancia de procedimientos previamente establecidos en la ley o los denominados vicios procesales de nivel legal deben resolverse según el caso en la instancia legislativa, tratándose por ejemplo del Antejjuicio o Juicio Político [...]». (Exp. 568-1996, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de junio de 1998)

### ***Garantía al juez imparcial e independiente***

«Tal hecho podría considerarse un indicio de que, en el procedimiento de acusación constitucional, se haya vulnerado el derecho a un juez (parlamentario) “independiente” e “imparcial”. Tal impresión, sin embargo, desaparece, no bien se repara en que el acuerdo en virtud del cual se mostró conformidad en que había mérito en que se denunciase al actor por diversos ilícitos penales, se aprobó en un órgano colegiado, donde confluyen tanto representantes de la mayoría como de la minoría, con cincuenta y tres votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones. Tal carácter de la votación, desde luego, desvanece cualquier indicio de abuso de poder legislativo en contra del recurrente». (Exp. 1230-2002-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 20 de junio de 2002)

## **2. Diferencias entre el antejjuicio y el juicio constitucional**

### ***Coexistencia de dos instituciones distintas: antejjuicio y juicio constitucional***

«Que en segundo lugar, y en lo que respecta al procedimiento utilizado por el Congreso de la República para aplicar la sanción de destitución al demandante, este Colegiado entiende como premisa general, que nuestra Constitución Política vigente, a diferencia de anteriores Constituciones, no ha consagrado única y exclusivamente la institución del llamado “Antejjuicio Constitucional”, como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, sino que a su vez ha reconocido la existencia de un auténtico “Juicio Político”, que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que privativamente está investido el Congreso, en los casos específicos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial [...] por consiguiente y si coexisten en nuestro ordenamiento ambos institutos, “Antejjuicio Constitucional” y “Juicio Político”, pueden presentarse en la práctica hasta tres variables: a) Puede haber casos en los que el Congreso de la República, sin estimar que hubo infracción a la Constitución empero si la comisión de delitos por

parte de funcionarios de alto rango, disponga ponerlos a disposición del Fiscal de la Nación con el objeto de que este último formule denuncia ante la Corte Suprema, quien a su vez resolverá sobre su juzgamiento o, en su caso, sanción, b) Puede haber casos en los que el Congreso, sin estimar que hubo conductas de tipo penal por parte de los altos funcionarios, quienes por tanto no se encuentran en condición de sometimiento a la vía penal, les imponga empero, sanciones de suspensión, inhabilitación o destitución, tras haber infringido la Norma Fundamental, y c) Puede haber casos en los que el Congreso de la República, además de sancionar a aquellos funcionarios de primer nivel, por infringir la Constitución, disponga concurrentemente y como consecuencia de haberse determinado su responsabilidad penal, se les ponga a disposición del Fiscal de la Nación a efectos de promover la denuncia correspondiente en la vía judicial penal». (Exp. 340-98-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 1998)

### **Antejuicio**

«Del privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99 de la Constitución).

En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.

En ese sentido, en el antejuicio solo cabe formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99 de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que “[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política [...]”». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

### ***Juicio político por infracción constitucional***

«Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, no solo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados



en su artículo 99, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro”. (BROUSSARD, Paulo. *O impeachment*. Segunda edición. Sao Paulo: Saraiva, 1992, p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que «se lo denomina juicio “político” [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado». (BIDART, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1986, p. 612).

Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

### **3. Antejudio político e independencia del Poder Judicial y el Ministerio Público**

«Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejudio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100 de la Constitución. El primer párrafo establece: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”. Por su parte, el tercero prevé: “Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el

Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

#### **4. Diferencias entre el antejjuicio y la indemnidad parlamentaria**

«Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93 de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

[...] entre la prerrogativa funcional del antejjuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93, 161 y 201 de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejjuicio (artículo 99), no todos los que son titulares de esta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93), la prerrogativa funcional de antejjuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan solo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de “mera apariencia penal”.

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera solo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16 del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89 del Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93 de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99 constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia solo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99 de la Constitución.

Sin embargo, independientemente de las distancias existentes en la configuración propia de cada institución, en lo que atañe al privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, tanto el procedimiento regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso (levantamiento de la inmunidad parlamentaria) como el regulado en el artículo 89 de la misma norma (antejuicio político), tienen un objeto sustancialmente análogo; a saber, la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

## **5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional**

«Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de

destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional [...] no obstante la consideración precedente y tomando en cuenta lo que aparece de los autos, es incuestionable que en el presente caso el Congreso de la República no ha ejercido la potestad de destitución dentro de circunstancias inciertas o carentes de motivación, sino como consecuencia de la existencia de actos, que a su juicio y a entender de lo que aparece objetivamente en la Norma Fundamental, se presentan como infracciones a su texto». (Exp. 340-98-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 1998)

«Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado.

En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible solo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad [...] como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales». (Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005).

«Que, en ese sentido, el procedimiento de acusación constitucional mediante el cual se realiza el antejuicio político culmina con la expedición

de la resolución legislativa en la cual conste el acuerdo del Pleno del Congreso de haber lugar a formación de causa o no. Dicho procedimiento puede ser sometido a revisión si se ha vulnerado alguno de los derechos constitucionales que comprende el debido proceso; sin embargo, el supuesto daño se convierte en irreparable si el dignatario denunciado pierde la prerrogativa funcional antes señalada y es sometido a la jurisdicción penal. En tal caso, se debe observar la independencia de dicho órgano en el ejercicio de su función jurisdiccional, conforme al mandato constitucional contenido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, dispone que “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”». (Exp. 05312-2006-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de noviembre de 2006)

## 6. Infracción constitucional y su determinación

«[...] nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado a sancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción —en caso de su incumplimiento— por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. [...] es posible advertir en nuestra Carta Fundamental diversos supuestos prohibidos por el constituyente y que son pasibles de generar —en caso de ser violados por los funcionarios señalados en el artículo 99 de la Constitución— un juicio político por infracción constitucional. En esa línea, con ánimo ilustrativo, podemos considerar como conductas generadoras de infracción constitucional las siguientes:

*En el ámbito de los deberes hacia el Estado y la Nación (Título II, Capítulo I de la Constitución)*

- La rebelión o sedición cometida por determinada autoridad al arrogarse el poder del Estado que emana del pueblo (artículo 45 de la Constitución).
- La obediencia a un gobierno usurpador y la obediencia a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes (artículo 46 de la Constitución).

*En el ámbito del régimen tributario y presupuestal (Título III, capítulo IV de la Constitución)*

- La expedición de un decreto de Urgencia que contenga materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).
- La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (artículo 75 de la Constitución).
- La aprobación de la Ley Anual de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo 78 de la Constitución).
- La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 79 de la Constitución).
- La negativa de remisión de la Cuenta General de la República dentro del plazo señalado en el artículo 81 de la constitución (conducta que también se encuentra tipificada como delito en el artículo 377 del Código Penal).

*En el ámbito de la estructura del Estado: Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I de la Constitución)*

- El desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión parlamentaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (artículo 92 de la Constitución).
- La disposición del ingreso de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (artículo 98 de la Constitución).

*En el ámbito de la estructura del Estado: Consejo de Ministros (Título IV, Capítulo V de la Constitución)*

- La Gestión, por parte de un ministro, de intereses propios o de terceros, así como el ejercicio de actividad lucrativa, o de intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (artículo 126 de la Constitución).
- El desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado (artículo 127 de la Constitución).
- La no concurrencia, por parte de todos o alguno de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos (artículo 131 de la Constitución).

*En el ámbito de un régimen de excepción (Título IV, Capítulo VII de la Constitución)*

- La renuencia de dimisión en el cargo de ministro, a pesar de haberse aprobado el voto de censura o no haberse obtenido el voto de confianza (artículo 132 de la Constitución).
- El decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (artículo 137 de la Constitución).

En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículos 99 y 100 de la Constitución, sino también por el artículo 102 inciso 2 de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe hacer una tarea de subsunción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso». (Exp. 3593-2006-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 4 de diciembre de 2006)

## 7. Inhabilitación política

### **Concepto**

«En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. [...] la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos competidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que solo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado».

(Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005)

### ***Alcances***

«La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.

Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público “hasta por diez años” (artículo 100 de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos». (Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005)

### ***Diferencia con inhabilitación judicial***

«[...] está inhabilitado para ejercer toda función pública durante diez años, computables a partir del día siguiente a la publicación de la referida norma legal. Dicha inhabilitación es consecuencia de un juicio político y es distinta de la inhabilitación judicial. La primera opera por decisión del Congreso de la República y tiene los efectos de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública. La segunda es consecuencia de una sentencia judicial que suspende el ejercicio de la ciudadanía, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Política del Perú». (Exp. 2791-2005-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2005)



## 8. Suspensión de plazo de prescripción de acción penal

«La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84 del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. En tal sentido, puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales. Se puede considerar, también, la prerrogativa del antejuicio». (Exp. 4118-2004-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)



# AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

## 1. Autoría

### *Teoría de la infracción del deber*

«Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio de autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros —denominados delitos de dominio—. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —características intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios o servidores públicos». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«En los delitos de infracción de deber, por el contrario, la figura central es el definido en el tipo como obligado por el deber extra-penal, cuya infracción es el elemento principal de la ilicitud, de manera tal que el único que puede ser autor es el obligado especial. De esta manera en los delitos de infracción de deber, el hecho principal, al cual se deben referir las acciones de participación es la conducta infractora del deber del sujeto especialmente obligado. Por tanto, autor será quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber». (Exp. 085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de enero de 2011)

«El autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su

ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«[...] constituye un delito de *“infracción de deber”*, cuyo fundamento de la responsabilidad penal subyace no en el dominio sobre el riesgo típico, sino en la infracción de deberes especiales positivos, deber de garante de los funcionarios o servidores en virtud de responsabilidad institucional o *“incumbencia institucional”* o deberes en virtud de una *“competencia institucional”*, pues dichos deberes especiales, atribuciones, funciones o competencias funcionales no se encuentran al interior del tipo penal, sino en *“normas extrapenales”*, constituyendo así los deberes especiales extrapenales. En efecto, las funciones de los funcionarios y servidores públicos no solo se encuentran formalmente reconocidas en la normatividad pertinente, sino que están vinculadas a la tutela penal y control o vigilancia del correcto funcionamiento de la administración, custodia o salvaguarda de los caudales o efectos públicos que le han sido confiados en razón de su cargo o competencia funcional». (Exp. 00111-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos el 5 de diciembre de 2011)

«[...] los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de *“infracción de deber”*, que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc. *“Relaciones extra penales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento —con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial— explica la existencia del delito de infracción de deber”*». (R. N. 2065-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de octubre de 2009)

«[...] tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano con el correspondiente deber negativo de *“neminem laedere”* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional, siendo

evidente, por las razones anteriormente anotadas, que los procesados han defraudado las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurriendo en responsabilidad penal». (R. N. 4098-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2011)

### ***Teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico***

«Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate [...] Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, Tema 5, Acuerdo Primero)

«En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116)

«[...] La calidad de funcionario o servidor público ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

### ***Autoría***

«El funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el

vínculo funcional con el objeto». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«El artículo 40 de la Constitución Política del Estado, rige únicamente para fines 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 comenten en el manejo de fondos públicos, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica». (Exp. 251-98, Ejecutoria Suprema del 3 de agosto de 1998)

«En los delitos especiales propios e impropios, solo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un intraneus y un extraneus dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo de 11 de diciembre de 2004)

«Es admisible que el sujeto cualificado (intraneus) pueda ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular en la medida que el intraneus o sujeto calificado, tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004).

### **Concepto de funcionario público**

«Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo esta una norma de reenvío.

Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.

Así, la norma citada comprende como funcionario o servidor público:

*Artículo 425.- [...] 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier*

*naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas actividades u organismos [...]*

Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

«Es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que este tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación». (Exp. 1556-96, Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 1998)

«Funcionario público es toda persona que en virtud de designación o investidura otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público». (Exp. 429-96, sentencia emitida por el 43 Juzgado Penal de Lima el 29 de mayo de 1998)

«[...] que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos [...]». (Exp. 032-2006, sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente del 7 de enero de 2010)

«Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado». (R. N. 1923-2012, Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2013)

### ***Funcionario de facto***

«Que, el acusado Vladimiro Montesinos Torres, en el caso que es materia de examen tiene la condición de autor del delito por el cual se le juzgó, por cuanto, detentó la administración de hecho de fondos públicos, supuesto que por lo demás ha sido recogido por la doctrina al señalar que “Sujeto activo de este delito puede ser también el “funcionario de hecho” y el funcionario incompetente [...]” (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Volumen III: «Delitos en particular». Bogotá: Temis, 1995, p. 162), por su parte el Tratadista Argentino Sebastián Soler señala que: “[...] si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal [...] en consecuencia, la sustracción que aquel ejecute es peculado” (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, tomo V, pp. 203-204); y en dicha condición ejecutó el hecho punible». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«Este Colegiado y la Suprema Corte de la República, (aun cuando existe debate en la doctrina) ya han establecido que resulta plenamente admisible que esa condición de facto sea asumida por Montesinos Torres, como custodio y administrador de los dineros públicos ingresa dentro del tipo penal contemplado por el artículo 387 del C. P. [...], puesto que el requerimiento legal no está circunscrito a una formal y legal competencia de administrador o custodio, sino más bien de manera amplia a la posibilidad cierta, real y concreta de disponibilidad que tenga un funcionario, respecto de bienes públicos, vale decir que la responsabilidad no gira en torno a la atribución legal formal que tiene el funcionario, sino que sin discriminar la condición legal únicamente se refiere al funcionario que por el cargo que ejerce (de derecho o de facto administre fondos públicos), pues no hace distinción expresa la norma penal por lo que no cabe al interpretar la ley se haga distinciones donde la ley no las hace, razón por la que esta vinculación alcanza inclusive a la relación de hecho que existe entre el funcionario y el patrimonio estatal». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)



«Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal». (Exp. 2758-2004-HC/TC, sentencia del 23 de noviembre de 2004)

«El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor». (R. N. 1813-2003, sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de noviembre de 2003)

### ***Funcionario electo***

«Que este accionar delictivo del procesado en cuanto al cohecho pasivo propio, se ve aún más agravado por cuanto, conforme al texto expreso del artículo noventitrés de la Constitución Política del Estado que había jurado cumplir, los Congresistas tienen derecho al antejuicio **“desde que son elegidos”**, significándose con ello, que también desde aquel momento de su elección tienen las obligaciones recíprocas a ese derecho, como lo es el de emitir sus votos sin estar sujetos a ningún mandato imperativo; y que en el presente caso se refleja en haberlos emitido bajo la presión del vil dinero; es decir, por un mero móvil de lucro, antes que del interés de la Nación a la que quedó obligado luego de su juramento». (Exp. 06-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero de 2003)

## **2. Coautoría**

«Cuarto: Que, en el nuevo juicio oral el tribunal superior debe tener en cuenta que en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: (a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; (b) una división de funciones y (c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello; que para establecer la concurrencia del dolo en la

conducta de los imputados y determinar si eran conscientes o no de que estaban contribuyendo a la realización del tipo legal previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, debe recurrirse a la prueba indiciaria o circunstancial, utilizar el criterio basado en las características y conocimientos especiales que tenían los sujetos, y la posición que ocupaban dentro de la organización del Estado, ligados a los hechos juzgados, que tengan trascendencia para la imputación del conocimiento». (R. N. 3181-2009, Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 18 de octubre de 2010)

### 3. Complicidad

#### ***Unidad del título de imputación***

«Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”.

Esta posición, sostiene lo siguiente:

- A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación [...] Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias).

«[...] la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo *nomen juris* delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada [...]». (R. N. 3203-2000, Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2003)

«No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices —sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó—, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«Entender al autor como aquella persona que contribuye voluntariamente en la realización del hecho mediante actos de favorecimiento, cooperación e inclusive incentivando o induciendo al autor material. Esta forma de establecer el grado de participación de cada acusado, se sustenta en que si un particular (*extraneus*) participa en el delito cometido por el funcionario (*intraneus*), este habrá de responder por su participación delictiva en relación con el delito realmente ejecutado. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal.

[...] La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho». (Exp. A.V. 11-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] que será forzoso mantener la unidad del título de imputación, ya que el hecho realizado solo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece su ejecución, pues, de lo contrario, habría que

declarar su impunidad. Ante la alternativa de considerar al extraño impune o calificarle como partícipe del delito especial, la justicia material y la estructura técnica de la institución de la participación imponen se opte por la segunda solución». (Exp. 098-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de diciembre de 2010)

«[...] en caso un particular (*extraneus*) auxilie a un funcionario público (*intraneus*) en los delitos contra la Administración Pública, se puede incluir al partícipe en el tipo especial ya que la condición especial de ser funcionario público es comunicable; y concluyen en que dicho precepto consagra la accesoriidad limitada.

Así, la responsabilidad penal de los autores serían perfectamente comunicable a los partícipes. Dicho de otro modo, si la calidad del funcionario público en los delitos especiales propios es su fundamento, este sería perfectamente comunicable a interviniente que no ostente dicha calidad, como en el caso de autos donde el sujeto portador de la calidad especial es el padre, siendo los extraños no cualificados la esposa y los hijos aquí mencionados». (Exp. 098-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de diciembre de 2010)

«[...] en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriidad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado». (R. N. 1813-2003, Sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de noviembre de 2003)

«Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la “accesoriidad de la participación”, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas “*extraneus*” que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación.

Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo». (R. N. 375-2004, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2004)

«Conforme al modelo de delito de infracción de deber, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no solo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *extraneus*». (Exp. 099-2009, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 25 de enero de 2011)



# BIEN JURÍDICO GENÉRICO

«La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública” [...] Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39 de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores) [...] A su vez, no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«[...] no todos los delitos comprendidos allí (capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales) tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo con el correcto funcionamiento de la administración pública [...]». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010)

«Al respecto debemos precisar lo siguiente: a) es importante tener presente que si bien el merecimiento de la pena a una conducta delictiva es una condición necesaria para imponer una pena a un caso concreto; sin embargo, es insuficiente pues resulta necesario además que la pena sea útil y reporte a la sociedad y al condenado un beneficio respecto a la conservación de los bienes jurídicos y la estabilidad normativa; b) en ese sentido, es importante verificar si en el caso de autos es necesario recurrir a la pena privativa de libertad efectiva para proteger y asegurar el bien

jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública y si la pena efectiva va a lograr los fines de prevención especial con la sentenciada, esto es, rehabilitarla y reinsertarla en la sociedad, más de lo que podría lugar una pena suspendida [...]». (R. N. 3293-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

«Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado [...]». (R. N. 1336-2012. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 10 de enero de 2013).

«Que en los delitos contra la Administración Pública, como es el caso de autos, el bien jurídico protegido dentro de este rubro es la recta funcionabilidad de la Administración Pública, por ello el sujeto pasivo por excelencia es el Estado o sus organismos autónomos o dependientes de este [...]». (R. N. 668-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de junio de 2008)



## COHECHO PASIVO PROPIO

### 1. Bien jurídico

«[...] el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos [...]». (R. N. 1406-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de marzo de 2008)

«El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

«La ubicación sistemática de la infracción punible en el rubro de los delitos cometidos por funcionarios públicos es trascendente, pues definen su ámbito de aplicación. Así, el bien jurídico protegido —para los delitos de cohecho— lo constituye el correcto funcionamiento del desempeño funcional del agente público». (R. N. 943-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de junio de 2010)

### 2. Tipicidad de la conducta

#### *Sujeto activo y pasivo*

«El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función.

Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores)». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

### ***Conducta típica***

«[...] que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término “aceptar”, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario». (R. N. 1091-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de marzo de 2005)

«Que, el delito de Corrupción de Funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto indebido». (R. N. 88-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

«El cohecho propio castiga a la autoridad o funcionario que, en provecho propio o de un 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 constitutivas de delito. Es necesario destacar que el acto no tiene por qué ser necesariamente, constitutivo de delito contra la Administración Pública, basta que sea una actividad delictiva realizada en el ejercicio del cargo». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«Según Fidel Rojas, los comportamientos típicos previstos en el artículo 393 integran tres supuestos de hecho de ilicitud penal:

- a) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto en violación de sus obligaciones;
- b) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones y;
- c) Aceptar donativos, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Cada supuesto, a su vez, comprende diversas modalidades específicas de comisión delictiva». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

«El delito de cohecho pasivo propio requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal (infracción de deberes funcionales), en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido —el funcionario debe pretender violar sus deberes o debe haberlos violado a través de un acto cualquiera». (Exp. 5134-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de abril de 2007)

«Que el delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de Cohecho Pasivo Propio, recoge: **a)** la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del código Penal, referida a “aceptar” o “recibir” donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (extraneus); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto intraneus (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta

que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) hacen confluír sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; **b)** la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector “solicitar”, el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y **c)** la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal “condicionar”, supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución [...]». (R. N. 2667-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2011)

«Asimismo, se omitió considerar que el delito materia de estudio, conforme a la imputación fiscal, es uno de encuentro, en tanto desde dicha tesis se presentó un comportamiento de cohecho activo y pasivo, lo cual amerita un pronunciamiento del persecutor del delito». (R. N. 636-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de julio de 2012)

«Que, a manera de introducción es menester precisar que el delito de *cohecho pasivo propio* previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, tiene como verbo rector aceptar, recibir o solicitar, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a sus deberes [...]». (R. N. 1728-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 21 de julio de 2011)

«[...] es del caso indicar que el elemento objetivo que sanciona el delito de cohecho pasivo impropio se encuentra referido a que el sujeto activo —funcionario o servidor público— solicite, directamente o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, por tanto, es obvio que un defensor público puede efectuar tan cuestionable conducta, toda vez que su labor se encuentra dirigida al asesoramiento jurídico gratuito a las personas de

escasos recursos económicos, por lo que, la solicitud de dinero resulta ser un acto reñido a su función, no importando el ardid o argumento utilizado para concretar tal hecho, en consecuencia, no existe fundamento alguno para conceder el presente recurso de casación». (Exp. 125-2011, sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 11 de octubre de 2011)

### ***Delito de mera actividad y de resultado***

«La viabilidad de esta apreciación jurídica a título de complicidad primaria se sostiene en la doble estructura del delito de cohecho pasivo propio, esto es, tanto como uno de mera actividad, amparado en los supuestos “de aceptar promesa o cualquier otra ventaja o beneficio” —supuesto que no admite participación alguna—, como uno de resultado, al castigarse el “recibir donativo, o cualquier otra ventaja o beneficio” —que consiente perfectamente la complicidad— [...]». (R. N. 35-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de marzo de 2012)

## **3. Consumación**

«La consumación se produce con la mera solicitud de una actuación administrativa que sea contraria al ordenamiento jurídico, incluyéndose en esa denominación los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«Que, el delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, se configura, cuando el agente —funcionario o servidor público— solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado —en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez— consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar, al “acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio”, no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que como se ha dicho puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones, —a su vez, el profesor Fidel Rojas Vargas considera que “el comportamiento activo de solicitar [implica que] el

delito se consume con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja”—, por lo que, esta modalidad delictiva no admite la tentativa». (R. N. 4130-2008, Ejecutoria Suprema del 29 de enero de 2010)

#### **4. Valoración de la prueba**

«[...] que esa falta de uniformidad, contradicciones sustanciales de los relatos entre sí y falta de concreción en las afirmaciones a la que se opone la versión exculpatorio de los acusados imputados, afecta la credibilidad de las declaraciones, pues no es posible que existan posiciones opuestas sobre un mismo acontecimiento, proveniente de las mismas personas y en diferentes lapsos de tiempo, lo que impide formar convencimiento pleno de culpabilidad por la comisión del delito de cohecho pasivo propio, en tanto en cuanto, no genera seguridad e irrefutable solidez para sustentar una sentencia condenatoria; que esta situación excluyente de certeza beneficia a los acusados como garantía en la culminación del debido proceso, no porque se haya demostrado que sean inocentes, sino por respeto a las garantías constitucionales [...] que estas circunstancias preexistentes a la denuncia por delito de cohecho pasivo propio son suficientes para restar credibilidad a las declaraciones por la presencia de un móvil espurio, pues en el momento de hacer la denuncia existió un resentimiento notorio de Marcelino Pablo Quispe Fernández hacia los inculpadados por las intervenciones que realizaron en su domicilio donde se halló estupefacientes, por la detención de sus familiares y la de él, en posesión de drogas; Sexto: Que, desde esa óptica procesal, las declaraciones testimoniales no tienen la entidad suficiente para generar certeza judicial de culpabilidad de los acusados Miguel Antonio Aguirre Venturi, Carlos Vicente Guevara Taboada y Fernando Luis Dávila Rodríguez, pues, estando a lo expuesto, carecen de credibilidad y, además, no han sido corroboradas con otros elementos de prueba, más aún si son contradictorias entre sí y se colige la presencia de un móvil espurio en la incriminación». (R. N. 1294-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de setiembre de 2011)

### **COHECHO PASIVO IMPROPIO**

#### **1. Bien jurídico**

«El bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. Mientras que respecto al bien jurídico específico, en la doctrina se han planteado hasta tres posiciones:

- 1) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.
- 2) Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, pues sus decisiones deben adoptarse sin interferencias.
- 3) Tutelar los actos de oficio de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

De lo que se advierte que las posiciones referidas resumen visiones distintas del bien jurídico específico que pretende tutelar el tipo penal. [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2011, p. 486]. Considerando este colegiado que el bien jurídico específico tutelado en este tipo penal está referido no solo a la tutela de los deberes que nacen del cargo o función, sino también a cautelar el principio de imparcialidad en el cumplimiento de las funciones de los sujetos públicos». (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El bien jurídico tutelado es el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública a través de la rectitud, honestidad y probidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes. También es afectada la lealtad y el respeto a la Administración Pública por parte del otro partícipe necesario de la infracción, que es el cohechante [sic]. Asimismo, se reprime la venalidad [...] del servidor público, porque su sola existencia constituye la amenaza para el funcionamiento normal de la Administración, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que no interesa tanto la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa de cualquier tipo, incluso honorífica (ejemplo, condecoración), que se convierte en el móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es, en esencia, distinto. [...] el derecho penal no puede plantearse como objetivo la protección de la administración pública como mera organización, pues tal consideración convertiría a esta en un fin, dejando de ser lo que es, un medio o instrumento necesario para alcanzar fines sociales». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

## 2. Tipicidad de la conducta

### **Sujeto activo**

«Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, el cual debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. De modo que si el funcionario actúa como particular o no se halla el medio corruptor vinculado con los actos de función que le son inherentes, habrá insuficiencia de tipicidad objetivo-normativa por cohecho pasivo. [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 702].

No puede ser sujeto activo del delito cualquier funcionario público, sino solo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones. El tipo penal de cohecho solo se refiere al funcionario que actúa directamente. El elemento funcionario no existe cuando el sujeto todavía no ha asumido el cargo o ya no lo posee. [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 427-428.]. (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohechado [sic] es el funcionario público que por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva (dones o presentes) o aceptar una oferta o promesa, se compromete a hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones [...] Para ser sujeto activo de cohecho es necesario que el acto comprado esté sometido a la competencia del funcionario o servidor público que lo va a llevar a cabo, caso contrario podrá ubicarse en cualquier otra figura delictiva pero nunca en cohecho». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

### **Conducta típica**

«El tipo penal recoge diversas conductas o comportamientos típicos analizando el aplicable al caso: “aceptar o recibir donativo para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

#### **A. Los verbos rectores: “aceptar o recibir”**

El verbo rector “recibir” se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. Por tanto, el hecho punible se configura cuando el funcionario o servidor público con la finalidad específica de realizar un acto sin quebrantar sus deberes al interior de la administración pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (sea otro funcionario o un particular), un donativo o cualquier otra ventaja indebida. Es un delito de



mera actividad. El aceptar es una modalidad tradicional de “cohecho” que implica, en principio, admitir una promesa de recibir algo para el futuro. Se refiere tanto a una entrega inmediata de un bien, como a la promesa de un cumplimiento futuro. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como “recibir”, o sea, entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes). La aceptación no requiere de ninguna formalidad propia del Derecho civil; también hay aceptación cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente (en caso de que el acto funcional no sea favorable al interesado), pues también allí se ha consumado el pacto venal. En la modalidad de aceptar (bienes o promesas) usualmente habrá una convergencia de voluntades entre el funcionario-vendedor y el particular-comprador; pero, en el caso de que la iniciativa provenga de este último, puede resultar discutible si tal convergencia debe consistir en una identidad para que exista el cohecho pasivo del primero”. [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 431-432] [...]

#### B. El medio corruptor: “donativo”

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresa una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc. [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2011, p. 484]. [...]

#### C. “Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación”

Se trata de actos comisivos o de acción, la norma penal no contempla la modalidad omisiva, pues ella ya está incorporada en la tipicidad del cohecho pasivo por omisión (artículo 393), al ser una conducta violatoria de obligaciones. El comportamiento finalístico [sic] consistente en la posibilidad vinculante de practicar un acto propio del cargo o empleo, esto es que corresponda al normal y regular ejercicio de funciones o servicios del funcionario o servidor público, es derivado de otro comportamiento previo y de mayor relevancia penal: solicitar o aceptar donativo, promesa o ventaja.

Acto propio del cargo es el que por ley, reglamento o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública. El acto propio del cargo puede ser único o múltiple, estar expresamente reglado o hallarse sujeto a la actividad discrecional del sujeto público. Sin faltar a su obligación alude a la posibilidad negada que los actos propios del cargo practicados o por practicar, del sujeto activo del delito puedan generar una infracción o menoscabo a sus roles especiales, circunstancia bajo la cual se configuraría cohecho pasivo propio. La frase sin faltar a su obligación se constituye así en el límite del cohecho pasivo impropio y define el marco reglado de deberes que deberá observar siempre el sujeto público en el ejercicio de sus atribuciones. No se requiere que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto en función, pero sí necesariamente que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el mecanismo corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas por parte del sujeto público». (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohecho pasivo consiste en que el sujeto activo del delito que es el funcionario público, acepte o reciba una dádiva, obviamente como un acto posterior a la oferta o promesa realizada por el cohechador [sic] y que además estén dentro de la competencia territorial y material del funcionario, caso contrario, no será sujeto de cohecho [...] El cohecho impropio es aquel que pretende la realización de un acto que no es ilegal, es decir, de un acto justo pero que correspondería realizarlo correctamente y no por dádiva». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

«Que el delito de cohecho activo genérico previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, sanciona al agente que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; que en el caso de autos se aprecia que los hechos incriminados están referidos al comportamiento del encausado [...] quien habría ofrecido y entregado la suma de mil nuevos soles a los efectivos policiales intervinientes a fin de que estos omitan su obligación de detenerlo, debido a la orden de captura que pesaba en su contra». (R. N. 1168-2209, Ejecutoria Suprema del 20 de abril de 2010)

«Que el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo

del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, sostiene DONNA: “El comportamiento *delictivo* [...] se consuma con *la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público*” [DONNA EDGARDO, Alberto. *Delitos contra la Administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 106]». (R. N. 321-2011, Ejecutoria Suprema del 7 de marzo de 2012)

«Que, es más, cuando la referida efectivo policial rindió su declaración en sede policial refirió que en circunstancias que solicitó al imputado su licencia de conducir se la entregó “*aparentemente*” con billetes de diez nuevos soles, declaración que ratificó a nivel de instrucción —véase fojas ocho y noventa y cinco, respectivamente—. *Quinto*: Que, al respecto, la descripción legal del tipo penal contenido en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal exige como verbo rector “ofrecer, dar o prometer”, el mismo que se entiende como la acción de entregar —en el caso concreto determinada suma de dinero a la autoridad policial para que omita un acto legítimo y propio de su cargo. *Sexto*: Que, siendo así, al no haberse acreditado que el encausado ofreció una suma de dinero a la efectivo policial interviniente a cambio de que no le imponga una papeleta por infracción vehicular y, estando a que la actividad probatoria desarrollada por la parte acusadora —Ministerio Público— no ha logrado destruir la presunción de inocencia que la Constitución reconoce a todo justiciable, se concluye válidamente que lo resuelto por el Colegiado se encuentra arreglado a ley [...]». (R. N. 2677-2009, Ejecutoria Suprema del 23 de abril de 2010)

### **Dolo**

«Todas las modalidades que recoge el tipo penal son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público. El dolo supone que el funcionario o servidor público conozca su proceder indebido [y], sin embargo, voluntariamente procede. Solo es posible dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo impropio se materialice por medio de dolo eventual. El agente desde el primer momento sabe y conoce que acepta o recibe la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto al que está obligado a efectuar de acuerdo con sus funciones y atribuciones del cargo o empleo que desempeña al interior de la administración pública». (Exp. 00086-2011-7, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohecho se encuentra dentro de los tipos dolosos porque existe el conocimiento y la voluntad necesarios para el pacto ilícito. Así tenemos que el elemento subjetivo que motiva al funcionario es la oferta o promesa, en tanto que al corruptor le motiva la obtención de un beneficio representado por la realización de un acto o por la abstención de otro». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

### 3. Problemas concursales

«Y es que, en efecto, no puede perderse de perspectiva que, conforme lo puntualiza la Doctrina, *“en el tráfico de influencias el sujeto activo es un “intermediario” entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público [Luego]. En el caso de que se llegue a ofrecer el “beneficio” al funcionario habrá concurso con el “cohecho activo” consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho) lo que, a su vez, resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una “figura [...] de puesta en peligro al bien jurídico administración pública”, y que, en ese sentido, se trata de “un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal”* [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007, p. 800] (R. N. 05-2008-10, Ejecutoria Suprema del 31 de mayo de 2011)

### 4. Consumación

«Este delito se perfecciona por el mero acuerdo o pacto, basta que el agente acepte la promesa o reciba el don o presente, esto es, no se exige que el contenido del acuerdo se ejecute, es decir, que se haga o no alguna cosa en la administración pública». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

### 5. Valoración de la prueba

«Que tales apreciaciones a criterio de este Supremo Tribunal constituyen el hecho base que considerado por sí solo no puede formar parte del delito que se pretende probar, que necesariamente deben estar unidos y acompañados de otros elementos indiciarios que sean plurales y suficientes, con tal fuerza acreditativa de hechos indirectos que concordantes recíprocamente nos hagan inferir la acreditación de la aceptación de una ventaja económica para practicar un acto propio de su cargo o que haga presumir que dicha ventaja también provenía de la comisión de un delito [...]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

## COHECHO ACTIVO GENÉRICO

### 1. Bien jurídico

«El interés o bien jurídico protegido en específico es la regularidad e imparcialidad en la administración de justicia». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

### 2. Tipicidad de la conducta

#### *Sujeto activo*

«Lo primero que aquí cabe precisar es que cuando se habla de cohecho activo no se está haciendo referencia al contenido de la acción, pues el funcionario o servidor público que solicita también realiza un comportamiento activo y, sin embargo, es imputado penalmente a título de corrupción pasiva; sino al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, esto es, el sujeto indeterminado o el abogado o el que forma parte de un estudio de abogados». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

#### *Conducta típica*

«Los comportamiento típicos que configuran las modalidades de cohecho activo específico son ofrece, da, promete o corrompe a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo; o a un secretario, relator, especialista auxiliar, testigo, traductor o intérprete o análogo, con donativos promesas, ventaja o beneficio. El objetivo de dichas acciones típicas es influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del sujeto público. El verbo “ofrece” define una acción de propuesta u ofertamiento [sic] unilateral que en el caso del cohecho activo específico parte de un sujeto indeterminado [...] hacia el sujeto pasivo especificado con el objeto de influir en su decisión. Así, la acción del sujeto activo se vincula con la conducta de tales sujetos pasivos, que en un ámbito de perfecta bilateralidad acepta el medio corruptor en el contexto de la finalidad planteada por el agente [...] En el acto de ofrecer se pone de manifiesto un compromiso de dación o entrega o de prestación que asume el sujeto indeterminado, sin que ello suponga que efectivamente se entrega o concede medio corruptor al sujeto público o a un tercero según la indicación de dicho sujeto, o que este se vea forzado a cumplir o incumplir sus actos funcionales o de servicio [...].

Con el verbo “da” se define una acto de entrega material, por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, lo cual es indicativo de que nos encontramos ante un delito de resultado, en el que no basta el ofrecimiento, es más, no es el ofrecimiento elemento típico de esta modalidad, vista ex post podría considerarse que entregas fallidas hagan radicar en el ofrecimiento o los intentos de entrega, fases de tentativa. Es bueno tomar en cuenta que pese a tratarse de acciones alternativas en determinados casos pueden concurrir tanto una acción de entrega como una de ofrecimiento, como cuando el donativo que el agente “da” es parte de los que debe todavía completar más adelante; o bien se entrega un donativo en dinero, bienes muebles o inmuebles y se pacta en dicho acto (de entrega) o con antelación una ventaja futura consistente, por ejemplo, en ascensos laborales. Aunque el subtipo bajo análisis no prevé la modalidad “promete”, siendo abierta la posibilidad de configurarse, conviene analizarla. Así, a diferencia de las acciones anteriores es un comportamiento dirigido a futuro en cuanto a la concreción del donativo o ventaja. Tal acción supone el pacto o acuerdo establecido entre los sujetos concurrentes en la acción típica [...] de entrega o concesión futura del donativo o ventaja respectivamente y de la recepción, es decir, del negociamiento [sic] que hacen los agentes del acto de función o empleo, al igual que en las anteriores modalidades. La promesa puede jugar aquí el papel de una suerte de condicionamiento colocado a la entrega del donativo o la concesión de la ventaja-beneficio [...] Las tres acciones desvaloradas penalmente en el contexto del cohecho activo (ofrecer, dar o prometer) son de fronteras abiertas, al emplear la norma penal la frase complementaria “bajo cualquier modalidad”, es decir, directa o indirectamente; en este último caso bajo estándares de suficiente inequívocidad [sic] y direccionamiento de la conducta típica, de modo escrito u oralmente. Cuando el subtipo analizado utiliza el verbo corrompe, lo que está haciendo es generalizar una conducta de manera inadecuada, pues igual corrompe el abogado o un tercero cuando “ofrece” que cuando “da” el medio corruptor al funcionario o servidor público [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 741-742 y 523]». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

### ***Ventaja o dádiva***

«[...] Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraciada no son informes, restándole credibilidad; por otro lado, no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el sub oficial de la Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia

del Callao bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroborada con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio [...]». (R. N. 2679-1995, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de marzo de 1997)

### **Dolo**

«El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el sujeto indeterminado. En el caso del comportamiento de los sujetos especiales resulta suficiente el dolo eventual. Así, en el caso del abogado, por tratarse de un sujeto activo especial, bastará verificar que actuó con dolo eventual». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

## **3. Consumación**

«El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo genérico, previsto y sancionado por el artículo 399 del Código Penal, que solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a “comprar” la función pública, no hace falta —aun cuando los incluya— un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la “venta” de la función pública (...).» (R. N 3778-2003, sentencia emitida el 14 de junio de 2004)

«La consumación de esta modalidad de cohecho activo plantea de tal modo la existencia de la bilateralidad del delito. No obstante, dicha bilateralidad no aparecerá si el sujeto público rechaza y desestima el ofrecimiento, lo cual no implica que nos situemos en un ámbito de tentativa del agente, por cuanto en esta modalidad de cohecho activo el tipo es de simple actividad [...], es decir, la negativa del sujeto público no impide que el delito se halle consumado. [...] El delito se consuma, en la modalidad de ofrecer, con la simple actividad de ofrecimiento [...] sin que la no aceptación del funcionario sea de interés para destipificar [sic] el hecho; en cambio, la aceptación del sujeto público activará el concurso con delito de cohecho pasivo específico. En el supuesto de dar, ya se dijo que la consumación requiere de un acto material de entrega por parte del sujeto indeterminado o abogado y de recepción del sujeto público. En el supuesto de la promesa realizada, estamos ante un delito de simple actividad, que supone la concurrencia de dos voluntades: la de prometer y aceptar la promesa, es decir, un pacto de mutuas complacencias. (Exp. 37-2006, sentencia emitida

por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

#### **4. Valoración de la prueba**

«Que el encausado [...] en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y ocho sostiene que no existe elemento probatorio alguno que sustente su condena, pues: i) que si bien se le imputa haber ofrecido al encausado profesor [...] la suma de ochocientos nuevos soles a cambio de que le facilite el recojo de la madera donada a la Institución Educativa Particular número setenta mil cuatrocientos ochenta y siete; sin embargo, el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que dicho encausado (en sede plenarial [sic]) señaló que la persona que le entregó el dinero era flaco y moreno, mas no el encausado [...], quien se desempeñaba como chofer [...]; y ii) la estructura normal del delito de cohecho es que un particular corrompe a un funcionario público para obtener beneficios legales, empero, los Magistrados no han establecido quién es el funcionario corrompido, el cual debe ser sancionado por cohecho pasivo». (R. N 3395-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de octubre de 2011)



## 1. Bien jurídico

«[...] al respecto tenemos que nuestro legislador, en el caso que nos ocupa, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos». (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)

## 2. Tipicidad de la conducta

### ***Sujeto activo***

«El injusto de la naturaleza descrita en el artículo 382 del Código Penal, importa un delito típicamente *funcionarial*, donde la cualidad de autor solo la puede tener aquel que se encuentra revestido de las potestades funcionales». (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)

«Los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público, no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito». (Exp. 6084-97, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de marzo de 1998)

### ***Elementos del tipo***

«[...] este delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene—, despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro». (R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013)

«El delito de concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es “abusar del cargo” para obligar a inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un

beneficio patrimonial». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2006)

«En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta». (Exp. 4050-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2002)

«i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia, ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o, ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones [...], en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otros, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona». (R. N. 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009)

«[...] para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumplen los supuestos objetivos y subjetivos del tipo penal contenido en el artículo ochenta y dos del Código Penal, esto es, que el funcionario o servidor abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, de donde se colige que dicho delito es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona». (R. N. 1433-2007, Ejecutoria Suprema del 3 de marzo de 2008)

### 3. Consumación

«Asimismo, es menester indicar que el referido tipo penal, es un delito de consumación mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas: el de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) y el de concusión mediante inducción o convencimiento, por ello los núcleos rectores, posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos como son: a) obligar a una persona a dar

o prometer y b) inducir a una persona a dar a prometer, por lo que ambas modalidades tienen un sistema de consumación doble. En el primer caso, el delito se consuma en dos momentos distintos al verificarse o producirse la entrega del bien o beneficio mediante compulsión (delito de resultado) o al producirse la promesa (delito de simple actividad). Idéntica situación ocurre en el segundo caso o supuesto típico». (R. N. 3168-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de enero de 2013)



## ***Falta de confesión sincera***

«[...] y el hecho de que no existió una confesión sincera, ya que la asunción de responsabilidad penal durante la sesión de audiencia [...] —posterior al trámite de conclusión anticipada—, fue consecuencia del material probatorio que corroboró su vinculación con el evento criminal, ya que en el curso del proceso se invocó inocencia en los hechos juzgados —manifestación policial [...] y declaración plenaria [...]» (R. N. 3822-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de octubre de 2010)



## 1. Bien jurídico

«[...] es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito [colusión], concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido, constituye un delito de infracción de deber». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«El delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción de deber— cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Conforme lo expresan los tratadistas, el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos. La Corte Suprema de Justicia de la República ha referido que en el Delito de Colusión “[...] dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional [...]”. Y en la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de Diciembre del 2007 se precisa que el bien jurídico protegido en el delito de Colusión “[...] es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber [...]”» (Exp. 34432-2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«Que la colusión desleal prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado cuyo contenido de reprochabilidad [sic] es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real a la administración [...]». (Exp. 79-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de febrero de 2005)

«La eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]. En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384 del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Que, el delito de Colusión previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, para su configuración, debe acreditarse *“el acuerdo clandestino entre dos o más personas para conseguir un fin ilícito, mediante la traición a la confianza o la elusión de la actividad legítima de terceros”*, en el cual el bien jurídico protegido es: el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública [...]». (R. N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009)

## 2. Tipicidad de la conducta

### **Sujeto activo**

«En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Asimismo, consideramos que el tipo penal de colusión es un delito especial propio, porque el círculo de intervención del autor está delimitado al funcionario o servidor público, configurándose además como un delito de infracción de deber porque sus roles funcionales se encuentran previstos en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, etc.). En relación al aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el “Principio de accesoriedad de la participación”, así como la “Teoría de la unidad del título de imputación”, esta última de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)



### ***Conducta típica***

«El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero». (Exp. 027-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de octubre de 2004)

«La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Que, asimismo, se imputa al citado encausado la comisión del delito de colusión desleal, en mérito a la pericia contable [...], por haber hecho adquisiciones directas sin que exista registro de proveedores, solicitudes de cotización, cuadro comparativo ni órdenes de servicio para la adquisición de bienes; que, sin embargo, esas omisiones o deficiencias de la gestión administrativa no tipifican el delito de colusión desleal, por cuanto dicha figura requiere que el alcalde en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio con los interesados determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio patrimonial de la municipalidad, lo que no se ha acreditado de modo alguno; es decir, no obra prueba en autos que revele que las adquisiciones fueron revaluadas o que de otra forma importaron un atentado efectivo o perjuicio al patrimonio municipal». (R. N. 310-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de abril de 2004)

«El delito de colusión sanciona el supuesto según el cual determinado funcionario público CONCERTA, en razón de su cargo, con determinado particular respecto de algún procedimiento de provisión de bienes o servicios en el que el Estado participe como parte. Nótese que el injusto aquí radica en un deber funcional que se expresa justamente en la concertación. Dicho de otro modo, puede que la finalidad de la colusión no se consiga, lo cual en nada niega la inobservancia funcional con contenido penal. La acepción del vocablo “concertar” es: “traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes”. Esto indica que la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. La jurisprudencia suprema al interpretar el tipo penal no ha requerido necesariamente un perjuicio patrimonial efectivo del Estado, sino solo que el acuerdo colusorio ponga

en peligro el patrimonio». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora el 7 de noviembre de 2011)

«La concertación involucra al sujeto activo (funcionario o servidor público) quien abusando de su cargo o comisión encomendada acuerda con particulares a efectos de defraudar al organismo que representa, destacándose que conforme a la Ley 29758 la participación del funcionario o servidor público puede ser “directa o indirectamente”. La Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que “[...] —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”». (Exp. 34432-2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«La acción típica, es la de “consentir en un acuerdo preventivo o resolutorio o en un convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o un tercero que implique la estipulación de ventajas especiales para el agente si el acuerdo, convenio o transacción es apoderado en el juicio concursal. El delito requiere de parte del agente (acreedor), una doble actividad: convenir con el deudor o el tercero ventajas especiales para el caso de la aceptación del acuerdo, convenio o transacción y después prestar su consentimiento válido en el juicio para que este acuerdo, convenio o transacción sea aceptado. En concreto, lo que el agente promete como contraprestación de las ventajas especiales que se le otorgan, es su apoyo para que el acuerdo, convenio o transacción se apruebe”; finalmente dice el autor que “el convenio no exige formalidades de ninguna especie, puede ser escrito o verbal; basta con que se acredite su existencia pero tienen que tener ventajas especiales para su acreedor que va a dar su voto favorable al acuerdo, convenio o transacción, condicionadas a la aceptación de estos en el juicio por parte de la masa de acreedores”». (Exp. 32-2006, sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial de Lima el 7 de enero de 2010)

«Por otro lado, dentro de su estructura típica se exige la presencia de los elementos objetivos “concertación” (acuerdo colusorio) entre el intraneus (funcionario) y los extraneus (interesados) en las distintas modalidad u otras análogas de contratación pública; y la “defraudación” al Estado o entidad u organismo concreto del Estado, así como la vinculación normativa del funcionario con el bien jurídico protegido (deber especial positivo y patrimonio estatal)». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)

«El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. El tipo objetivo del delito de Colusión incorpora en su estructura dos elementos: i) concertación, y ii) la defraudación al Estado o ente público concreto». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«Que, a manera de introducción es menester referir que constituyen elementos configurativos del delito de colusión desleal: a) que el funcionario o servidor público por razón de su cargo o comisión especial intervenga en los actos de contratación, subasta o en cualquier otra operación semejante, b) concertación del agente público con los interesados y c) que su conducta en relación a los momentos de la ejecución-consumación, está así dada, por la concertación dolosa con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado [...]». (R. N. 4012-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2008)

«Que el tipo penal incriminado (colusión: artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal) exige como elemento objetivo que el funcionario o servidor público se concierte con terceros interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros para defraudar al Estado, lo que implica la necesidad de que dichos interesados intervengan, como contrapartes, en el acuerdo colusorio y en la operación defraudatoria al Estado [...]». (R. N. 1295-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de noviembre de 2008)

«[...] que en cuanto al delito de colusión no se advierte la concurrencia de los elementos típicos del citado hecho punible, esto es, que no se evidencia un acuerdo ilícito entre los encausados para aprovecharse económicamente, teniendo su conducta solo connotación administrativa». (R. N. 508-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de abril de 2008)

### **Defraudación**

«Debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente sus recursos públicos». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Que el delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la administración». (Exp. 1480-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de julio de 2004)

«[...] además para su configuración debe darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado, el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio o no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos». (Exp. 20-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Que, sin embargo, el delito de colusión no comprende irregularidades en la formación de Exps. [sic] técnicos o en los términos contractuales ni en el

necesario cumplimiento de los términos del contrato celebrado con un ente público, sino la existencia de una concertación indebida de un funcionario público en beneficio del interesado y a sí mismo, mediante maniobras de engaño, esto es, de manera oculta y con la posibilidad de perjudicar los intereses de la Administración [...]». (R. N. 1342-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de octubre de 2007)

«[...] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...] siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras». (Exp. 1402-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de julio de 2002)

«[...] la defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos». (R. N. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Distintas son las posiciones en la doctrina sobre el fundamento del injusto de los delitos de colusión desleal. La doctrina peruana se encuentra dividida [...] La jurisprudencia nacional se inclina por una posición mixta. Así, se ha dejado establecido que el delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción del deber—, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El delito de colusión exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, de ahí que se trata de un delito de resultado, cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento. En ese contexto, el delito de colusión ilegal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones

o suministros, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado. En ese sentido, el delito de colusión ilegal supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público, que tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional». (Exp. 27-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de setiembre de 2011)

«Que en el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierte con los interesados defraudando al Estado; que en el presente caso el concierto es obvio por la forma y las circunstancias del otorgamiento de la buena pro y, también, de la elaboración y suscripción del contrato; que la defraudación en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso —como una exigencia adicional a la consumación típica que solo requiere peligro potencial— en el presente caso resultó dañado no solo por el hecho de aplicar fondos públicos de modo irregular en un proceso violatorio de la ley, sino especialmente por haberse otorgado la buena pro a una empresa que ofertó un producto a mayor precio que las restantes, sin que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendidas». (R. N. 350-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de julio de 2005)

«En este orden de ideas, en cuanto al término “defraudar”, este ha merecido en la doctrina penal interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento [sic] a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Palestra, 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación, las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. [...] Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición

cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual “Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Que para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil siete, de fecha doce de diciembre de dos mil siete]». (R. N. 215-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de marzo de 2012)

«Que, respecto de la situación jurídica de los encausados Elvia Efigenia Álvarez Vásquez, Carlos Samuel Albújar Navarro y Jorge Gustavo Rocillo Valdez por el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, en primer lugar corresponde precisar que este injusto penal exige que el funcionario público —intrañeo— defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —extrañeo— en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que propiamente

la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la Administración [...]». (R. N. 334-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de junio de 2010)

### **Contexto típico**

«La Sala, [...] encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: “[...] la doctrina remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica”». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«[...]en el tipo penal de Colusión, el acuerdo colusorio puede presentarse en las etapas previas, en la suscripción del contrato e incluso en la etapa de ejecución del contrato [...]». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)

«Por otro lado, es necesario explicar que este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público —que intervenga por razón de su cargo o comisión especial— orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese contexto, no es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria». (R. N. 1318-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de agosto de 2012)

«Que, el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado; en ese sentido, resulta elemento esencial del tipo penal la concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario [...]». (R. N. 320-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de setiembre de 2011)



«Que, el delito de colusión, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al “funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”». (R. N. 4469-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2010)

### ***Infracción de deber***

«Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito, este tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laede*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [JAKOBS, Gunther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1006 ss.]; asimismo, esta exigencia formal —de “funcionario o servidor público”— debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, [GARCÍA CAVERO, Percy. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal». En Percy García Caveró y José Luis Castillo Alva. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008, p. 32] toda vez que su sustento está en el “deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que, para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios efectuaron el acuerdo colusorio y si tuvieron en su ámbito institucional —funcional— la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”». (R. N. 4469-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2010)

«En este sentido, el núcleo rector de este tipo penal es “defraudar al Estado”, entendiéndose esto, como el quebrantamiento del Principio de confianza depositada en el ente funcional, por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público,

asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional». (R. N. 2472-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 2008)

«[...] que, el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se tipifica cuando, *“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga par razón de su cargo a comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”*. En este sentido, lo que se reprime son *“los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados”* [CASTILLO ALVA, José Luis. «Colusión ilegal». En Percy GARCÍA CAVERO y José Luis CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008, p. 78]; asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *“neminem laedere”* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición: Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1006 ss.]. (R. N. 4564-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de marzo de 2008)

### **Dolo**

«Examinados los actuados, existen elementos de prueba razonables que nos permiten colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidencian que los funcionarios públicos procesados cometieron la figura penal de gestión desleal, al haber intervenido en actos contractuales defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegítimamente». (Exp. 992-97, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 1998)

«Del estudio de autos se advierte que, si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de

varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron datos inexistentes; sin embargo, no se ha llegado a acreditar que los procesados en su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con estas a efectos de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia [...]». (Exp. 2916-2000, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de noviembre de 2000)

### 3. Consumación

«Que el delito de Colusión previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal [...] al ser un delito de mera actividad se consumaría con la simple “colusión” o sea con el acto de concertación». (R. N. 3209-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de marzo de 2009)

### 4. Sistema concursal

«[...] los delitos de omisión de funciones y aprovechamiento indebido del cargo son supuestos subsidiarios del delito de colusión, allí donde no se puede probar la concertación. Subsidiariedad que se expresa en conductas omisivas y comitivas respectivamente. Bajo estas consideraciones es importante que, frente a un caso concreto en el que se encuentren involucrados todos estos delitos, se tenga las siguientes consideraciones:

- La colusión es la figura más compleja que, si se verifican sus elementos, debería tener la opción preferencial sobre el resto de figuras delictivas. Esto porque desvalora cabalmente el suceso delictivo a diferencia del resto que tendrían déficit de desvaloración del hecho.

Sin embargo, la imputación por colusión solo es posible en la medida que pueda afirmarse la participación delictiva dolosa tanto de funcionarios responsables como de particulares en el hecho [...] En ese sentido, si se evidencia que algún interviniente no conocía la concertación entre funcionarios y particulares entonces correspondería aplicar las otras figuras delictivas (omisión de funciones o negociación incompatible)». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«La intervención, secuencial y conforme a un plan delictivo, de todos los imputados está probada [ya que] cada uno aportó, desde su rol funcional, un eslabón necesario para la consumación de la colusión y de falsedad

ideológica. Entre estos dos delitos existe una relación de concurso aparente o unidad de ley; los delitos mediales, en nuestro ordenamiento punitivo, no constituyen casos de unidad de ley». (R. N. 2736, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

«Que, los hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito estafa como en el de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción —por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica—, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa —previsto en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal— al no concurrir el “engaño” como elemento constitutivo del tipo penal, toda vez que el acto de disposición patrimonial se habría derivado de la concertación entre los funcionarios de la entidad edil agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en el proceso de adjudicación directa». (R. N. 1934-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de marzo de 2009)

## 5. Valoración de la prueba

«Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba [de] que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada». (Exp. 2395-96, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de octubre de 1997)

«Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio aunque no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal». (Exp. 303-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de abril de 2002).

«En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente —incluso puede ser conocida [sic] o pública dentro de la entidad estatal o

el circuito económico— sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos
- Precios sobrevaluados o subvaluados
- Inexperiencia comercial de los postores
- Plazo de la garantía de los postores
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas
- Apariencia de ejecución de la contratación
- Reintegro a los terceros interesados
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia». (Exp. 185-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 11 de abril de 2013)

«El hecho colusorio y el perjuicio a la Municipalidad agraviada está consolidado con el mérito que arroja el Informe Especial de la Contraloría General de la República. El conjunto de indicios probados —debidamente descritos por el dictamen del señor Fiscal Supremo [...]— establecen que, en puridad, no existió un proceso público de selección y adjudicación, que se “levantó” un Exp. [sic] falso para encubrir el concierto y que todo estaba preordenado para favorecer a la empresa [...] —no se trataron de simples incumplimientos legales o irregularidades, sino que vistas en su conjunto y mutua relación denotan un concierto lesivo—. Además, según se advierte del Informe [...] del precio pagado no se descontó la amortización de los adelantos en efectivo y materiales entregados por un monto de [...] A la pérdida de oportunidades en orden a posibilidad una contratación más

ventajosa para la Municipalidad se une el pago excesivo por rubros que no debieron cancelarse; el perjuicio económico, entonces, es claro [...] su actuación concertada para consolidar un egreso de fondos municipales para adquirir bienes y servicios son fundamento técnico, así como para elaborar un Exp. [sic] falso, con los pagos verificados, denota el concierto punible y el perjuicio económico a la hacienda municipal [...] lo evidente de las incorrecciones incurridas denotan un concierto ilegal con ambos contratantes con el resultado notorio de una afectación patrimonial a la hacienda municipal. No son simples errores o irregularidades funcionales, lo escandaloso de estas prácticas denotan inconcusamente un acto de concertación ilegal en perjuicio de la Municipalidad, al punto que ni siquiera se iniciaron las acciones de cobro correspondientes». (R. N. 2736, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

# DETERMINACIÓN DE LA PENA

«[...] para la determinación de la pena, conforme a lo establecido en el artículo 46 del Código Penal, corresponde tener en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño o peligro, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, las condiciones personales y demás circunstancias que lleven al conocimiento del agente y su habitualidad». (Exp. 030-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de abril de 2010)

«[...] el artículo 46 A del Código Penal que determina una penalidad mayor al que incurre en delito utilizando o valiéndose de la función pública que cumple. Este agravamiento de la penalidad, queda excluido si el tipo penal tiene una agravante propia y en aquellos casos en los que además el tipo penal ya establece la calidad especial del autor, “cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando este sea elemento constitutivo del hecho punible”. (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«Respecto al otro acusado encontrado responsable en calidad de cómplice, ciertamente el Código Penal faculta, potestativamente la posibilidad de imponer una penalidad similar a la de autor, cuando el cómplice tiene la calidad de ser primario, por cuanto la colaboración prestada es de tal magnitud que sin su participación probablemente no se hubiera cometido el delito, sin embargo el juzgador debe evaluar ese grado de colaboración». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«Que, de otro lado; en atención a lo establecido en el artículo 46 del Código Penal, cabe señalar que para los efectos de la fundamentación de la pena se deben también considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres además de los intereses del agraviado; apreciándose en el caso de autos que el acusado Walter Ramón Jave Huangal es una persona con formación superior, egresado de la Escuela de Oficiales del Ejército Peruano, que alcanzó el grado de General de División, habiendo desempeñado responsabilidades públicas importantes como: Comandante

General de la Quinta Región Militar en Iquitos; Inspector General del Ejército; Comandante General del COINDE; Jefe del Servicio de Intendencia del Ejército; Jefe de la Dirección Nacional del Servicio de Inteligencia; Presidente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército en el Cuzco y otros; no resultando en modo alguno posible que desconociera la gravedad de su accionar ilícito, sino que era consciente de lo que implicaba la generación irregular de patrimonio aprovechando la función pública; no registrando antecedentes penales ni judiciales». (Exp. 084-2008, Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima el 7 de diciembre de 2010)

«Para la imposición de la pena concreta se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 del Código Penal, es decir, aplicando las circunstancias genéricas, tomando en cuenta las variables tales como la naturaleza de la acción —delito doloso— el medio empleado para consumir el delito —haciendo uso de una suma de dinero— la importancia de los deberes infringidos —acto de corrupción contra agente del orden público— la unidad de agente, la edad, educación, situación económica y social del imputado —sujeto de 26 años, grado de instrucción secundaria, no goza de situación económica estable, medio social condición económica regular. Hay que tener en cuenta para la imposición de la pena concreta aplicar el principio de proporcionalidad, el evento criminoso, así como las calidades personales del imputado, el reconocimiento de culpabilidad y participación de los hechos, así como el ánimo de resarcir el daño causado». (Exp. 00130-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos el 3 de octubre de 2011)

«[...] para efectos de la graduación de la pena debe tenerse en cuenta la forma y circunstancias de la comisión del delito, las características personales del imputado, la culpabilidad por el hecho cometido, así como la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena que sustenta el artículo noveno del Título Preliminar del Código sustantivo, por lo que resulta razonable concluir que la pena aplicada es proporcional con los factores antes enunciados». (R. N. 1987-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de mayo de 2010)



# ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

## 1. Bien jurídico

«[...] lo que se ha lesionado es el Bien Jurídico “Administración Pública” como objeto de tutela penal que significa: ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes de cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales». (R. N. 09-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

«En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: Ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes de protección del patrimonio público». (Exp. 99-2009, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 25 de enero de 2011)

## 2. Tipicidad de la conducta

### *Elementos del tipo*

«[...] el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, incrementa su patrimonio en forma indebida —enriquece ilícitamente—; que este ilícito penal no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado que los administra o maneja o si el mismo es producto de dinero que recibe de particulares en procura de un beneficio, pues basta para que se configure que el funcionario o servidor público incrementa su patrimonio ilegalmente por razón de su cargo». (R. N. 5318-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de setiembre de 2007)

«[...] de acuerdo con lo estipulado por el artículo cuatrocientos uno de la norma sustantiva penal, constituyen elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, los siguientes: i) exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex-ante y el patrimonio económico ex-post del sujeto público; ii) incremento relevante, es decir que el contraste

sea excesivo o, también se puede decir “notoriamente superior”; iii) no se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito; iv) exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo; y, v) el agente actúe dolosamente, esto es con la voluntad de enriquecerse ilícitamente, teniendo conocimiento de su ilicitud». (R. N. 3238-2006, Ejecutoria Suprema del 15 de abril de 2008)

### ***Incremento patrimonial***

«[...] dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derecho o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio». (R. N. 847-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de octubre de 2006)

### ***Delito permanente***

«Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente». (Exp. 004-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 9 de febrero de 2010)

### ***Abuso del cargo***

«Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse [...] se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal». (Casación 343-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 2013)

### ***Relación entre la ilicitud del enriquecimiento y el uso del cargo***

«Si es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio [...] El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición». (Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008, Lima, Tema II)

«Que el Enriquecimiento Ilícito [...] es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto el desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales». (R. N. 09-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

### ***Participación***

«Establecido el enriquecimiento ilícito antes descrito, a partir de su origen, tipo de configuración y dinámica propia como un proceso fáctico complejo que se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente, por tanto, como el delito se encuentra menoscabando el bien jurídico protegido (administración pública) de manera constante, en dicho marco, la intervención de un extraneus en el mismo lo torna en partícipes de dicho delito indiscutiblemente en fase consumativa [...] lo antes analizado conlleva a concluir que la acusada [...] coadyuvó de manera objetiva a configurar y disimular el enriquecimiento ilícito perpetrado por su co-acusado y cónyuge de manera coetánea al proceso de enriquecimiento ilícito; siendo que su apoyo prestado resultó idóneo para haber dotado de confianza al citado procesado de cara a perennizar su proceso de enriquecimiento [...].» (Exp. 084-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 7 de diciembre de 2010)

## **3. Sistema concursal**

### ***Subsidiariedad***

«Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configura otro delito en el que hubiere podido

incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue futuro, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por peculado, por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito —*Lex primaria derogat lex subsidiariae*—. (Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011)

«[...] este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados [...] por el delito de enriquecimiento ilícito y a [...] por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado [...] por el delito contra la administración pública —peculado—. Sexto: Que se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del proceso [...] por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la Comuna agraviada». (R. N. 2565-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de marzo de 2008)

#### 4. Consumación

«[...] en el presente caso se hace evidente que nos encontramos ante un delito permanente en el que se aprecia la producción de resultados típicos constantes verbigracia la desproporción mes a mes entre sus ingresos y sus gastos si bien el delito de enriquecimiento se consuma con el incremento real del patrimonio cuyo origen no es lícito se hace posible hablar de una situación antijurídica en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo, durante el ejercicio de sus funciones y en dicha etapa o mantenimiento no deja de realizar el tipo penal a través de distintos actos individuales de manera ininterrumpida a los cuales corresponde valorar de manera unitaria; además la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los *extraneus* es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito [...]». (Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima el 11 de enero de 2011)

## 5. Valoración de la prueba

### ***Desproporción notoria del incremento del patrimonio como indicio de enriquecimiento ilícito***

«[...] el delito de Enriquecimiento ilícito bajo los alcances de las Leyes 28355, 29703 y 29758, considera como indicio de comisión, 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, regla que incide directamente en el Derecho Probatorio Penal. Sin embargo, la desproporción notoria del incremento del patrimonio del servidor o funcionario público no es prueba acabada o determinante, pues se hacen necesarias pruebas adicionales o concurrentes que corroboren dicho indicio [...]». (Exp. 01-2011, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de Lima el 27 de enero de 2012)

### ***Importancia de la pericia contable***

«Que, en el caso sub examine, se advierte que el Colegiado no ha efectuado el agotamiento de la actividad probatoria tendiente a acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad de los procesados antes referidos; toda vez, que no se ha realizado la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico». (R. N. 3861-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2006)

«Que la pericia contable [...] proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias de la responsabilidad penal del impugnante [...] al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial ocurrido entre los años de mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, cuyo monto ha sido especificado en el último dictamen ampliatorio [...] y que corresponde a la suma de cuatrocientos diez mil ochocientos cuarenta y ocho dólares americanos, como reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral [...] que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en las que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, lo que además no han podido justificarse [...]». (R. N. 2976, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de diciembre de 2004)

### ***Valoración de la pericia contable***

«[...] cierto es que el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría

invertir al perito de la condición de juez de jueces. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado [...]». (R. N. 710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011)

# EXACCIÓN ILEGAL - COBRO INDEBIDO

## 1. Tipicidad de la conducta

«El tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio». (Exp. 4628-98, Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 1999)

«El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo “extorsiona” con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias». (Exp. 1380-98, Ejecutoria Suprema recaída del 13 de octubre de 1998)

«En cuanto al delito de concusión que se le imputa previsto en el artículo trescientos ochentitrés del Código Penal, cuyo nomen juris también es “pago indebido” y “exacción ilegal” establece que comete este delito “el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal, será reprimido. [...]”; que la imputación respecto a este delito estriba en el hecho que en su condición de alcalde, se hizo pagar beneficios que por ley no le correspondían, es decir que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, señala Rojas: “Que la exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita) en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo “extorsiona” con un acto de autoridad injusto. En la segunda oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias”; en consecuencia en la concusión,

quién ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían». (R. N. 3448-2004, Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2005)

«Que, la exacción ilegal alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta —implícita—; en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo extorsiona con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de un deber con respecto a lo que debe integrar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entregar o afrontar otras consecuencias». (R. N. 3019-2008, Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 2009)

«Que el delito de Exacción Ilegal, sancionada en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal; para su realización requiere que el funcionario o servidor público aprovechando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal al sujeto pasivo, extremos que no se han dado en autos, toda vez que la contribución viene a ser la cuota o prestación personal que se impone con la finalidad de atender las necesidades del Estado y sus organismos autónomos o dependientes de ella, lo cual viene a ser sinónimo de impuesto, tributo, arbitrios, tasas, subsidio, gabelas; todo lo cual tiene su propia construcción en relación a los servicios que se presta, cuyos montos a abonarse está establecido en la normatividad legal que regula cada uno de estos ítems; mientras el emolumento esta exclusivamente vinculado a remuneración, el cual viene a ser el pago por los servicios prestados en un cargo o empleo, incluyéndose en estos los honorarios profesionales, extremos que no se han configurado en el proceso». (R. N. 668-2007, Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 2008)



## 1. Concepto

«La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio a su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos —personales, profesionales o políticos—; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades —públicas inclusive—. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad [...] dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad». (Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009)

## 2. Relación con el delito cometido

«[...] la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho mediante dicha pena». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

## 3. Inhabilitación de ejercer cargo o función pública

### ***Pena principal y conjunta***

«El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez

cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisble consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de la libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos [...] si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido a esa previsión». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«[...] la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no solo su ejercicio —privación de titularidad—. Se trata por tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente [...] Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquel se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito [...]». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«[...] que se advierte que la sentencia recurrida no precisa el plazo de duración de la inhabilitación de los encausados, que, en tal sentido al ser esta de aplicación inmediata y de tener la calidad de pena principal y conjunta, debe ser fijada por el mismo término de la condena [...]». (R. N. 817-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de junio de 2010)

### ***Ne bis in ídem: inhabilitación penal y sanción administrativa***

«[...] el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal prevé la pena conjunta de inhabilitación de uno a tres años conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del citado Código; que el inciso uno del citado artículo treinta y seis dispone la privación del cargo que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular y el inciso dos importa la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; que la sentencia de instancia solo contempló la inhabilitación prevista en el inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal: incapacidad para obtener cargo público, por lo que solo cabe definir, más allá del error del A Quo —imposible de remediar en esta sede en atención al principio de interdicción de la reforma peyorativa—, **Si** es posible compensarla con la sanción administrativa; que, en el presente caso, no

cabe una compensación porque no se da una compatibilidad de sanciones, que solo se produciría con medidas que importen la separación del servicio, además la incapacidad para obtener cargo público tiene efectos futuros, no importa apartar al condenado del cargo que ejerce; que, por otro lado, por la forma y circunstancias del delito, su entidad y las condiciones personales del imputado, el tiempo de duración de la inhabilitación no puede ser mayor de un año». (R. N. 3937-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2010)

#### 4. Ejecución de la inhabilitación

«[...] el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente —aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional— o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas». (Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009)

«Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada [...] es imposible deje de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si está —en el presente caso la inhabilitación. Está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«La ejecución de la pena de inhabilitación [...] requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales [...] A continuación, ese mismo órgano jurisdiccional debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución [...]». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)



# INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

«Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, “[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos [...] la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio [...]”. Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental». (Exp. 0019-2005-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005)

«En materia de ampliación de la competencia de los tribunales nacionales de un país respecto a delitos que trascienden las fronteras, debe destacarse asimismo el contenido de los tratados suscritos en materia de lucha contra la corrupción. En este sentido conviene recordar que de conformidad con el artículo V de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados Parte de este tratado —entre ellos el Perú— se han comprometido a asumir jurisdicción respecto a los delitos tipificados conforme a la Convención, sea que hayan sido cometidos en su territorio, o cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de su nacionalidad. En el Preámbulo de la Convención se establece que “[...] la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente”. Asimismo, se señala que la corrupción “[...] socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”. En ambos fundamentos puede apreciarse que la corrupción viene siendo considerada

como un acto contrario a los intereses de la comunidad internacional». (Exp. 01271-2008-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 8 de agosto de 2008)

«A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que: “Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedad al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«En el delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo esta una norma de reenvío. Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción». (Exp. 00148-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 28 de octubre de 2013)

# LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL

## 1. Interés constitucionalmente protegido

«Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No solo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocidos por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41 de la Constitución que “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer una 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”. E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole: “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 para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional». (Exp. 0019-2005-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005)

«La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este Tribunal entiende que ello

puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39 de la Constitución que establece que “[...] los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación [...]”, subyace el principio de “buena administración”. A su vez, conforme al artículo 44 de la Constitución que establece que “[s]on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos [...]. A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate de toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución [...] así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual establece que: “la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados a tal ejercicio”. De modo análogo, cabe señalar que este Tribunal para el caso de tráfico ilícito de drogas, ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo, del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

## 2. Mandato constitucional

«Que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también



contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero “aplicador” de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra». (Exp. 006-2006-PCC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de abril de 2007)

«Del informe presentado en calidad de *amicus curiae* por el *Open Society Justice Initiative*, se advierte que una de las finalidades principales de la difusión de la mayor cantidad posible de información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos, es la lucha contra la corrupción. Respecto a este punto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en anterior jurisprudencia ha considerado que “la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional. Así lo señaló, por ejemplo, en la Resolución de fecha 23 de abril de 2007 [...]”. Posteriormente [...] la lucha o proscripción de la corrupción fue consagrada como principio constitucional, en cuya labor de defensa el Tribunal Constitucional ha adoptado un rol activo. Por ello, menciona lo siguiente: “El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción —tanto aquellas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil— obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de jurisdicción constitucional concentrada y difusa, [a] tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país». (Exp. 04407-2007-PHD/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 14 de setiembre de 2009)

### 3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción

«La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros. El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción —

tanto aquellas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil— obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país. En ese sentido el Tribunal Constitucional, en tanto, supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social. Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Pues, solo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos». (Exp. 009-2007-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 29 de agosto de 2007)

# MALVERSACIÓN DE FONDOS

## 1. Bien jurídico

«En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio». (Exp. 3630-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2003)

«Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: “En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio [Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos treinta guion dos mil uno Ucayali]». (R. N. 2239-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de febrero de 2013)

## 2. Tipicidad de la conducta

### ***Sujeto activo: posición y relación funcional***

«En este delito se aprecia una infracción a los deberes esenciales del cargo funcional, es decir, el sujeto activo asume la calidad de “Garante”, de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Son los deberes de custodia y de protección que se infringen por el intraneus, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia [...] Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) es el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por Sexta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de Lima el 14 de setiembre de 2011)

«El delito de malversación de fondos, desde la perspectiva de la acción típica consiste en que el agente de una aplicación pública diferente a los dineros o bienes públicos de aquella a la que están destinados. El destino

de los bienes, en este caso, de los dineros públicos, debe estar legamente asignado en una norma concreta y pese a ello, el funcionario público vinculado funcionalmente con estos —que tiene el control jurídico— los desvía a otro ámbito o esfera pública». (Exp. 20-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

### ***Elementos del tipo***

«[...] el delito de malversación de fondos [...] requiere para su configuración típica que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que estaban destinados y que ello afecte el servicio o la función encomendada». (R. N. 3157-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de febrero de 2010)

«En el delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que se cuestiona se asienta siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos, diferente a la que originariamente estaban destinados de manera oficial, con lo cual se afecta el servicio o función encomendada, se exige pues, la acreditación de un inconveniente en la prestación de un servicio o función, establecidos previamente, cuyo origen sea precisamente la indebida aplicación de los recursos estatales. Como consecuencia de lo señalado, se tiene que el delito en mención requiere para su configuración una afectación —en los términos descritos— identificada plenamente, —en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado.

En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria el 25 de mayo de 2012)

«En este sentido, se debe indicar que, malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria el erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura se encuentra contenida en el

artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal donde el desvalor reposa **en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración**; esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública». (R. N. 2239-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de febrero de 2013)

### ***Aplicación definitiva diferente***

«Que, el delito de malversación de fondos, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, requiere que el funcionario o servidor público dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a aquella a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; que, por tanto, este delito exige, en primer lugar, un cambio de destino —siempre dentro del ámbito público—, de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio resulte definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados [...]». (R. N. 5022-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de mayo de 2007)

### ***Actos de malversación***

«El comportamiento típico en el delito de malversación de fondos (...) se sintetiza en cuatro conducta específicas de malversación: a) dar aplicación oficial diferente a aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista». (R. N. 100-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de enero de 2005)

### ***Omisión impropia***

«De los hechos indiciariamente establecidos, ciertamente, destacarían posibles omisiones del denunciado pasibles de connotarse como infracciones de deberes que tienen conexión causal con la concertación defraudatoria, pues habría tenido la posibilidad de haber evitado la misma observando con diligencia sus deberes de supervisión, dado su posición de garante frente a los recursos públicos involucrados en su gestión. Lo señalado, empero, centra su intervención a un nivel estrictamente coetáneo a la fase ejecutiva del delito imputado de Colusión y Malversación, a título de omisión». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de Lima el 14 de setiembre de 2011)

***Destino original de los fines públicos***

«Suponiendo este tipo penal un cambio de destino público del patrimonio (bien o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público». (Exp. 101-1998, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de marzo de 1998)

***Perjuicio a la función encomendada***

«[...] en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio del preste». (R. N. 5022-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de mayo de 2007)

***Estado de necesidad justificante***

«Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances —por su excepcionalidad, más aún tratándose de agentes públicos— deber ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, por sus presupuestos, probados acabadamente. La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo penal —como están en el *sublite*— corresponde a la parte acusada probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad». (R. N. 4009-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2013)

**3. Sistema concursal*****Diferencia con el delito de peculado***

«Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado

consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de Peculado». (R. N. 1336-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de enero de 2013)

#### **4. Consumación**

«Para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos, no entra en consideración los fines para los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado destino diferente del primigenio». (R. N. 804-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de junio de 2005)

#### **5. Prescripción**

«Que en el delito de malversación de fondos la acción del agente activo recae directamente sobre el patrimonio del Estado al disponer una aplicación diferente y definitiva a la ya asignada; que tal presupuesto típico hace viable la aplicación de la duplicidad de los plazos de prescripción, tal como se encuentra regulado en la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal; que, por tanto, encontrándose sancionado el ilícito mencionado con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años, resulta que el plazo extraordinario de prescripción, con la duplica del mismo, sería de quince años». (R. N. 3204-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de octubre de 2010)

#### **6. Valoración de la prueba**

##### ***Prueba de fin público destinado***

«Si bien la imputación se sustenta sobre la malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por actos administrativo [...]». (Exp. 3923-96, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de noviembre de 1997)

##### ***Prueba de la posición del funcionario***

«Que, sin embargo, en el caso de auto no se acreditó que ninguno de los acusados, fuera titular del pliego de la institución agraviada, ni que tuviera

disposición o decisión directa sobre el particular, no obrando tampoco en autor prueba que determine el origen específico que tenían los fondos involucrados [...]». (R. N. 1348-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)



# NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA

«[...] que en estas condiciones, consolidados los hechos conformados, debe analizarse si, en efecto, se presenta un supuesto que niega la punibilidad del hecho en atención a la regla del *ne bis in idem* —concretamente, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material—; que si bien los hechos objeto del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador son los mismos y existe unidad de imputado, no existe en cambio unidad de fundamento o de bien jurídico vulnerado entre el tipo administrativo disciplinario y el tipo penal de peculado —más allá de la relación de especial sujeción entre el funcionario y la Administración o sin que esta fuera relevante—, pues el ámbito de tutela es disímil y los intereses protegidos difieren: el delito de peculado tutela en sentido estricto la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad, en cambio el tipo administrativo disciplinario se concreta a salvaguardar, desde una perspectiva formal, el correcto cumplimiento de los deberes funcionariales, sin que se pueda interpretar u otorgar un alcance a sus disposiciones como equivalentes o sustitutivas de los tipos penales; que la sanción administrativa en función a los supuestos del artículo veintiocho del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis no tiene su fundamento en el castigo por un apoderamiento de caudales públicos —propio del delito de peculado— sino en el incumplimiento de un deber de acatamiento a las disposiciones administrativas al que se encuentra sometido todo servidor público en el ejercicio de sus funciones». (R. N. 3937-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2010)

«[...] el principio *ne bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de procesos o de sanciones, administrativas o penales o, entre ellas, respecto a un mismo sujeto, un mismo hecho y con identidad de fundamento, sin embargo, un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para los Órganos del Estado, lo que habilita a que en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad, pues el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo, en tanto el Derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo

actúa rigiéndose por el principio de lesividad, lo que sí se produce en un proceso penal [...]». (R. N. 817-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de junio de 2010)

# NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

## 1. Bien jurídico

«Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública— y en sujeción a los intereses públicos (tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal)». (R. N. 1318-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de agosto de 2012)

«El bien jurídico tutelado: Es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Precizando al respecto Rojas Varga que *“El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública”. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a ella.* [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 818]. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración». (Exp. 66-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 31 de enero de 2013)

## 2. Tipicidad de la conducta

### ***Sujeto activo: relación funcional***

«[...] solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. No es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisivos o sirva para completar legalmente el acto». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

«Vinculación funcional: El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias prevista en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia del agente, así como los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto». (Exp. 66-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 31 de enero de 2013)

### ***Interesarse indebidamente***

«[...] delito de negociación incompatible, en el elemento objetivo del tipo **“interés indebido”**; tenemos en cuenta que conforme a la doctrina en este delito, el interesarse con lleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de el funcionario público, ya que participa en los contratos u otras operaciones favoreciendo intereses de particulares». (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

«Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«El interés que se criminaliza es todo aquel que sea distinto al de la Administración Pública —basta cualquier móvil de interés privado—. La ilicitud procede de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en la contratación pública, para cuya realización es competente [...]». (R. N. 3144-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2010)

«El tipo penal conforme se encuentra estructurado tiene como verbo rector el interesarse indebidamente; al respecto, el término interesar significa, atañer, concernir, incumbir, compromete o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta del delito de negociación incompatible, le importa o se interesa en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con finalidad de obtener un provecho

económico indebido en su favor o a favor de terceros. El mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas. A su vez, dicho interés no es necesario que sea contrario al del Estado, siendo tal interés de naturaleza económica. En este sentido, se precisa que *se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p.ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración* [CRES, Carlos. *Derecho penal parte especial*. Buenos Aires: Astrea, 1998, tomo 2, p. 300]». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

«[...] la conducta inculpada al acusado no constituyó el delito establecido en el numeral trescientos noventa y siete del Código Penal, toda vez que la condición requerida para el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida; no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal». (R. N. 308-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de marzo de 2003)

### ***Interesarse de forma directa***

«Estando en el marco de imputación que delimitó el interés directo, se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcional actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero». (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

### ***Interesarse de forma indirecta y a través de un acto simulado***

«Y en este sentido, cuando se alude a interesarse de manera indirecta el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido. A su vez, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales». (Exp. 066-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de enero de 2013)

«El acto simulado alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar

defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

### **Contexto típico**

«En este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de Administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la Administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.) y como persona pública». (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

### **Irrelevancia de la etapa del negocio**

«En cuanto al momento en que tal interés se evidencia, siguiendo a Creus es irrelevante la etapa del negocio en la cual se produce la inserción del interés privado del funcionario, pues puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquel (p. ej., en la etapa previa al llamado a licitación); mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etcétera).

Asimismo, Laje Anaya refiere que este delito se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión. Y en la misma línea Donna, afirma: “El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva”. (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

### **Autoría y participación: intervención de órgano colegiado**

«Estando a lo anotado, estimamos que la argumentación contenida en la resolución impugnada en relación al elemento interés indebido el señor Juez, no ha considerado que respeto a la adopción de acuerdos en el marco de un órgano colegiado se sostiene que “[...] no hay razón alguna para que se exonere automáticamente de responsabilidad a quien ha votado en contra del acuerdo, puesto que desde el punto de vista del Derecho penal habrá que

*asegurarse que la exteriorización coincida con la verdadera voluntad, siendo decisivo valorar entonces, el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto* [MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 231]. Asimismo, no ha considerado que en la adopción del acuerdo colegiado en el proceso licitatorio no solo se configura con la sola convocatoria, observaciones a las bases, presentación y entrega de propuestas, y con la votación; sino la ejecución del hecho final (otorgamiento de la buena pro), lo cual es un tema a dilucidar con la actuación probatoria correspondiente. Tampoco ha considerado que pese a la votación en contra del acuerdo, el imputado no observó el cambio de motor gasolinero a petrolero, no obstante haber tenido acceso y conocimiento de las Bases de la mencionada licitación en segunda convocatoria [...]. (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

### ***Intervención del extraneus***

«Como el delito de negociación incompatible es especial propio, todo aquel que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice. Este es el caso del encausado Navarro Canales, quien se favoreció con la contratación pública en la que se interesó su coimputado en función a su vínculo de parentesco. Su aportación no ha sido mínima en la realización del tipo legal —que es un delito de encuentro—; su contribución era necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar, como en efecto fue así. La conducta atribuida, en ambos casos, es delictiva». (R. N. 3144-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2010)

### ***Dolo***

«El tipo penal exige que el agente actúe con dolo, no se sustenta en lo que meramente “sabía” o “podía conocer” sino lo que “debía conocer” del conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del tipo dentro del marco de su posición de deber institucional de funcionario público. Asimismo, el dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurado del tipo penal [...]. (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

### ***No exigencia de perjuicio patrimonial***

«Conforme se reseñó precedentemente, en el rubro referido a los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito su examine, específicamente en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez, la doctrina mayoritaria nacional

definió que se trata de un delito de peligro, que no exige para su consumación el desmedro patrimonial; en efecto no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

### 3. Sistema concursal

#### *Diferencia con el delito de colusión*

«[...] la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] el porqué se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sino que medien actos de concertación». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

### 4. Consumación

«[...] un delito de peligro se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del interés de este sea totalmente lícito, es decir, contrario a la administración pública». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

### 5. Prescripción

«Igualmente, no resulta de aplicación la dúplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide



directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función». (R. N. 117-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de enero de 2013)

## 6. Valoración de la prueba

### ***Ausencia de transparencia y formalidad en la contratación como indicio incriminatorio***

«De todo lo antes referido, se tiene que para la contratación de los bienes y servicios, se eligió a personas específicas con quienes se comunicaron directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma público, sino que la entidad contratante eligió a la persona natural o jurídica de su preferencia, descartándose la invitación a otros proveedores, concediéndosele de esta forma, la prestación de servicios a un reducido número de persona. En esta mismo sentido, abona a ello, la testimonial presta por [...] manifestando que participó como proveedora del Municipio; que su empresa o negocio a la fecha se encuentra suspendida y que no se encuentra inscrita en la lista de proveedores; que llegó al municipio para hacer alguna relación comercial y de “pasadita” le invitaron para que dé su cotización y por teléfono le dijeron que había ganado la buena pro, y emitieron la orden de compra de la cual se evidencia la informalidad en el actuar al realizar las respectivas contrataciones a favor de la Municipalidad, hecho en el que además se advierte la absoluta ausencia de transparencia; aunado a ello la testigo [...] no se encontraba registrada en la comuna, era proveedora y para realizar las cotizaciones iban unos jovencitos desconocidos a su establecimiento, lo cual evidencia que para el contacto se hacía uso de personas sin identificación alguna, medida que no resulta razonable, ya que una contratación debe ser celebrada transparentemente, bagaje probatorio que evidencia la direccionalidad en las invitaciones, carente de publicidad, quedando evidenciado el interés en la contratación de determinadas personas». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)



# OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONARIALES

## 1. Bien jurídico

«[...] lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública —como bien jurídico protegido—, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes —distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros contenidos en el capítulo de delitos contra la Administración Pública donde se afectan directamente los intereses patrimoniales». (R. N. 2347-2008, Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2010)

## 2. Tipicidad de la conducta

### *Elementos del tipo*

«En cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, el artículo 377 del Código Penal señala que el funcionario público, ilegalmente, omite, rehúse o retarde algún acto de su cargo; omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer de un determinado tiempo o momento; rehusar cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función». (Exp. 5201-99, Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2000)

### *Retardar*

«Se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna». (Exp. 2357-98, Ejecutoria Superior emitida por la Sala Penal de Apelaciones con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima el 22 de setiembre de 1998)

«Retardar significa diferir, detener, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo pero sin desistir». (Exp. 2730-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima el 12 de mayo de 1998)

«Presenta como acción típica la de “omitir, rehusar o retardar algún acto propio del cargo de funcionario público”, entendiéndose retardar a “diferir

la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna”; es un delito eminentemente doloso, en el que no cabe la tentativa». (Exp. 2357-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima el 22 de setiembre de 1998)

«No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado consistente en haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos». (Exp. 4689-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 1998)

### **3. Valoración de la prueba**

«Si no existen elementos convincentes que lleven a la certeza que el encausado, oficial de la Policía Nacional, haya actuado dolosamente en los actos arbitrarios imputados, al disponer que la labor investigadora fuere efectuada por un oficial subalterno, pero sí la convicción de que actuó negligentemente al no dictar las medidas correctivas pertinentes, sus actos no se subsumen en el delito doloso por naturaleza del abuso de autoridad». (Exp. 5676-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 1998)

## 1. Bien jurídico

«[...]es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventajas y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también, procurando el normal desempeño de funciones imparcial y libre de presiones de otros funcionarios». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

## 2. Tipicidad de la conducta

### *Sujeto activo*

«Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público [...] Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones.

[...] El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público.

Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a sus particulares». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

«[...] respecto al delito de patrocinio ilegal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos». (R. N. 1054-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2001)

### ***Conducta típica***

«El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder, el verbo rector “patrocinar” es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar.

El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañado a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.)

El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

### ***Intereses particulares ante la Administración pública***

«Se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la administración pública. Importa abogar. Gestionar los intereses de los particulares ante la Administración para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. Conducción que puede acontecer en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses de la Administración, como por ejemplo, si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal; pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares.

Los funcionarios o servidores públicos han de guiar su actuación según la esfera axiológica, al asumir la investidura pública tienen el deber de servir a la comunidad, por tanto, el funcionario o servidor público encargado de

una determinada labor, solo debe tomar en cuenta los intereses generales para que la Administración funcione con eficiencia, dejando de lado cualquier interés subalterno tendiente a distorsionar la tarea pública, por ello se penaliza esta conducta que superpone los intereses de los privados estatales.

Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades. Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que permite la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado.

Indistintamente a la modalidad que se adopte, (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio.

Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como por ejemplo, si el Juez ejerce como abogado ante otro Juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera la Administración Pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc.

No debe tratarse de intereses propios ni de los intereses de la Administración Pública, ni de intereses de particulares que el funcionario debe proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, como por ejemplo el Defensor del Pueblo, etc.

Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa.

Tampoco exige el tipo penal una concentración con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente». (Exp.

21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

### ***Dolo***

«El elemento subjetivo del tipo, es el accionar doloso del agente, pues el funcionario o servidor público actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, pese a lo cual desarrolla la conducta prohibida». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

### ***Supuestos de atipicidad***

«Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385 del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública, entendiéndose ello como asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe». (Exp. 6315-97, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de mayo de 1998)

## **3. Consumación**

«Los actos de patrocinio indebido por efectuarse ante la administración pública deben estar dirigidos hacia otro funcionario o servidor público, que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo.

Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera. Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso, y eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios.

Lo que se criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la cualidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones).



A la interpretación efectuada sobre este aspecto, el colegiado considera que también valerse del cargo implica presentar en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas, en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, ente los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)



## 1. Bien jurídico

«[...] siguiendo la Doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«[...] este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] los delitos cometidos por funcionarios públicos —peculado—, no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en una vía extra penal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionarios o servidores públicos [...]». (R. N. 3682-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2004)

«[...] teniendo en cuenta la naturaleza del delito, en el cual el bien jurídico tutelado es la recta funcionalidad de la administración pública, que debe estar encaminada a la correcta utilización de los caudales o efectos del Estado, más aún cuando se tratan de aquellos destinados a fines asistenciales o de apoyo social, el informe pericial contable es determinante para establecer la comisión y responsabilidad penal del delito». (R. N. 4423-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de marzo de 2008)

## 2. Tipicidad de la conducta

### *Sujeto activo*

«Para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«Nuestro Código Penal exige para la configuración de este delito que al funcionario o servidor público, el Estado le haya confiado, la percepción, administración o custodia de sus caudales o efectos, lo que nos lleva a considerar el caso de aquel que se encuentra legalmente encargado de la administración de caudales estatales o de su custodia o percepción, y los hace salir de su ámbito de control, entregándolos a otro funcionario público, por lo que desde una óptica formal, una vez salido el dinero (caudales) de la esfera de administración o custodia del funcionario encargado ya se habría cometido el delito de Peculado aparentemente por el funcionario receptor de tal dinero desviado, y si posteriormente da uso a tales caudales, ya no sería autor del ilícito penal referido, conclusión que se deduce de la literalidad normativa, que sin embargo, merece un análisis más preciso, dado que dicha figura delictiva obedece a un propósito, un fin y una esfera de desenvolvimiento más amplio.

[...] [El] funcionario o servidores estatales, en lugar de conducirse con probidad y honestidad, atentan contra dicho patrimonio; es a partir de esta necesidad que encontramos fundada la necesidad de, válidamente, aceptar que la administración o custodia del dinero del Estado, puede estar confiado a personas diferentes de la que legalmente les compete, porque la protección de la norma es más bien amplia». (Exp. 011-2001 emitido por la sentencia de la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] es considerado funcionario o servidor público, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos; del Estado, y en virtud de ello ejerce funciones en dichas

entidades u organismos, que en el presente caso, los encausados aludidos, además, de haber mantenido un vínculo contractual con el Estado, tenían por función recaudar dinero, el cual debía ser depositado en su integridad». (R. N. 382-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 21 de abril de 2008)

«Este tipo penal establece que para configurar este delito se requiere que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, pero que además esté encargado de la *percepción, administración o custodia* de los dineros públicos en razón de su función, puesto que si no se da esta condición podríamos estar en la figura típica del delito de hurto. Asimismo, respecto a la condición de funcionario ya se encuentra suficientemente delimitado que esa condición “*intraneus*” puede ser de derecho o de hecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Sujeto activo de este delito puede ser también el “funcionario de hecho” y el “funcionario incompetente [...]” [MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1995, volumen III: «Delitos en particular», p. 162], por su parte el Tratadista Argentino Sebastián Soler señala que: “Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuidos de estos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto de funcionario legal [...] en consecuencia, la sustracción que aquel ejecute es peculado” [*Derecho penal argentino*. Buenos Aires, TEA, 1951, pp. 203-204]; y en dicha condición ejecutó el hecho punible». (Exp. 010-2001 sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] el tipo penal de peculado [...] no solo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto; debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público [MORALES PRATS, Fermín y Óscar MORALES GARCÍA. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 1282], es decir, sobre materiales como el propio del Derecho Penal». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de Peculado, nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición

de funcionario público, sino que, además, ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; resultando por tanto la vinculación funcional un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de Peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría [...] “El cuerpo General de Bomberos voluntarios del Perú - CGBVP, es una entidad con personería jurídica de derecho público. Constituye un pliego presupuestal de la Presidencia del Consejo de Ministros. Goza de autonomía técnica, económica y administrativa. Es la autoridad competente en materia de prevención, control y extinción de incendios”; y conforme a lo establecido en el artículo cuatrocientos veinticinco en su inciso tres del Código Penal que establece que “se consideran funcionarios públicos: Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”, ambos encausados tienen la calidad de funcionarios públicos, por lo que estando a lo alegado por los recurrentes, que el bombero no tiene relación laboral con la Compañía General de Bomberos Voluntarios del Perú, que no pertenece a ningún régimen contemplado dentro de la ley de bases de la carrera administrativa y que por ello no puede ser considerado funcionario público, no tiene fundamento, conforme a lo establecido en el Código sustantivo». (R. N. 2817-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de diciembre de 2011)

«Estos procesados en su calidad de Alcalde y Regidor de la entidad agraviada, pese a que eran los responsables de custodiar y administrar adecuadamente los caudales que les fueron confiados por razón de su cargo, quebrantaron ese deber [que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes —aseguramiento y fomento del bien jurídico— por su vinculación con el bien jurídico específico de distintos modos, ya sea institucionalmente —delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública—, por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etcétera], si bien insisten en cuestionar su apoderamiento, no obstante, reconocen que lo justificaron posteriormente, lo que sin duda releva que lo retuvieron de manera injustificada pues las boletas que presentaron datan de fechas no contemporáneas al tiempo en que recibieron ese dinero, conducta que vulnera el bien jurídico protegido por el delito de peculado —esto es, el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de esa administración— [...]». (R. N. 1747-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de febrero de 2010)

«[...] se acredita la vinculación funcional existente entre el sujeto activo y los caudales del Estado, entendiéndose por relación funcional “el poder de *vigilancia y control sobre la cosa* como mero componente *típico*, esto es, competencia *del cargo*, confianza *en el funcionario en virtud del cargo*, el poder de *vigilar y cuidar* los caudales y efectos». (R. N. 2347-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de mayo de 2012)

«[...] se configura cuando “*un funcionario o servidor público se apropi[a] o cualquier forma, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo*”; que, para emitir una sentencia condenatoria deberá estar acreditado en autos, entre otras cosas, que el agente: **a)** tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional - poder de vigilancia y control sobre los bienes), **b)** tuvo la posibilidad de libre disposición de estos bienes que en mérito de sus atribuciones legales en tanto funcionario a servidor público (disponibilidad jurídica), **c)** que al momento de los hechos era funcionario o servidor público, **d)** se apropió para sí para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la Administración Pública, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; además, para la configuración del delito de peculado doloso —por lo menos en la modalidad de apropiación—, para poder trascender la infracción administrativa, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado». (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

### ***Sujeto pasivo***

«Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que este sujeto es el que se ve afectado su patrimonio». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

### ***Peculado doloso***

«[...] el delito de peculado doloso —conforme lo estipula el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal— requiere para su materialización que el funcionario público se apropie o utilice, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya administración le estén confiados por razón de su cargo, por tanto, sobre dicha base, el hecho atribuido a las imputadas no constituye la figura delictiva descrita porque los bienes sustraídos no se encontraban bajo su dominio en función al cargo que

ostentaban». (R. N. 3790-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de marzo de 2010)

«[...] el delito de peculado se configura cuando el sujeto activo —funcionario o servidor público— se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado, por ello, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo [...]». (R. N. 4894-2208, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de marzo de 2010)

«La apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero». (R. N. 5230-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2010)

«[...] en el peculado doloso [...] el objeto de esa figura delictiva son los caudales y los efectos, los primeros son los bienes en general dotados de valor económico (incluye el dinero); mientras que los segundos son documentos de crédito negociables emanados del Estado. Pero no solo eso, además deben ser públicos, esto es, aportados por el Estado o sus organismos autónomos». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] para que se configure el delito de peculado, se debe tener en cuenta los comportamientos típicos que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal señala, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; por lo que, en el presente caso, no se advierte que se haya dado apropiación de los caudales o efectos pertenecientes al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándolos en situación de disponibilidad del procesado; o utilización, es decir, aprovechamiento de las bondades que permiten dichos bienes, sin el propósito de apoderarse para sí o para tercero». (R. N. 3412-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de marzo de 2008)



«La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

- a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar [sic] caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

*La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

*La custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c) *Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
- e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«La ilegalidad objetiva de esa disposición patrimonial —la legislación presupuestal no permitía aplicar caudales públicos a los rubros antes citados—, que sin duda afectó el erario público —se separó el dinero de

manera definitiva del poder y control de la Administración—, no está en discusión. Tampoco puede afirmarse la falta de idoneidad del imputado —relación funcionarial específica— respecto de esa aplicación de fondos públicos que dispuso; él tenía la potestad, que hizo efectiva, de disponer precisos montos presupuestales para cumplir determinadas metas —la relación funcional ineludible con los caudales públicos dispuestos está afirmada—. Se cumplen, por ende, los elementos objetivos del tipo legal de peculado que tutela el patrimonio público, en cuanto que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos [ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier. «Malversación de caudales públicos». En *Delitos contra la Administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 185], según ha sido desarrollado por el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

El tipo subjetivo está, igualmente, cumplido. La disposición de caudales públicos se efectuó con conocimiento de lo que ello implicaba desde el control de los mismos por la Administración —hubo un conocimiento de la situación de hecho que fundamenta el ilícito penal—. El autor conocía el peligro concreto que su acción comporta para el erario público y, pese a ello, actuó disponiendo las adquisiciones cuestionadas. Lo que, en puridad, plantea la defensa es un supuesto de error de tipo (artículo catorce del Código Penal) en orden al entendimiento sobre la normativa extrapenal o sobre el significado jurídico de los elementos que la integran o el deber extrapenal jurídico presupuestal; esto es, si la normativa en cuestión permitía o no disponer de fondos para conceder beneficios patrimoniales a un sector determinado de funcionarios o servidores públicos que prestaban servicios en un área concreta de la entidad que conducía. Cabe señalar que según doctrina mayoritaria el error de prohibición queda reservado a los supuestos de suposición errónea de actuar al amparo de una causa de justificación.

La disposición de fondos públicos está sujeta a un conjunto de disposiciones normativas, de diverso rango. El delito de peculado es uno de infracción del deber, y el imputado tenía un rol específico o especial en ese ámbito. Su deber u obligación personal era informarse debidamente para una toma de decisión que importaba la disposición de fondos públicos. El cuidado que el funcionario debe tener en estos casos ha de ser exigente. La información que necesita conseguir para la toma de decisión, incluso cuando se trata de opiniones que se han recabado, ha de ser proporcionada por personas confiables profesionalmente y, además, la opinión vertida ha de ser

convinciente; incluso, de ser posible, ha de conseguirse una opinión técnica independiente por el órgano administrativo competente para absolver la consulta en el área de que se trate [STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal parte general I*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, pp. 308-310]». (R. N. 2623-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2010)

### ***Peculado culposo***

«[...] es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, *se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público*. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente*.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario público” como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) *La culpa del funcionario o servidor público*. *Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público*». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«[...] el delito de peculado culposo se configura cuando es la falta de observancia de las precauciones necesarias —exigibles al agente por su vinculación funcional— la que origina (propicia o facilita) la sustracción de un bien estatal por parte de terceros [...]». (R. N. 3412-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de marzo de 2008)

«[...] el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno [...] actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales [...] es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal [...]». (R. N. 4500-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de setiembre de 2007)

«[...] constituyen elementos configurativos del delito de peculado doloso: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo, y los caudales y efectos del Estado; b) la percepción, administración o custodia; c) modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos del Estado [...]». (R. N. 3247-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de mayo de 2008)

«[...] delito de peculado culposo imputado a los procesados [...] se tiene que para su configuración debe acreditarse: **i)** el agente tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional - poder de vigilancia y control *sobre* los bienes); **ii)** el agente se comporta negligentemente respecto a su deber de vigilancia y control sobre los bienes estatales; y, **iii)** esta negligencia permite que un tercero se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración [...]». (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

### ***Delito de peculado por extensión***

«Que en el denominado delito de peculado por extensión o “peculado impropio”, los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado». (R. N. 2212-04, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2005)

### ***Viáticos como objeto material del delito de peculado***

«Que, cabe precisar, que en la terminología presupuestaria el concepto de viáticos es una partida específica del gasto que comprende la cobertura de gastos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), hospedaje y movilidad local cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la

localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter de eventual o transitorio». (R. N. 4098-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2011)

«Que, sin duda, rectificando lo sostenido en el fallo de instancia, se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que la modalidad de peculado por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero». (R. N. 3632-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de setiembre de 2005)

«[...] actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que llevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal». (Exp. 07-2007, sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 7 de octubre de 2009)

[...] respecto a las cuentas por rendir por concepto de viáticos, es palmaria la necesidad de reformar el criterio jurisprudencial que hasta la fecha han venido expresando los suscritos en cuanto a considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos [...] en el caso de los viáticos, además de acreditarse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, debemos entender por *“percepción”* la acción de captar o recepcionar [sic] caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; por *“administración”* debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por *“custodia”*, la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos [...] el término *“viáticos”* constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional; por lo tanto, los *“viáticos”* tienen naturaleza distinta a la

administración, percepción y custodia, ya que en este subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del “viático” que se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado [...]. (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

### ***Peculado de uso***

«[...] consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o servidor público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o que se encuentre bajo su custodia; qua dicha conducta penal, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar una desvalorización del patrimonio de la administración pública a la cual se le perjudica; que, en tal virtud, el hecho objeto de acusación, además de reunir los elementos objetivos del tipo, también debe verificarse el elemento subjetivo, esto es el dolo que es el conocimiento de la realización típica [...]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

«[...] con referencia al delito de peculado de uso, el dolo se configuraría con el conocimiento y voluntad de usar un bien del Estado —o cederlo en uso a un tercero— en una labor o trabajo totalmente ajeno a la función para la cual se adquirió, con el consecuente menoscabo del mismo y con el adicional beneficio ilegal de la persona que lo usó o del tercero a quien se le permitía el uso del bien estatal [...]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

***Peculado de uso: excepción del uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo***

«Se configurará el peculado, cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque estos hayan sido devueltos». (Exp. 256-93, sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima el 27 de julio de 1993)

«La razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal”». (Expediente 04298-2012-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 17 de abril de 2013)

***Autoría y participación***

«La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes siempre serán partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Los particulares sí pueden ser cómplices del delito de Peculado, debido a que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos que están vinculados funcionalmente por razón de cargo con los caudales o efectos públicos, responden a título de complicidad». (1.º Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008)

«El procesamiento penal de un particular por delito de Peculado en calidad de partícipe sí puede ser considerado como cómplice en el delito de Peculado y en cualquier otro delito contra la Administración Pública, aun no

detente la calidad de funcionario o servidor público, por cuanto no resulta vulneratorio al principio de legalidad penal (Lex stricta) ni colisiona con el sistema de valores consagrada en la Constitución política del Estado». (1.º Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008)

«[...] título de imputación que ha sido acogido por la Corte Suprema al establecer que “[...] la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo nomen juris delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada [...]». (R. N. 3203-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de noviembre de 2003)

«[...] calidad de cómplice del delito de peculado, que según definición del Código Penal (artículo 25) “es la persona que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado”, lo que importa un conocimiento pleno del cómplice de la acción del autor [...]». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] la teoría de la participación en delito determina que los cómplices tienen que estar en directa vinculación con el autor, excluyéndose la posibilidad de la figura del cómplice de cómplice [...]». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«[...] la coautoría el hecho es realizado de manera “conjunta”, es decir, se está ante la presencia de una comunidad objetiva de intervinientes donde cada uno de ellos realiza una aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes “se produce una comunidad, pero tan solo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente”. (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)

### ***Supuestos de atipicidad***

«[...] **i) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de confianza.**- [...] suscribió los referidos decretos de urgencia: confiando



que los funcionarios que participaron en el requerimiento de armamento, el contacto con los proveedores, las negociaciones para la compra, la fijación de los precios, etc., actuaron en el correcto desempeño de su función pública; sin tener conocimiento de ningún acto colusorio realizado en el momento de las negociaciones u otras irregularidades, en perjuicio del Estado Peruano; sin conocer si parte del dinero desembolsado por el Estado Peruano tenía como destino el “fondo de contingencia” para la reelección [...]

**ii) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso.-** Señala que el desembolso efectuado por el Estado para la compra de los aviones nunca fue manejado por la Presidencia del Consejo de Ministros, sino por el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Ministerio de Defensa; que el destino que estos ministerios, a través de sus titulares, le hayan dado a dicho dinero se encuentra fuera de su ámbito de competencia, si le dieron o no algún destino ilícito aprovechándose de su aporte lícito, ello no puede generarle responsabilidad penal, por cuanto su participación se circunscribió al ámbito de lo permitido». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«[...] el encausado no pretendió beneficiarse con el uso de la unidad vehicular, mucho menos generar un perjuicio o un detrimento en la misma por el uso que autorizó aún cuando dicho bien fue prestado al Sindicato de Trabajadores de la comuna; que, por lo demás, cabe precisar que aún siendo el Sindicato de Trabajadores una persona jurídica de naturaleza privada, esta entidad no es totalmente ajena a la Municipalidad Provincial de Recuay, pues está formada por sus propios servidores públicos con los cuales suscriben convenios de cooperación mutua y además el artículo sesenta y cinco de la Ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos (Ley Orgánica de Municipalidades), faculta a la entidad edilicia a ceder en uso bienes de su propiedad, a favor de personas jurídicas del sector privado, a condición que sean destinados exclusivamente a la realización de obras o servicios de interés o necesidad social; que, de esta forma el imputado en su condición de Alcalde encargado cedió en uso (préstamo) la camioneta de propiedad de la comuna para que los trabajadores de la misma formando parte de un Sindicato cumplan un servicio de interés social; que, por consiguiente, el comportamiento que se denunció y acusó como criminal no es tal, es decir, resulta atípico [...]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

### 3. Sistema concursal

#### *Diferencia con el delito de malversación*

«El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otros caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente a aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones». (Exp. 1524-1998, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de julio de 1999)

«[...] [la diferencia se encuentra en] que se habría apropiado o utilizado, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le fueron confiados por razón de su cargo (Peculado) o que habría dado al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados (Malversación de Fondos)». (R. N. 834-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de abril de 2008)

#### *Diferencia con el delito de extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad*

«Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, el verbo rector es el de **rehusar**, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Por lo tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo **rem sibi habendi**, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado». (R. N. 2212-04, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2005)

### 4. Consumación

«[...] el delito de peculado queda consumado en el momento que el funcionario público (autor) realiza el acto de disposición del bien, por ello, la complicidad supone la realización de actos de colaboración o ayuda al funcionario que le permita llegar a disponer del bien que es materia de

custodia o administración [...]». (R. N. 3605-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de diciembre de 2006)

«[...] la consumación del peculado doloso se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio». (R. N. 853-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de abril de 2010)

«[...] el delito de peculado por apropiación para un tercero no se define por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento, previamente el funcionario o servidor que, por razón del cargo, tenía bajo su custodia fondos públicos, ya había dispuesto la salida de los mismos de la esfera de la administración pública, con lo que se entiende consumado el delito; es decir, la consumación del peculado doloso se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio». (R. N. 853-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de abril de 2010)

«Que, siguiendo esta línea argumental, respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de Poder Estatal [...] Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los cuales ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] solo exige al autor [...] como acto ejecutivo que se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Asimismo, se debe significar que en la modalidad de apropiación a favor de un tercero, no se requiere por parte de este una contraprestación a favor del autor». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] para que se pueda predicar de un servidor público la comisión de peculado no se necesita que a este se le confíe físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad de disponer de ellos, como consecuencia de

la función desempeñada por el agente en el ámbito de la administración pública». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[el] momento consumativo del delito de peculado, en la modalidad de apropiación “en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos”; en consecuencia, el reproche omisivo —no haber fiscalizado el accionar del procesado Infanzón Solier— dirigidos a los procesados Mendieta Callirgos y Ortiz Porras resulta ajeno al verbo típico del delito de peculado, más aún, sin conforme hemos glosado la imputación no ha sido solventada con base fáctico o proposiciones fácticas que den cuenta de coautoría, todo lo cual, implica [...]». (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)

### ***Consumación del peculado a favor de terceros***

«[...] la consumación del Peculado en estos casos, se dará cuando el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, es decir, cuando los fondos públicos ingresan a la esfera de dominio patrimonial de los terceros beneficiados». (R. N. 1205-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de marzo de 2006)

## **5. Reparación civil**

«[...] se debe tener en cuenta que el delito genera también un derecho de resarcimiento o indemnización para la agraviada o víctima [...] y se fija en atención al daño causado y a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad; que, en el caso sub judice, para que se configure el delito de peculado doloso no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados, sino que hayan sido utilizados para fines ajenos al servicio destinado, aunque estos hayan sido devueltos; pues el encausado [...] dispuso de los caudales de la institución agraviada que se encontraban en su poder como si formara parte de su propio patrimonio, por lo que el monto por concepto de reparación civil fijado por la Sala Penal Superior se ajusta al daño ocasionado y a los bienes jurídicos puestos en peligro; en consecuencia, lo solicitado por el denunciado no resulta de recibo». (R. N. 1226-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de mayo de 2011)

## **6. Inhabilitación**

«[...] respecto a la medida impuesta de inhabilitación, en esta clase de delitos en los que el agraviado es una institución del Estado, la inhabilitación

que corresponde tiene la calidad de pena principal, y habiéndose fijado con arreglo al principio de proporcionalidad según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado, no resulta procedente disminuir el período de inhabilitación impuesto». (R. N. 1226-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de mayo de 2011)

## 7. Prescripción

«El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú —“el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionario y servidores públicos”—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[...] el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se encuentra en directa relación con la pena del delito más grave, esto es al delito de peculado, regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, que prevé una pena máxima de diez años de privación de la libertad, por lo que de acuerdo a la parte final del artículo ochenta del citado cuerpo legal, en el caso sub examine, por ser el ilícito cometido por funcionario público en agravio del patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica, en tal sentido, siendo ello así no operaría la prescripción de la acción penal, pues el plazo respectivo no se habría cumplido [...]». (R. N. 2411-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2009)

## 8. Valoración de la prueba

«[...] por lo que resulte necesario que se realice un nueva pericia contable en el juicio para: i) Determinar el monto total defraudado al Estado. ii) Individualizar los montos apropiados por cada uno de los citados encausados. iii) Detallar los conceptos por los cuales le fueron entregados los diversos montos de dinero; sin perjuicio de actuarse las pruebas que sirvan para el mejor esclarecimiento de los hechos, y a la luz de los principios de oralidad u contradicción se realice un adecuado esclarecimiento de la responsabilidad penal de los [...] encausados». (R. N. 1789-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de abril de 2013)

«[...] [se debe] acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión; ello implica, la existencia de ciertos presupuestos elementales que debe tener presente el juzgador para emitir una sentencia condenatoria, en virtud a ello, la presunción de inocencia constituye uno de los principios fundamentales que garantiza la función jurisdiccional en un Estado Democrático de Derecho; para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto que, “los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado [...], con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales”». (R. N. 954-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de abril de 2008)

«[...] el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión». (R. N. 1132-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2008)

«A efectos de declararse fundada la excepción de cosa juzgada debe constatare la triple identidad requerida para su configuración; a saber:

- a) **Identidad de la persona perseguida** (límite subjetivo de la cosa juzgada); es decir, que el sujeto contra quien haya recaído la sanción y el incluido en el segundo proceso, sea el mismo;
- b) **Identidad del hecho punible y de fundamento** (límite objetivo de la cosa juzgada); conforme a este segundo requisito, ambos procesos deben estar referidos al mismo suceso histórico y subsumirse en tipos penales de carácter homogéneo, lo cual podrá corroborarse al comparar los fundamentos de hecho de la decisión judicial firme y de la denuncia o acusación de la causa en que se promueve la excepción; y,
- c) **Resolución Firme**; que puede ser un fallo absolutorio o condenatorio, o un auto consentido o ejecutoriado, dicho de otro modo, que el primer proceso haya fenecido totalmente y no sea susceptible de medio impugnatorio alguno». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«[...] que la prueba pericial es de carácter compleja que, consta, entre otros elementos, del reconocimiento pericial, esto es, operaciones técnicas, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el delito de peculado regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el thema probandum; máxime, si en el supuesto típico implica un desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales». (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)





## 1. Concepto

«[...] la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius punendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro homine la ley penal material otorga la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica». (Exp. 03116-2012/PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 4 de setiembre de 2013)

«[...] la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80 del código penal: la dúplica de la prescripción en el caso de “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

## 2. Cómputo del plazo de prescripción

«La prescripción de la acción penal está normada en el artículo 80 y siguientes del Código Penal. El comienzo del cómputo de dicho plazo se encuentra regulado en el artículo 82 del Código Penal, estableciéndose diferencias respecto al tipo de delito que se trate. Así, los plazos de prescripción de la acción penal comenzarán a computarse:

- a) En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.
- b) En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.
- c) En el delito continuado, desde el día en que se determinó la actividad delictuosa.

- d) En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

### 3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario

«[...] la prescripción de la acción, según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario. En primer lugar, el plazo ordinario de prescripción, regulado en el artículo 80 del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Asimismo, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

Por otro lado, existe el plazo extraordinario de prescripción, que será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción y, según lo establece el artículo 83 del Código Penal, es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

### 4. Duplica del plazo de prescripción

«El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú —“el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios o servidores públicos”—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica una mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementando con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección

que tienen esas personas respecto al patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«La duplica del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, solo procede en casos en que exista entre estos y el patrimonio del Estado una vinculación funcional de administración o percepción o custodia». (Pleno Jurisdiccional Regional Penal emitido por las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Lima Norte, Callao, Ica, Cañete y Huaura el 11 de abril de 2008)

«La duplica del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado se aplica desde la vigencia de la Ley 26314». (Pleno Jurisdiccional Regional Penal, emitido por las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Lima Norte, Callao, Ica, Cañete y Huaura el 11 de abril de 2008)

«[...] la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[...] se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores

públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- a) Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.
- b) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- c) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[...] el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

## 5. Plazo de prescripción en caso de *extraneus*

«[...] los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor [...] pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se le extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

## 6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción

«Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83 del Código Penal, y son las siguientes:

- a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales.
- b) La comisión de un nuevo delito doloso.

La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84 del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. En tal sentido, puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales. Se puede considerar, también, la prerrogativa del antejuicio». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y continúa contabilizando». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)



## 1. Registro de inspecciones laborales

«[...] La intervención de Auditoría Interna del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, con el concurso del Director Regional del Trabajo de Lima, no es propiamente ilegal. Si bien no son autoridades penales, de ahí que sus diligencias no tienen el carácter de prueba preconstituida, sus constancias documentales y sus declaraciones son valorables como tales: documentos y testimoniales, y estas corroboran los cargos formulados por la denunciante». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)

## 2. Documentos videográficos y audiográficos

### ***Filmaciones de carácter no público***

«Las filmaciones y audios no tienen carácter público y deben ser calificados como documentos videográficos y audiográficos realizados por iniciativa de parte, de suerte que su valor probatorio está en función a su autenticidad y a las explicaciones de quien las tomó y de los que participaron en ese acto. Esto último se ha producido y no hace sino confirmar lo que venía denunciando [...], da cuenta el acto de intervención y las declaraciones de los dos funcionarios públicos y del fotógrafo». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)

### ***Videgrabaciones en local público y con autorización de interlocutor***

«No se ha interferido una comunicación privada, desde que uno de los interlocutores autorizó la filmación y grabación de su voz. Su contenido tampoco viola el derecho a la intimidad, pues se trata de conversaciones no solo realizadas en un local abierto al público, sino que lo que se dijo en aquella ocasión revela la comisión de una conducta reprochable legalmente, que reclama la intervención de la autoridad pública». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)





## 1. Elementos

«La prueba pericial [...] consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral». (Acuerdo Plenario 2-2007/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2007 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

## 2. Valoración judicial

«[...] cierto es que el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría invertir al perito de la condición de juez de jueces. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado [...]». (R. N. 710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011)

## 3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones

«[...] por consiguiente, es necesario que en la siguiente etapa del proceso penal se esclarezcan los hechos imputados, en cuya oportunidad a efectos de superar las aparentes discrepancias entre las conclusiones de las pruebas de cargo y las ofrecidas por la defensa de los encausados se realizará un debate pericial y luego se determinará si en efecto de las conductas y actos realizados por los encausados fluye la existencia de acuerdos con fines colusorios a efectos de defraudar a la agraviada; que, en consecuencia, a

fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, debe anularse el auto recurrido [...]». (R. N. 4870-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de octubre de 2010)

«Que producida dicha contradicción entre las pruebas de cargo y de descargo, se imponía, que en el curso del juzgamiento se actúe la ratificación y examen del perito que formuló los informes contables favorables a los procesados, así como la actuación de un debate pericial con los peritos que informaron a favor de la incriminación fiscal [...]». (R. N. 251-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de agosto de 2010)

## 4. Informes de la Contraloría de la República

### ***Carácter preconstituido***

«El carácter preconstituido del Informe Especial, en cuanto auditoría de cuentas y pericia institucional, elaborado por Auditores Gubernamentales de una institución técnica del Estado, constitucionalmente autónoma y encargada de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado y de los actos de las instituciones sujetas a control, como las Municipalidades, no puede ponerse en duda —el carácter procesal de Informe y su preconstitución, por la propia naturaleza y complejidad de una auditoría gubernamental, que se encuentra debidamente reglada, hacen de él indisponible y urgente, que son las notas propias de la preconstitución probatoria y que permiten su valorabilidad por el Juez del Mérito—. Su valor procesal es incuestionable como tal. No existe fundamento legal ni, en el presente caso, elemento probatorio alguno que autorice razonablemente a cuestionar sus conclusiones. Tampoco se presentan vacíos relevantes que exijan una actividad pericial complementaria, única posibilidad que justifica una pericia alternativa, sin perjuicio de la actividad pericial de parte que puedan instar las partes procesales [...]». (R. N. 2736-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

### ***Carácter de prueba pericial, presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia y valoración ante ausencia de ratificación***

«[...] más allá de los actos previos de designación de peritos (que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de [...] la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados Informes Especiales—, que gozan de una presunción iuris tamtum de imparcialidad, objetividad y solvencia) [...]

“La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de

Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción —y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad, es razonable excepcionarlo [sic] sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial [...] no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona —primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo—, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad [...]

Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta (1) las características de la prueba pericial —con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales—, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social —la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia—, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico —falsedad— o el aspecto técnico —inexactitud— del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte [...]». (Acuerdo Plenario 2-2007/CJ-116 emitido por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias el 16 de noviembre de 2007)



# PRUEBA POR INDICIOS

## 1. Concepto

«Que, lo característica de la prueba indiciaria es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, debiendo reunir este tipo de elementos de juicio la característica de ser indicios, antecedentes, concomitantes, posteriores o subsiguientes y suficientes para concluir por la culpabilidad del agente o no». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

«[...] los indicios son algo más que las simples sospechas, pues tienen que apoyarse en datos objetivos y contrastables plenamente probados, así como tener una base legal sobre la comisión del hecho delictivo y de la vinculación del imputado con el mismo —elementos subjetivos indiciarios—; que, la sentencia condenatoria no se sustenta en auténticos indicios o datos objetivos concretos y materiales dotados de significación suficiente para proporcionar una base real de la que pueda inferirse lógicamente —más allá de las simples sospechas, suposiciones o conjeturas— que el encausado [...] está directamente implicado el hecho juzgado [...]». (R. N. 4901-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2010)

## 2. Requisitos

«[...] que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son— y (d) y deben estar

interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí—; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera —esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe—; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo [...]. (Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 emitido el 13 de octubre de 2006 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias que constituye como precedente vinculante al R. N. 1912-2005)

«Cuando se trata de varios indicios, en primer lugar, se debe proceder, de manera aislada, a un análisis crítico, en un segundo nivel de análisis, debe concluirse que son coincidentes o convergentes en el señalamiento de determinadas circunstancias; así deben estar interrelacionadas, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercuten sobre las restantes, retroalimentándose mutuamente, no solo se trata además de que sean varios y convergentes, sino que no deben desvirtuarse por otros, contra indicios, que arriban a otras alternativas. De esta forma, además de estar probados deben estar relacionados directamente con el hecho delictivo que constituye el tema probandum. Precisamente si a lo largo del proceso se verifica que existen contra indicios que desvanecen los indicios, o estos indicios no satisfacen los requisitos exigidos por el precedente vinculante glosado, por una cuestión de racionalidad y mínima lógica jurídica no se puede arribar a una sentencia condenatoria [...]». (Exp. 65-2007, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima el 15 de agosto de 2011)

### 3. Clasificación de los indicios

«En cuanto a los indicios, San Martín Castro, siguiendo la clasificación tradicional los distingue: (1) antecedentes, que están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito —

en ellos se encuentra los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa [SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2003, pp. 862-869]; (2) concomitantes, que resultan de la ejecución del delito. Se presentan simultáneamente con el delito; (3) subsiguientes, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito [...] se trata de los indicios de actitud sospechosa». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de febrero de 2010)

#### 4. Uso y valoración

«Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base o hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia o hecho indiciado*, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace o razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa



dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

En el *caso constitucional* de autos, del fundamento 14. c de la presente, se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.

No pretendiendo dar por agotada la discusión, y solo a modo de aproximación, podemos graficar lo siguiente:

**A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base.

Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*». (Exp. 728-2008-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 13 de octubre de 2008)

## 5. Prueba por indicios en los procesos penales por delitos contra la Administración pública

«Respecto de la potencialidad probatoria de los indicios, elementos a partir de los cuales solo es posible llegar a la certeza en determinados delitos,

como los que son materia del proceso [delitos contra la administración pública], siguiendo a Climent Durán corresponde precisar: para iniciar un procedimiento penal basta con unos indicios de baja intensidad probatoria, caracterizados, por una equivocidad o ambigüedad bastante elevada. La instrucción sumarial se encargará de confirmar o destruir tales indicios. Pero para procesar o inculpar a una persona, sometiéndola a un proceso penal, se requiere que esos indicios tengan mayor intensidad probatoria, y que por tanto su equivocidad sea menor. Por último para dictar una sentencia condenatoria es aún mayor la intensidad probatoria de los indicios, hasta el punto de que han de devenir totalmente inequívocos, con descarte de la menor ambigüedad, duda o reticencia sobre su eficacia probatoria». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de febrero de 2010)

«Que, la naturaleza del delito imputado [delito contra la administración pública] y las especiales circunstancias en que se desarrollaron los hechos, exigen una análisis exhaustivo de la carga probatoria [...] Resulta evidente que la sentencia de vista no ha valorado en su integridad los elementos de prueba indiciaria aportada, no obstante haberla reconocido». (R. N. 3910-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de marzo de 2008)

## 1. Definición

«La prueba prohibida o ilícita “es aquella prueba, cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable, por lo tanto, *“carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales [...], puede concluirse que la imputación penal no podrá sustentarse en aspectos del hecho que se han probado ilegítimamente, aun cuando el Juez tenga la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, la eficacia de la persecución cede de forma relevante ante los derechos fundamentales del procesado”* (GARCÍA CAVERO, Percy. *El derecho procesal penal frente a los nuevos retos del Nuevo Código Procesal Penal: acerca de las consecuencias político/criminales de la implementación del nuevo sistema procesal penal*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 28)». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2007)

«La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable». (Exp. 2053-2003-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 15 de setiembre de 2003)

«La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales [...]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

## 2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida

«A estos efectos, resulta pertinente la cita que realiza el profesor Martínez Arrieta, de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, que en sus propios términos suscribimos; así expuso que “[...] en un Estado de Derecho como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad solo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes instrumentos internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real”.

[...] En esa misma línea tenemos que el maestro Muñoz Conde dice: “El derecho procesal penal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa”.

[...] Ya el Tribunal Supremo Federal Alemán, en su clásica sentencia del 14 de junio de 1960, establecía que no hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio. “Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría clásica de la dualidad de verdades procesales (material y formal), sirvió para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita. Desde este planteamiento se argumentaba que todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el Juez para formar su convicción fáctica. Y como razón de refuerzo se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. En este contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin del proceso penal justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención”.

[...] Entonces, de todo lo precedentemente expuesto se concluye que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad solo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado Constitucional de Derecho.

[...] Es precisamente por ello que nuestro máximo intérprete de la Constitución, tiene dicho sobre el particular, que: “La prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: [...] (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba [...]”. Posteriormente ha expuesto, que: “[...] en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o

indirecta de algún derecho fundamental [...]». (Exp. 00005- 2011, sentencia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos el 21 de diciembre de 2011)

### **3. Prueba prohibida como derecho fundamental**

«No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución [...]». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

### **4. Prueba prohibida y violación de derechos fundamentales**

«[...] una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental [...]». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

«[...] Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

«[...] quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales [...]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema del 17 de setiembre de 2004)

«[...] que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante [...]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema del 17 de setiembre de 2004)

### **5. Declaración obtenida mediante violencia**

«En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159 del Nuevo Código Procesal Penal [...]»

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

[...] En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

## 6. Validez de prueba incorporada de forma irregular

«[...] quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales [...]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 17 de setiembre de 2004)

«Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

[...] No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la reglas de anulabilidad. Si el defecto

no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

## 7. Efectos: inutilización y exclusión

«Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad [sic] y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida [...]». (R. N. 9-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de mayo de 2007)

«[...] de modo que la misma (la prueba prohibida) deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable [...]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

«[...] por lo que es evidente la lesión de este último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad [...]». (R. N. 9-2006, Ejecutoria Suprema del 14 de mayo de 2007)

## 8. Excepciones a la prueba prohibida

### *Teoría del riesgo*

«También se contemplan en la doctrina diversas excepciones a la teoría de la prueba ilícita, entre las que se encuentra la Teoría del Riesgo, que se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otro hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este.

Al respecto, Reaño Peschiera señala que, “A mi juicio la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su validez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter

público, lo cual ocurrirá generalmente [...] no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor [REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004] [...] la C.I.D.H señala que “*En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación*” [Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Escher y otros contra el Estado de Brasil, sentencia emitida el 6 de julio de 2009]. De lo que se desprende que, lo señalado por la Corte está referido a supuesto distinto al que en materia de autos, referido a una interceptación telefónica efectuada por las autoridades respecto a conversaciones particulares y no a la grabación de la conversación precisamente». (Exp. 182-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 18 de julio de 2012)

«La supuesta indefensión de sus derechos provino más bien de a su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-participe [...] Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario que *venire contra factum proprium* (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado [...]». (Exp. 21-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de febrero de 2001)

«Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida



a través del engaño al inculpaado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

### ***Teoría de la ponderación de intereses***

«Si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio —ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro— no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida —en este caso, la inviolabilidad domiciliaria—, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución pena —que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación». (R. N. 4826-2005, Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2007)

«[...] Ahora bien, en el proceso penal han quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna [...]». (Exp. 2053-2003-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 15 de setiembre de 2003)

«Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de

mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

***Teoría de la destrucción de la mentira del imputado***

«Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

## 1. Declaraciones del coimputado

«Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial —no existe por ese hecho descalificación procedimental—, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad —no de mera legalidad—, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

- a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
- b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador

puede optar por la que considere adecuada». (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

## 2. Declaraciones del agraviado

«Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal del párrafo anterior». (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«[...] la comisión de un hecho delictivo, por un lado, da lugar a la responsabilidad penal pero también, en cuanto Acto Ilícito que produce daño a Terceros a una Responsabilidad Civil, conocida como *responsabilidad civil ex delicto*. El tercero civilmente responsable resulta ser aquel sujeto procesal, persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del delito y sin alcanzarle responsabilidad penal, asume el pasivo civil quedando, por disposición de la ley, solidariamente obligado con el o los responsables penales, por el importe de la Reparación Civil.

Este tipo de responsabilidad se rige por la Teoría de la Responsabilidad Civil [...] Extracontractual, debiendo acotar que esta responsabilidad supone la violación del deber general de no causar daño a otro». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] las funciones de la Responsabilidad Civil, que según la doctrina mayoritaria son: a) reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; b) retornar el status quo ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; c) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; d) disuadir a cualquiera que intenten, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros; y modernamente se han incluido e) la distribución de las pérdidas y f) la asignación de costos, desde una perspectiva de Análisis Económico del Derecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] la Responsabilidad Civil posee elementos constitutivos [...]: a) la imputabilidad, es decir la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, b) la ilicitud o antijuricidad, es decir la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; c) el factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad al sujeto, es decir, es el fundamento del deber de indemnizar; d) el nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; y d) el daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] en función del Factor de Atribución, cabe señalar que existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que la ley considera objetivamente o prescindiendo del criterio de la culpa) [...]». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] Responsabilidad Objetiva, es decir aquella que se basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico [...]; siendo el criterio de imputación, la relación que existe entre el responsable y el sujeto que ha causado el daño, pues desde esta óptica el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada por el “tercero”, debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio)». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Para que se configura esta responsabilidad deben darse los siguientes requisitos: a) una relación de subordinación, debiendo indicarse que lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa a pedido, por cuenta o en interés de otro, quien por ser titular de la actividad, a cuya instancia se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad; b) que el subordinado ocasione daños, siendo uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva) del principal que el dependiente incurra en responsabilidad subjetiva (a título de dolo o culpa), no descartándose, como se dijo antes que haya casos de responsabilidad objetiva por parte del dependiente, y c) que exista una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño. Debiendo recalcar una vez más que en este caso la responsabilidad del Tercero Civilmente Responsable o principal no es a título subjetivo sino objetivo, vale decir que si se verifica la concurrencia de los elementos que la ley señala, entonces aparece la responsabilidad civil». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«La Reparación Civil se determina conjuntamente con la pena, en ella se comprende: a) La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo noventa y tres del Código Penal, en tal virtud, la reparación civil debe

guardar proporción con el daño y perjuicio ocasionado al agraviado». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«El artículo 59 del Código Penal establece como efectos del incumplimiento del pago de la reparación civil la facultad de que el juez puede determinar de acuerdo a su criterio y las circunstancias del caso particular las siguientes acciones: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; y, 3. Revocar la suspensión de la pena». (Exp. 02826-2011-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«[...]el incumplimiento de la reparación civil no puede generar consecuencias que restrinjan la libertad personal en el proceso penal, que el Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente 1428-2002-HC/TC (fundamento 2) que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, constituye una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, *no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen*, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados». (Exp. 02826-2011-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal “c”, del inciso 24), del artículo 2 de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil [...]

Sin embargo, tal precepto constitucional —y la garantía que ella contiene— no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás

de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados». (Exp. 1428-2002-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 5 de julio de 2002)



# TRÁFICO DE INFLUENCIAS

## 1. Bien jurídico

«Al respecto, desde el Derecho Penal se ha entendido que la tipificación de actos de Tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa [SAN MARTÍN y otros. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Bien jurídico protegido.- Un atentado, aunque lejano contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función (Abanto Vásquez), el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa (Rojas Vargas), nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, siguiendo a Fidel Rojas Vargas, el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y se la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva, pues el delito se consuma con prescindencia de tales cualificaciones, al recaer la conducta típica en momentos anteriores a la dación de la resolución o de la influencia practicada sobre el sujeto público, la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de la intermediación». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[...] al ser un delito de peligro abstracto, es irrelevante que se verifique si se ha producido o no el resultado o influencia efectiva (física y temporalmente separado de la conducta) sobre los funcionarios públicos, sino que los intervinientes en el hecho punible (autor o partícipe) tengan la capacidad material de perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del

funcionario que tiene conocimiento del caso administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a los bienes jurídicos de carácter institucional de la entidad u organismo del Estado [...]. (Exp. 00193-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 18 de julio de 2013)

«[El tráfico de influencias] constituye una figura autónoma, protegiendo como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, si bien se admite siguiendo posiciones de la doctrina que se constituye en un adelanto de la barrera de protección penal [...].» (Exp. 023-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 10 de noviembre de 2004)

## 2. Tipicidad de la conducta

### **Sujeto activo**

«Sujeto activo.- Puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público; el sujeto pasivo es el Estado, depositario del bien jurídico afectado por el accionar del sujeto activo.

No se trata de un delito especial propio, sino de un delito común. La redacción vigente conforme a la Ley 28355 vigente al momento de los hechos acusados, establece agravante cuando el agente es un funcionario o servidor público, en cuyo caso se prevé una penalidad de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad e inhabilitación. Si bien se encuentra dentro de los delitos contra la Administración pública, la opción del legislador ha sido la de penalizar una modalidad de corrupción cometida por un particular». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 567] En el delito de Tráfico de Influencias, el sujeto activo es indeterminado, es decir, puede ser cualquier persona, no obstante, si el sujeto activo tiene posición de garante respecto de la Administración de Justicia, al ser un Magistrado del Poder Judicial, esto constituye una circunstancia agravante [...]

Si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400 del Código Penal. En tal sentido, a efectos de materializarse la agravante no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración

pública [...] el tipo penal solo exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

### ***Sujeto pasivo***

«En el delito de tráfico de influencias el único que puede ser agraviado es el Estado». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

### ***Elementos del tipo***

«[...] se exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas —no se requiere de ejercicio efectivo de influencia—, y en tal virtud obtenga determinados beneficios —no necesariamente patrimoniales— con el ofrecimiento de influir en un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006).

«El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas —no se requiere el ejercicio efectivo de la influencias— [...]». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006)

«De la lectura del tipo penal, se aprecia claramente que el núcleo rector describe al agente que invoca influencias reales o simuladas sobre un funcionario o servidor público; es decir, se convence para la entrega de una ventaja, aun cuando no se influya realmente sobre los terceros de la administración pública, que va a resolver el asunto que le interesa al comprador o no se tenga la capacidad de hacerlo, en tanto no es necesario para la estructura fenoménica del delito, pues la influencia puede ser simulada —no debe existir necesariamente de manera real objetiva—. Asimismo, el tipo penal se perfecciona mediante la promesa, que significa la posibilidad de un provecho económico futuro». (R. N. 3824-2012, sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria el 9 de mayo de 2013)

«[...] es necesario precisar que la conducta típica exigida al agente, en el delito de tráfico de influencias, es la de recibir, hacer dar o prometer para sí o para otro (por parte del interesado en el ejercicio de la influencia a su favor) donativo o promesa o cualquier otra ventaja. El tipo no exige en forma alguna que el agente o “traficante de humo” (como se le denomina en doctrina) entregue o prometa beneficio alguno al funcionarios influenciado,

incluso el tipo penal, ni siquiera exige que la influencia o el vínculo entre el traficante de humo y el funcionario público exista, ante lo cual, mal puede exigirse que el funcionario haya participado en la entrega de dinero que alega el procesado, a fin de constituir el ilícito atribuido al procesado». (R. N. 2214-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de enero de 2005)

«De la simple lectura de este dispositivo legal se puede establecer que el mismo, sanciona un tipo penal complejo, complejidad esta que surge de la diversidad de conformarlo, así como la necesidad de que además del autor, exista otro sujeto cuya relevante actividad va a permitir la lesión al bien jurídico protegido dentro de injusto». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«Así tenemos, que del enunciado del artículo cuatrocientos se desprende lo siguiente: (i) el autor siempre será el que invoque influencias, sean estas reales o simuladas (primera conducta, realizada por el denominado en doctrina “vendedor de humo”); (ii) a cambio de recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, por parte de la persona interesada (segundo sujeto interviniente en el ilícito) en que se ejerza la influencia, donativo o promesa o cualquier otra ventaja; (iii) con el ofrecimiento de que el “vendedor de humo” interceda ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«El citado delito, previsto y sancionado por el artículo cuatrocientos del Código Penal, tiene como elementos típicos (a) al traficante de influencias —que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público— [*sujeto activo*]; (b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración Pública, con la necesidad de que esta goce de confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad [*sujeto pasivo*]; (c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida como la capacidad —posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada [*medio delictivo*]; (d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación, [*prestación del agente*]; y, (e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales [HURTADO POZO, José.

«Interpretación y aplicación del artículo cuatrocientos del Código Penal del Perú: delito llamado de *Tráfico de Influencias*». En *Anuario de Derecho Penal «Interpretación y Aplicación de la Ley Penal»*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2006, pp. 268-289].» (Exp. AV-06-2006, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia el 21 de mayo de 2007)

«En todo caso, la promesa o ventaja a la que hace referencia el artículo cuatrocientos del Código Penal, es decir el pacto entre el comprador y el vendedor de influencias, sobre la dación de una ventaja, dádiva o promesa de ofrecimiento, no debe presumirse ni inferirse [...] En el delito de Tráfico de Influencias debe mediar un nexo causal entre la invocación de la influencia por parte del intermediario y la entrega de la contraprestación (dádiva, donación, o ventaja) por parte del interesado. Es decir que lo que motiva al interesado a dar la contraprestación al vendedor de influencias es justamente la invocación que de estas el traficante efectuó. (Exp. 017-2001 sentencia emitida por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«El tipo penal requiere la concurrencia de diversos actos ejecutivos: a) Invocación de influencias; elemento que alude a lo que tradicionalmente se conoce como “venta de humo” y con el cual se inicia la conducta típica; b) Ofrecimiento de interceder, a favor del interesado ante funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; se trata de un acto intermedio de parte del traficante de influencias, que permite el pacto entre este y el interesado; c) Recibir, dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja por parte del interesado; o hacerse dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja por parte del traficante. La presencia de estos verbos rectores cierra la tipicidad de la figura legal que se analiza. Ellos expresan el pacto —entre el traficante que oferta sus influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental. El delito se ha consumado al haberse producido la entrega del donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja para que el traficante interceda por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados por la norma penal. El provecho económico percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito puede ser para el mismo o de un tercero». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 560] Que la modalidad materializada por el verbo prometer significa

que el agente invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índoles en un futuro cercano [...] hacer dar significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho que el agente-trafficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el trafficante». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

### ***Interpretación del elemento “caso administrativo”***

«[...] el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública [...]

En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

«[...] debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo [...]». (R. N. 11-2001, Ejecutoria Suprema del 23 de julio de 2003)

### ***Dolo***

«[SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 579] solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente

—al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder— está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con el ánimo de obtener ventaja [...]». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

### 3. Consumación

«Siendo así, no es suficiente para que se materialice el delito que el agente solo se limite a invocar sus influencias, sean estas reales o simuladas, ni que el vendedor de influencias las ejerza a fin de configurarse el ilícito; resulta indispensable que se haya obtenido o entregado efectiva o potencialmente la contraprestación. María del Carmen García Cantizano sostiene “que en el Tráfico de Influencias se requiere una solicitud de ventaja y un compromiso del traficante de interceder ante un funcionario público; pero no basta con la simple solicitud, por cuanto el legislador sanciona este hecho cuando ya el traficante ha obtenido la ventaja, bien de manera efectiva, o bien de manera potencial a través de una promesa. Agrega además que para admitir la existencia de este delito es preciso demostrar que el traficante ha recibido efectivamente una ventaja o la promesa de recibirla por cuanto de lo contrario, no solo no se habría consumado el delito, sino que ni siquiera se habría llegado al grado de tentativa». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«Cesar San Martín Castro (*Los delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores 2003, pp. 25-26), sostiene que 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 o intercesión se haga efectivo». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior Justicia de Lima recaída el 9 de julio de 2003)

«Es además un delito de simple actividad, que no requiere para su consumación que se produzca lesión al bien jurídico protegido, basta la sola realización de la conducta, lo que determina además su naturaleza de delito instantáneo, que se deriva del verbo rector “invocar”». (Exp. 00172-2011,

sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

***Tráfico de influencias como delito de intervención necesaria***

«Un sector de la doctrina tiene establecido que estamos frente a un delito de encuentro, pues supone un supuesto de participación necesaria, ya que para su realización se necesita de la intervención de más de una persona. En nuestro sistema, jurisprudencialmente se admite esta tesis por lo que la participación del interesado puede darse en grado de instigación o complicidad». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«El tráfico de influencias es un tipo penal común de intervención necesaria al tratarse de un delito de encuentro, porque constata la concurrencia de sujetos: el traficante, el interesado y otros intervinientes de ser el caso. Si bien existen posiciones a favor y en contra de la punibilidad de los títulos de participación —instigador y cómplices—, el Colegiado considera que tal intervención es posible y corresponderá establecer en cada caso concreto los límites de la responsabilidad penal.

[...]

La intervención del interesado en el caso que nos ocupa se sustenta en la teoría de la intervención delictiva (injusto de intervención). Tanto el autor como el partícipe acceden al tipo penal de la parte especial por el aporte al hecho principal común y la vinculación al injusto, ello conforme al “principio de accesoriadad”, toda vez que los dispositivos 23, 24 y 25 del Código Penal se refieren a la intervención en el “hecho punible”. Principio que se compatibiliza con el de “autorresponsabilidad”, según el cual cada persona es responsable penalmente por su propia conducta, ya que no se puede imputar a un sujeto lo que hace responsable a otra persona. Interpretación que a criterio del Colegiado no infringe el principio de legalidad.

[...]

Por otro lado, el cómplice no solo requiere la aceptación de la invocación de la influencia real y del ofrecimiento de interceder por parte del traficante, sino la compra de los mismos mediante la promesa de donativo. El aporte no solo se mide por la contribución fáctica del cómplice primario (contenido en reuniones, acuerdos, suministro de información, llamadas telefónicas, correos electrónicos, audios y videos, etc.) que constituye un referente o una pauta de valoración, sino también, en un sentido jurídico-normativo, como quebrantar las expectativas inherentes al rol o comportamiento



(imparcialidad y objetividad) del funcionario que tiene conocimiento del caso administrativo a través de un traficante ante determinado organismo del Estado». (Exp. 00193-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Suprema el 18 de julio de 2013)

#### 4. Valoración de la prueba

«[...]Teniendo en cuenta la declaración actuada en este Juicio Oral del testigo [...], el cual previo juramento de ley ha señalado de modo convincente y razonable para la A quo, que cuando el acusado mandó a llamar y el testigo ya había conversado con sus colegas y por tanto presumía que le iba a ofrecer lo que a los otros asistentes técnicos, al escuchar el ofrecimiento del acusado de agilizar sus trámites de crédito a cambio del 0.6% del monto de dicho crédito, el testigo convino en ello, incluso refiriendo que “es un negocio, en hora buena” y que si todos ganan, eso era bienvenido, accediendo por tanto de modo expreso, tal es así que en este caso la conducta imputada al acusado si se encuadra y verifica su comisión en el tipo penal del delito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS, por cuanto el acusado logró o hizo prometer al tercero una ventaja o beneficio para el acusado y en este caso el pago del equivalente al 0.6% del crédito obtenido, resulta irrelevante si se llega o no cumplir con dicho pago». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

«[...] reconociéndole la A quo valor probatorio a dicha prueba en tanto no constituye prueba prohibida por cuanto según el Acuerdo Plenario Superior de la Nacional Penal del 2004 se admite la validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido [...]». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)



# USURPACIÓN DE FUNCIONES

## 1. Bien jurídico

«[...] dado que el numeral en mención se encuentra comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la Administración Pública, con ella se protege el buen funcionamiento precisamente de dicha actividad del Estado, reprimiéndose así [...] la arbitrariedad de la actividad funcional así como la ilegalidad de la misma». (Exp. 1173-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 13 de agosto de 1998)

## 2. Tipicidad de la conducta

«El hecho que el inculpado intente detener a una persona mostrándole la orden judicial para su captura y realizando disparos al aire, constituye delito de usurpación de autoridad, al no tener facultades un particular para ello. No excluye de responsabilidad al inculpado el que haya sido Policía anteriormente ni que tuviera un proceso penal pendiente con la víctima, en tanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna». (Exp. 558-93, sentencia emitida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac el 19 de setiembre de 1996)



## A

- Abuso de autoridad: 15.
- Abuso del cargo: 63, 64, 88.
- Accesoriedad limitada: 40, 41, 42, 70, 142, 190.
- Acto arbitrario: 15, 16, 17, 18.
- Acto simulado: 115.
- Actos de malversación: 107.
- Acuerdo colusorio: 71, 72, 73, 78, 79, 82.
- Acusación Constitucional: 20, 22.
- Administración o custodia: 34, 39, 130, 131, 133, 134, 137, 138, 144, 145, 153, 154.
- Antejjuicio: 19,20,21,22,23,24,25,26,31,39,155.
- Aplicación pública definitiva diferente: 105, 106.
- Apropiación: 46, 109, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 145, 146.
- Aprovechamiento indebido del cargo: 82, 118.
- Atipicidad: 126, 142.
- Ausencia de transparencia y formalidad en la contratación como indicio: 119.
- Autoría y Participación: 33.

## B

- Bien jurídico genérico: 45.
- Bilateralidad: 50, 59, 61, 71, 118.

## C

- Carácter preconstituido de los Informes de la Contraloría: 160.
- Carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad: 17.
- Caso administrativo en el delito de tráfico de influencias: 188.
- Caudales públicos: 34, 39, 108, 109, 111, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 148.
- Clasificación de los indicios: 164.
- Cohechos pasivo propio: 47.
- Cohecho pasivo impropio: 52.

- Cohecho activo genérico: 59.
- Colusión desleal: 69.
- Cómputo del plazo de prescripción: 151.
- Concertación: 69, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 82, 84, 107.
- Concurso aparente: 82, 90.
- Concusión: 63.
- Consumación mixta del delito de concusión: 64.
- Contexto Típico de delito de colusión y negociación incompatible: 78, 116.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: 77, 100.
- Convención Interamericana contra la corrupción: 36, 37, 99, 100, 102.
- Culpa o negligencia: 57, 137, 138, 180.

## D

- Daño en la Reparación Civil: 179, 180.
- Debate pericial ante contradicciones: 159.
- Declaración obtenida mediante violencia: 171.
- Declaraciones del agraviado: 178.
- Declaraciones del coimputado: 177.
- Declaraciones juradas: 103.
- Deducción o inferencia en la prueba por indicios: 163.
- Defraudación en el delito de colusión: 73.
- Delito de encuentro: 117, 190.
- Delito de mera actividad: 54, 81.
- Delito de mera actividad y de resultado: 51.
- Delito de peligro: 118, 183.
- Delito de resultado: 60, 65, 75.
- Delitos especiales propios: 39, 42.
- Delitos especiales propios e impropios: 36.
- Delito permanente: 88, 89, 90.
- Delito pluriofensivo: 129.
- Destino original de los fines públicos: 108.
- Determinación de la pena: 85.
- Diferencia entre el antejuicio y juicio constitucional: 20.
- Diferencia entre el delito de abuso de autoridad con el delito de excesos en la facultad de mando: 17.
- Diferencia entre el delito de abuso de autoridad con el delito de usurpación de funciones: 17.

- Diferencia entre el delito de peculado y el delito de peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad: 144.
- Disponibilidad jurídica: 130, 133, 154.
- Documentos videográficos y audiográficos: 157.
- Dolo: 16, 39, 57, 61, 64, 72, 80, 81, 86, 88, 116, 117, 122, 126, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 142, 145, 146, 154, 180, 188.
- Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico: 35.
- Donativo, ventaja o dádiva: 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 72, 75, 115, 118, 123, 127, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191.
- Dúplica del plazo de prescripción: 109, 118, 147, 151, 152, 153.

## E

- Efectos públicos: 34, 135, 139, 141.
- Ejercicio de la función pública: 16, 119, 184.
- Enriquecimiento ilícito: 87.
- Error de tipo: 16, 136.
- Estado de necesidad justificante: 108.
- Exacción ilegal: 93.
- Excepciones a la prueba prohibida: 173, 174, 175, 176.
- Exigencia indebida, arbitraria: 93, 94.
- Extraneus: 36, 40, 41, 42, 43, 48, 49, 72, 77, 89, 90, 117, 141, 142, 154.

## F

- Factor de atribución: 179, 180.
- Falta de confesión sincera: 67.
- Filmaciones de carácter no público: 157.
- Fines asistenciales, apoyo social: 129.
- Fines privados: 139.
- Fines públicos: 108.
- Funcionario de facto: 38.
- Funcionario electo: 39.
- Funcionario Público: 36, 37.

## G

- Garantía al proceso previamente establecido: 19.
- Garantía al juez imparcial e independiente: 20.

## I

- Imparcialidad: 45, 47, 53, 59, 70, 160, 183, 184, 191.
- Imputación objetiva: 142, 143.
- Incremento indebido del patrimonio, desproporción, desbalance patrimonial: 87, 88, 90, 91, 148.
- Indemnidad parlamentaria: 24.
- Indemnización: 146, 180.
- Inducir: 63, 65.
- Influencias reales: 185.
- Influencias simuladas: 185.
- Informes de la Contraloría de la República: 160.
- Infracción Constitucional: 22, 27, 29.
- Infracción del deber: 33, 35, 75, 136.
- Inhabilitación penal y sanción administrativa: 96.
- Inhabilitación política: 29, 30.
- Inhabilitación, inhabilitación judicial: 30, 95, 96, 97, 101, 146, 147.
- Interceder: 124, 187, 188, 189, 190.
- Interés constitucionalmente protegido: 101, 102.
- Interés indebido: 114, 115, 116.
- Interés privado: 113, 114, 116, 125.
- Interesarse de forma directa: 115.
- Interesarse de forma indirecta: 115.
- Interesarse indebidamente: 114.
- Interrupción del plazo de prescripción: 31, 152, 154, 155.
- Intervención necesaria, participación necesaria: 71, 190.
- Intraneus: 36, 41, 42, 43, 49, 50, 72, 77, 105, 131, 141.
- Inutilización y exclusión de la prueba prohibida: 173.
- Invocar, invocación: 183, 186, 187, 189, 190.
- Irrelevancia de la etapa del negocio: 116.

## J

- Juicio Constitucional: 19, 20.
- Juicio político por infracción constitucional: 22, 27.
- Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional: 25.

## L

- Lealtad, probidad: 33, 47, 53, 70, 76, 87, 129, 130.



- Lesión, violación de derechos fundamentales: 169, 170, 171.
- Lucha contra la corrupción y su valor constitucional: 101.

## M

- Malversación de fondos: 46, 105, 106, 107, 108, 109, 120, 144.

## N

- Ne bis in idem: 96, 111.
- Negligencia o culpa del funcionario: 57, 138.
- Negociación incompatible: 113.

## O

- Obligar: 63, 64.
- Ofrecer: 57, 58, 59, 60, 61, 189, 191.
- Omisión de actos funcionariales: 121.
- Omisión impropia: 107.
- Omitir: 47, 48, 49, 50, 54, 80, 121.

## P

- Pacto ilícito, acuerdo clandestino: 58, 70, 71, 82.
- Patrocinio ilegal: 123, 124, 125, 126.
- Peculado culposo: 137, 138.
- Peculado de uso: 140, 141.
- Peculado doloso: 133, 134, 138, 145, 146.
- Peculado por extensión: 138.
- Pena conjunta: 95, 96.
- Pena principal: 95, 96, 147.
- Percepción: 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 144, 145, 153, 154, 161.
- Pericia contable: 71, 82, 91, 133, 148.
- Perjuicio a la función encomendada: 108.
- Perjuicio patrimonial: 69, 71, 74, 76, 77, 78, 118, 133.
- Plazo de prescripción en caso de extraneus: 154.
- Plazo de prescripción ordinario y extraordinario: 152.
- Posición de garante: 107, 184.
- Prescripción: 31, 35, 45, 101, 109, 118, 147, 151, 152, 153, 154, 155.

- Principio Constitucional de proscripción de la corrupción: 103.
- Principio de buena administración: 45, 102.
- Principio de consunción: 82.
- Principio de legalidad presupuestal: 105, 109.
- Principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del Estado: 129, 132.
- Prohibición de regreso: 143.
- Prometer: 57, 60, 61, 63, 64, 65, 185, 186, 187, 191.
- Provecho de terceros: 46, 109.
- Prueba documental: 157.
- Prueba ilícita: 169, 171, 172, 173, 176.
- Prueba pericial: 149, 159, 160, 161.
- Prueba por indicios: 163, 165, 167.
- Prueba prohibida: 169.
- Prueba testimonial: 177.

## R

- Registro de inspecciones laborales: 157.
- Rehusar: 121, 144.
- Relación entre la ilicitud del enriquecimiento y el uso del cargo: 89.
- Relación con el cargo en el delito de abuso de autoridad: 16.
- Reparación civil: 146, 179, 180, 181.
- Responsabilidad objetiva: 180.
- Retardar: 180.

## S

- Separación de poderes: 22, 24.
- Simulación de la contratación pública: 83.
- Solicitar o aceptar: 49, 55.
- Subsidiariedad del tipo penal: 81, 89.
- Suspensión del plazo de prescripción: 31, 155, 181.
- Suspensión e interrupción del plazo de prescripción: 154.
- Sustracción: 38, 131, 137.

## T

- Tenencia material directa: 130.
- Teoría de la ponderación de intereses: 175.

- Traficante de humo: 185, 186.
- Tráfico de influencias: 183.

## U

- Unidad del título de imputación: 40, 41, 42.
- Usurpación de funciones: 193.
- Utilización: 105, 111, 129, 134, 135, 137, 138, 139.

## V

- Validez de prueba incorporada de forma irregular: 172.
- Vehículos motorizados: 141.
- Venta de humo: 187.
- Viáticos: 138, 139, 140.
- Videgrabaciones en local público y con autorización de interlocutor: 157.
- Vínculo funcional, competencia funcional: 34, 36, 48, 106, 113, 114, 130, 132, 133, 138, 149, 154.

