

«Año de la unidad, la paz y el desarrollo»



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN  
MARCOS**

Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Escuela de Derecho y Departamento de Derecho Público

**Material de enseñanza**

**DERECHO PENAL III y IV  
(PARTE ESPECIAL 2 y 3)**

**Elaborado por: *Magister* Alexei Dante Sáenz Torres**

**Jesús María, agosto de 2023**

## **DEDICATORIA**

**A mis padres, Julia Torres Torre y Hermógenes Ivento Saenz Marín (†), quienes me formaron y forjaron en el camino en el que hoy me encuentro, orientando con responsabilidad y compromiso desde hace más de dos décadas a las generaciones de profesionales del derecho que vienen realizándose y otros que se encuentran en pleno proceso formativo, en donde el mundo no solo es el desarrollo de competencias y aptitudes, sino de investigación y transformación para que la coexistencia este nuevo siglo sea más llevadera y sostenible.**



# ÍNDICE

**INTRODUCCIÓN**

**COMPETENCIAS**

**GUÍA DE PREGUNTAS**

**DESARROLLO TEMÁTICO Y LECTURAS DE APOYO**

**UNIDAD 1: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO**

**1.PRIMERO: Benítez Ortúzar, I. (2015).** Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI). “De las defraudaciones” (II). “De la administración desleal”. “De la apropiación indebida”. “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 545-561.

**UNIDAD 2: DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS**

**1. PRIMERO: Segrelles de Arenaza, Í. (2022).** Los delitos de insolvencia punible (delitos concursales). En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal de Sociedades Mercantiles (pp. 428-446). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi

### **UNIDAD 3: DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**

- 1. PRIMERO: Núñez Fernández, J. (2017).** La punibilidad en el tratamiento penal del terrorismo: Estudio de art. 579 *bis* 3 CP. En Núñez Fernández, J. (2017). Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena (pp. 99-151). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

### **UNIDAD 4: DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL**

- 1. PRIMERO: García Navarro, E. (2020).** Atentados contra la independencia e integridad del Estado. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 51-65.

### **UNIDAD 5: DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**

- 1. PRIMERO: García Navarro, E. (2020).** Rebelión. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 253-293.

- 2. SEGUNDO: García Navarro, E. (2020).** Sedición. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 294-313.

## **UNIDAD 6: DELITOS CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA**

- 1. PRIMERO: Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015).** Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 787-800.

## **UNIDAD 7: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

- 1. PRIMERO: García Navarro, E. (2022).** Colusión defraudatoria. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 587-587.
- 2. SEGUNDO: García Navarro, E. (2022).** Peculado propio. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 821-1021.

3. **TERCERO: García Navarro, E. (2022).** Malversación de bienes públicos. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1048-1096.
4. **CUARTO: García Navarro, E. (2022).** Tráfico de influencias. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1502-1595.
5. **QUINTO: García Navarro, E. (2022).** Enriquecimiento ilícito. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1695-1774.

## **UNIDAD 8: CIBERCRIMINALIDAD**

1. **PRIMERO: Palazzi, P. (2018).** El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn). En Dupuy D. (Dir.). Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet (pp. 145-182). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.
2. **SEGUNDO: Villacampa Estiarte, C. (2018).** El «cyberstalking» como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación en derecho penal español. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Albero, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo

Quintero Olivares (pp. 1111-1128). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

## **UNIDAD 9: DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

- 1. PRIMERO: Olasolo, H. (2022).** Reflexiones sobre la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y los obstáculos para una respuesta eficaz desde el derecho público y el derecho internacional. En Lascano, C. y García, S. (Dir.). La relevancia de la dogmática en el Derecho Penal Internacional (pp. 73-101). Madrid, España. Marcial Pons
- 2. SEGUNDO: Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015).** Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 853-863.

## **Anexos:**

### **1. Proyectos de Ley.**

#### **Proyecto de Ley de la Unidad 1 (Delitos contra el Patrimonio):**

- **Proyecto de Ley N° 5631/2023-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el artículo 200°-A al Decreto Legislativo 635 (Código Penal), a fin de incluir dentro del delito de extorsión, la modalidad de los préstamos dinerarios que se realizan por aplicativos digitales.

#### **Proyecto de Ley de la Unidad 7 (Delitos contra LA Administración Pública):**

- **Proyecto de Ley N° 5692/2023-CR**, en virtud del cual se propone sancionar la corrupción en el Instituto Nacional Penitenciario – INPE, mediante la modificación de los artículos 395°-A y 395°-B del Código Penal, incorporando al trabajador del Instituto Nacional Penitenciario como sujeto activo del tipo penal.
- **Proyecto de Ley N° 5264/2022-GL**, en virtud del cual se propone incorporar al inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal, a los serenos municipales, policías municipales, fiscalizadores municipales y ejecutores y auxiliares coactivos municipales.

#### **Proyecto de Ley de la Unidad 8 (Cibercriminalidad):**

- **Proyecto de Ley N° 5222/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el Código Penal para los delitos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, debido a nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información.

#### **Proyecto de Ley de la Unidad 9 (Derecho Penal Internacional):**

- **Proyecto de Ley N° 4919/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el Código Penal, ampliar las causales de salida obligatoria y las causales de expulsión de



extranjeros que afectan los intereses de la Nación y faculta a la Superintendencia Nacional de Migraciones a revocar la calidad migratoria otorgada.

- **Proyecto de Ley N° 4810/2022-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el delito de ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional.

## **2. Resoluciones.**

### **Resoluciones para la Unidad 1 (Delitos contra el Patrimonio):**

- Recurso de Nulidad N° 681-2022-Lima/Sala Penal Transitoria, de fecha 27.03.2023 (Ponente: Barrios Alvarado).
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2938/2022, de fecha 11.07.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3145/2020).

### **Resolución para la Unidad 2 (Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios):**

- Casación N° 670-2021-Puno/Sala Penal Permanente, de fecha 21.02.2023 (Ponente: Carbajal Chávez).

### **Resoluciones para la Unidad 3 (Delitos contra la Tranquilidad Pública):**

- Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 6639/2022, de fecha 08.04.2022 (Ponente: José Sierra Fernández).
- Recurso de Nulidad N° 925-2018-Nacional/Sala Penal Permanente, de fecha 21.05.2019 (Ponente: Chávez Mella).

### **Resolución para la Unidad 5 (Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional):**

- Recurso de Nulidad N° 1282-2017-Lima/Sala Penal Transitoria, de fecha 06.11.2018 (Ponente: Castañeda Espinoza).

### **Resolución para la Unidad 8 (Cibercriminalidad):**

- Sentencia N° 126-2020, recaída en el Expediente N° 122-2020-0-3208-JR-PE-01, de fecha 04.12.2020.

### **Resolución para la Unidad 9 (Derecho Penal Internacional):**

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 298/2015, de fecha 13.05.2015 (Ponente: Manuel Marchena Gomez).

# INTRODUCCIÓN

La docencia universitaria representa una actividad que cada vez más se va profesionalizando como línea de carrera en el sistema universitario, de allí que para muchos la docencia significa un hacer voluntarioso, así esto se limitaba a la preparación de la sesión de clase magistral donde primaba la intervención casi exclusiva del docente, quien bastaba que se tratara de un profesional, sin embargo de este modelo al modelo vigente donde el docente tiene diversas actividades, desde la preparación de la sesión en el aula con la idea de motivar, e interactuar permanentemente con los alumnos, en mayor o menor grado y dependiendo de la disciplina académica, hasta la realización de los trabajos de investigación y las actividades de responsabilidad social fuera del aula.

De esta manera, la responsabilidad que se tiene en el pregrado de derecho es más que relevante, pues la preparación de la sesión de clase, así como la realización de investigaciones por parte del docente y de los alumnos, requieren de contar con los insumos básicos tales como los textos que contengan la actual discusión de los temas de la respectiva materia, en nuestro caso del derecho penal, parte especial III y IV, sea en material físico (tal vez lo que menos se ha invertido en la actualización) o virtual (revistas electrónicas, libros, artículos e informes), o el acceso a bases de información (en los últimos años la Facultad adquirió el portal de Tirant lo blach y la universidad otras bases más).

Es así que a pesar de las limitaciones de acceso a fuentes actuales, los docentes nos vemos obligados a mantenernos actualizados a fin de que nuestros alumnos del pregrado puedan tener acceso a las actuales discusiones, es por esa razón que el presente material tiene el propósito de ayudar a que nuestros alumnos tengan este acceso y de esta manera se inicien en el proceso de enseñanza aprendizaje e iniciarse en la investigación a fin de que dicha información sirva para poder realizar sus artículos con la idea de poder publicarlos posteriormente en lo que respecta al curso de derecho penal parte especial.

A continuación, señalo el tratamiento de los materiales consignados, precisando que se han tomado en cuenta lecturas actualizadas algunas de la doctrina nacional y otras de la doctrina comparada, en las que se ha realizado una pequeña sumilla por cada una de ellas, así como también las propuestas de ley que se han presentado en la actual legislatura, y las resoluciones judiciales tanto del derecho nacional como del derecho comparado, con una breve síntesis de las mismas, además de las preguntas guía para cada lectura.

La Unidad 1 trata acerca de los “Delitos contra el Patrimonio”, para lo cual se ha considerado la lectura de Benítez Ortúzar (“*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI). “De las defraudaciones” (II). “De la administración desleal”. “De la apropiación*

*indebida*". "*Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas*"); así como también se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 5631/2023-CR, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria 2023, de fecha 28.07.2023, que pretende incorporar el artículo 200°-A al Código Penal, a fin de incluir dentro del delito de extorsión, la modalidad de los préstamos dinerarios que se realizan por aplicativos digitales. Finalmente, se han considerado el Recurso de Nulidad N° 681-2022-Lima/Sala Penal Transitoria, de fecha 27.03.2023 (en el delito de robo, cualquier grado o intensidad de violencia (*vis in corpore*) es penalmente relevante) y la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2938/2022, de fecha 11.07.2022 (en el delito de estafa se requiere utilizar de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento).

La Unidad 2 trata acerca de los "Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios", para lo cual se ha considerado la lectura de Segrelles de Arenaza ("*Los delitos de insolvencia punible (delitos concursales)*"); además se ha tomado en cuenta la Casación N° 670-2021-Puno/Sala Penal Permanente, de fecha 21.02.2023, la cual señala que el protesto o constancia del banco impreso en el cheque es un requisito de procedibilidad, su inexistencia por errores o por cualquier otro accionar atribuible a la entidad bancaria, o su existencia defectuosa, no perjudica al beneficiario y no impide, por ende, su subsanación o prueba a través de otro medio.

La Unidad 3 trata acerca de los "Delitos contra la Tranquilidad Pública", para lo cual se ha considerado la lectura de Núñez Fernández ("*La punibilidad en el tratamiento penal del terrorismo: Estudio de art. 579 bis 3 CP*"); asimismo se ha tomado en cuenta la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 6639/2022, de fecha 08.04.2022 (respecto de las diferencias entre codefincuencia y organización criminal) y el Recurso de Nulidad N° 925-2018-Nacional/Sala Penal Permanente, de fecha 21.05.2019 (la organización criminal requiere una adscripción cuidada de los integrantes a esta, un vínculo de confianza entre ellos y una cierta fidelidad con la lógica criminal en que estaban insertos).

La Unidad 4 trata acerca de los "Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional", para lo cual se ha considerado la lectura de García Navarro, que tiene como título "Atentados contra la independencia e integridad del Estado".

La Unidad 5 trata acerca de los "Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional", para lo cual se han considerado las lecturas de García Navarro, respecto de "Rebelión" y "Sedición"; además se recabó el Recurso de Nulidad N° 1282-2017-Lima/Sala Penal Transitoria, de fecha 06.11.2018, el cual versa sobre el delito de rebelión, donde el condenado exigió al entonces presidente de la República, Alejandro Toledo, y a sus ministros de Estado, que depongan sus cargos a condición de no proseguir con la actitud violenta manifestada en una comisaría de Andahuaylas

La Unidad 6 trata acerca de los "Delitos contra la Participación Democrática", para lo cual se ha considerado la lectura de Sáinz-Cantero Caparrós, titulada "*Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos*".

La Unidad 7 trata acerca de los "Delitos contra la Administración Pública", para lo cual se han considerado las lecturas de García Navarro, respecto de "*Colusión defraudatoria*".

“Peculado propio”, “Malversación de bienes públicos”, “Tráfico de influencias” y “Enriquecimiento ilícito”; asimismo se han recopilado el Proyecto de Ley N° 5692/2023-CR, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria 2023, de fecha 11.08.2023, que pretende la modificación de los artículos 395°-A y 395°-B del Código Penal, incorporando al trabajador del Instituto Nacional Penitenciario como sujeto activo del tipo penal, y el Proyecto de Ley N° 5264/2022-GL, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 07.06.2023, que pretende incorporar al inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal, a los serenos municipales, policías municipales, fiscalizadores municipales y ejecutores y auxiliares coactivos municipales.

La Unidad 8 trata acerca de “Cibercriminalidad”, para lo cual se han considerado las lecturas de Palazzi (“*El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*”) y Villacampa Estiarte (“*El «cyberstalking» como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación en derecho penal español*”); asimismo se ha recopilado el Proyecto de Ley N° 5222/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 01.06.2023, mediante la cual se propone modificar el Código Penal para los delitos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, debido a nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información. Finalmente, se ha tomado en cuenta la Sentencia N° 126-2020, recaída en el Expediente N° 122-2020-0-3208-JR-PE-01, de fecha 04.12.2020, la cual versa sobre un caso de revenge porn, donde la agraviada envió por error material íntimo a la querellada, quien lo difundió por redes sociales.

La Unidad 9 trata acerca de “Derecho Penal Internacional”, para lo cual se han considerado las lecturas de Olasolo (“*Reflexiones sobre la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y los obstáculos para una respuesta eficaz desde el derecho público y el derecho internacional*”) y Sáinz-Cantero Caparrós (“*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”); asimismo se han recopilado el Proyecto de Ley N° 4919/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 08.05.2023, que pretende modificar el Código Penal mediante la ampliación de las causales de salida obligatoria y las causales de expulsión de extranjeros que afectan los intereses de la Nación, y el Proyecto de Ley N° 4810/2022-CR, correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria 2022, de fecha 27.04.2023, que pretende incorporar el delito de ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional. Finalmente, se ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo (España) 298/2015, de fecha 13.05.2015, en la cual se debate la subsunción normativa de los hechos entre el delito de trata de seres humanos y el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Finalmente, hago extensivo mi agradecimiento al señor Decano de nuestra Facultad, Dr. Víctor Toro Llanos, al señor Vicedecano Académico Dr. Jorge Gutiérrez Tudela, al Director de la Escuela de Derecho, Dr. Chedorlaomer Ruben Gonzáles Espinoza, y al Director del Departamento de Derecho Público, Dr. Simeón Huancahuari Flores por la confianza y el apoyo como docente de la cátedra de derecho penal, y a mi colaborador Manuel Alejandro Correa Villanueva por ayudar en la elaboración de este Material de Enseñanza, que de seguro tendrá muchas utilidades, al igual que los anteriores, el mismo que además se encuentra a libre disposición de todo aquel que lo requiera, tanto en la biblioteca de nuestra Facultad como en mi WebSite: <http://www.aulavirtualalexeisaenz.org/> (el mismo que está

operativo desde hace más de una década y que fue de mucha utilidad en la pandemia por el Covid-19).

Cercado de Lima, 24 de agosto de 2023.

**Mg. ALEXEI DANTE SAENZ TORRES**

**Docente Universitario**

# GUÍA DE PREGUNTAS

A continuación, se presentan una serie de preguntas a fin de realizar un mejor aprovechamiento de las distintas lecturas:

1. ¿Cuáles son las modalidades delictivas que presenta el delito?
2. ¿Describa Ud., el contenido del tipo penal, tanto en su aspecto objetivo como en el aspecto subjetivo?
3. ¿Qué problemas de autoría plantea el delito?
4. ¿Existen algunos elementos del tipo penal que se han interpretado de alguna manera por parte de la jurisprudencia nacional?
5. ¿Existe algún conflicto entre los tipos penales o acaso de presenta un conflicto o concurso de normas penales?
6. ¿Cuál es el contenido del bien jurídico protegido?
7. ¿En qué consiste el contenido del aspecto subjetivo del tipo penal?
8. ¿Cuáles son los criterios de justificación subyacentes en las distintas circunstancias modificatorias atenuantes o agravantes, o mixtas?
9. ¿Qué principios del derecho penal ayudan a precisar el contenido del tipo penal?
10. ¿Qué correctivos se tendrían que realizar de *lege ferenda* al tipo penal?
11. ¿Hay alguna adecuada ponderación de la pena conminada para el tipo penal?
12. ¿Otras preguntas que se puedan formular por parte del profesor o de los participantes?

# UNIDAD 1

## **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO**



# Competencias

- Comprende las peculiaridades típicas de los delitos de administración desleal, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, para aplicarlos correctamente en la praxis forense.

## **PRIMERA LECTURA**

**Benítez Ortúzar, I. (2015).** Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI). “De las defraudaciones” (II). “De la administración desleal”. “De la apropiación indebida”. “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 545-561.

La presente lectura desarrolla típicamente el delito de administración desleal, el delito de apropiación indebida en sus variantes de quebrantamiento de la relación de confianza y apropiaciones indebidas impropias; finalmente se analiza las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, incidiendo en la defraudación de energías y fluidos ajenos y la utilización no autorizada de terminales de comunicación.

**SISTEMA  
de  
DERECHO PENAL**  
**Parte Especial**

2ª edición

**Lorenzo Morillas Cueva**  
*(Dirección)*

**Ignacio F. Benítez Ortúzar**

**Bernardo Del Rosal Blasco**

**Lorenzo Morillas Cueva**

**Miguel Olmedo Cardenete**

**Jaime Peris Riera**

● **José E Sáinz-Camero Caparrós**

*Dykinson, S. L.*



**Lorenzo Morillas Cueva**

*Dirección*

**SISTEMA  
DE  
DERECHO PENAL**

*Parte especial*

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día  
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

*Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
Los autores  
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6  
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
e-mail: [besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

## Capítulo 24

# DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (VI).

*“DE LAS DEFRAUDACIONES” (II).*

*“DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”.*

*“DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA”.*

*“DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELECTRICO Y ANÁLOGAS”*

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

**Sumario:** I. De la administración desleal.- II. De la apropiación indebida: 1. Determinaciones previas. 2. Apropiación indebida con quebrantamiento de la relación de confianza. 3. Apropiaciones indebidas impropias.- III. De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas: 1. Defraudación de energías y fluidos ajenos. 2. Utilización no autorizada de terminales de comunicación.

### I. DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, crea la nueva sección segunda del Capítulo VI, del Título XIII del Libro segundo del Código Penal, con la rúbrica “de la administración desleal”, dejando en el artículo 252 CP una regulación genérica del delito de administración desleal diferenciado del delito de apropiación indebida, el cual va a quedar ubicado en la nueva sección segunda bis del mismo capítulo VI.

El nuevo artículo 252 CP aparece con la siguiente redacción:

*1. “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la Ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

*2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

Paralelo a este nuevo tipo ubicado entre los delitos patrimoniales se suprime el antiguo artículo 295 CP que, entre los delitos societarios, tipificaba una moda-

lidad de administración desleal específica (“*los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económico evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*”). Al mismo tiempo se elimina de la conducta del delito de apropiación indebida del nuevo artículo 253 CP el verbo típico “*distraer*”, el cual agrupaba una serie de actuaciones que va a conformar ahora el eje central del delito de administración desleal genérico que se construye con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Además, el delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP se construye expresamente, igualmente, sobre la conducta típica del artículo 252 CP, de la administración desleal.

Asimismo, la reforma de 2015 aprovecha para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y de apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio o, de cualquier modo, ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal. Esta nueva regulación del delito de administración desleal, por tanto, motiva a su vez la revisión de la regulación del delito de apropiación indebida y de los delitos de malversación de caudales públicos.

Como líneas generales del delito de administración desleal pueden afirmarse las siguientes: a) Se trata de la administración desleal del patrimonio ajeno; b) El tipo se ubica definitivamente entre los delitos patrimoniales; c) El sujeto activo del delito tiene facultades para disponer del patrimonio ajeno (por Ley, encomendadas por la autoridad o por una relación contractual); d) La conducta típica implica un exceso en el ejercicio de dichas facultades; e) Se exige un perjuicio al patrimonio administrado, del que se afirme una relación de causalidad respecto del exceso del ejercicio de las facultades de disposición por parte del sujeto activo; f) Para afirmar el tipo básico, al igual que ocurre en todas las defraudaciones, se exige la causación de un perjuicio superior a los 400 €, que en este caso deben recaer necesariamente en el patrimonio administrado; si el perjuicio fuese inferior el hecho sería constitutivo del delito leve de administración desleal del artículo 252.2 CP.

Tanto por la ubicación sistemática del nuevo delito de administración desleal del patrimonio ajeno, como por la exigencia de un perjuicio en el patrimonio administrado como resultado típico, parece meridianamente claro que el legislador se ha definido decididamente por la tutela del patrimonio, como bien jurídico protegido. Atendiendo al contenido del patrimonio administrado y a la facultad



del sujeto para disponer del mismo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, por la autoridad o en la relación contractual, parece claro que el bien jurídico protegido es el patrimonio global administrado y no los elementos patrimoniales aisladamente considerados.

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se refiere a este cambio de la siguiente forma: *“La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado”*.

Sujeto activo del delito sólo puede ser aquel sujeto que tenga facultades para administrar el patrimonio ajeno, por lo que se configura como un delito especial (MESTRE DELGADO, 2015). Sujeto pasivo es el titular de dicho patrimonio, que podrá ser tanto una persona jurídica como una persona física.

Objeto material será el patrimonio administrado, que necesariamente ha de ser ajeno.

La conducta típica consiste en infringir las facultades de administración del patrimonio ajeno. Es un delito de resultado, que para su consumación requiere la causación de un perjuicio en el patrimonio administrado. Es posible la tentativa.

Debe tenerse en cuenta que el sujeto tiene encomendadas unas facultades de administración del patrimonio ajeno y que de ellas puede derivarse un perjuicio al patrimonio que sea consecuencia del riesgo derivado de su correcta administración, en cuyo caso el perjuicio ocasionado por la correcta gestión del patrimonio ajeno no sería típico respecto del delito de administración desleal. Toda gestión de un patrimonio ajeno conlleva un riesgo permitido, de tal modo que –obviamente– no toda causación de un perjuicio en el patrimonio ajeno administrado va a ser constitutivo de delito.

Las fuentes de las que derivan las facultades de administrar el patrimonio ajeno que son infringidas aparecen en el tipo de forma tasada: a) Emanadas de la Ley; b) Encomendadas por la autoridad; o c) Asumidas mediante un negocio jurídico. De tal modo que se excluyen otras tales como las derivadas de una relación de confianza (GILI PASCUAU, 2015).

A diferencia de otros delitos patrimoniales de defraudación, como la estafa o la apropiación indebida, el tipo de administración desleal no exige ni ánimo

de lucro, ni la intención de obtener un beneficio para sí o para un tercero. De tal modo que el tipo aparece desprovisto del elemento subjetivo del tipo que suele concurrir en los delitos de defraudación conjuntamente con el dolo defraudatorio. Esto alejaría al delito de los delitos de enriquecimiento acercándolos a los delitos patrimoniales de daño. El delito de administración desleal se aprecia aunque no se pruebe que la pérdida del patrimonio administrado ha quedado incorporado al patrimonio del administrador desleal, se exige sólo que se haya ocasionado el perjuicio.

Ante esta “objetivización” del tipo, ajena a la estructura de los demás delitos de enriquecimiento que, directa o indirectamente exigen un ánimo de lucro (la obtención de un beneficio ilícito propio o de tercero), el tipo se abre a la provocación de un resultado doloso eventual por una negligente asunción de operaciones de riesgo con el patrimonio ajeno no dirigidas a obtener un beneficio propio o ajeno, lo cual deja excesivamente abierto el ámbito típico. Esta realidad ha llevado a proponer en la misma línea de otros delitos patrimoniales de enriquecimiento injusto una voluntariosa restricción por vía de interpretación (al respecto, GILI PASCUAU, 2015, afirma que “sin querer desconocer la regla que dispone que en principio la inclusión de elementos subjetivos debe ser llevada a cabo expresamente por el legislador, parece recomendable en orden a la necesaria restricción del ámbito típico contar con esta limitación por vía interpretativa”). No parece acorde al principio de legalidad crear causas de atipicidad que no sean recogidas expresamente en la Ley penal, y esta interpretación supone precisamente considerar atípico lo que la Ley, acertadamente o no, considera típico.

Al respecto, el nuevo delito de administración desleal viene a confirmar la línea interpretativa que venía construyendo la Jurisprudencia respecto a la diferencia existente entre la apropiación indebida y la administración desleal específica del antiguo artículo 295 CP (como delito societario), lo cual se hacía extremadamente complejo con el mantenimiento típico del verbo “distraer” en la descripción de apropiación indebida. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008 disponía lo siguiente: *“mientras que en el artículo 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el “animus rem sibi habendi”, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que el delito del artículo 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y*

*consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo”.*

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha equiparado punitivamente los distintos delitos de estafa, administración desleal y apropiación indebida, con la remisión que hacen los artículos 252 CP y 253 CP a las penas previstas en los artículos 249 CP y 250 CP. No obstante debe tenerse en cuenta que alguna de las circunstancias del artículo 250 CP que fundamentan algunos de los tipos agravados de estafa –a los que se remiten expresamente los artículos 252 CP, respecto del delito de administración desleal, y 253 CP, respecto del delito de apropiación indebida–, no podrán ser aplicadas a los delitos de administración desleal, como ocurre con las agravaciones 2ª (con abuso de firma de otro) y 7ª (estafa procesal) del artículo 250.1 CP, por ser modalidades de comisión propias del fraude constitutivo de la estafa, o de la 6ª (abuso de relaciones personales), por ser inherente al delito de administración desleal (artículo 67 CP) (GILI PASCUAU, 2015).

Sorprende, no obstante, la no previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito de administración desleal, como –sin embargo– sí hace el artículo 251bis CP en relación respecto de la estafa, al que no se remite el artículo 252 CP, al hacer una remisión penológica expresa y exclusivamente a los artículos 248 y 249 CP y no al 251bis CP. Esta situación se hace extensible a la apropiación indebida y a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.

El artículo 252.2 CP tipifica un delito leve de administración desleal, en aquellos casos en los que el perjuicio patrimonial causado no excediere de 400 €, con la previsión de una pena de multa de uno a tres meses.

Se trata de una infracción que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de leve de estafa o con el delito leve de apropiación indebida, que encuentran su origen en la falta del derogado artículo 623.4 CP, el delito leve de administración desleal es un delito “ex novo”; con la consecuente novedad de que las administraciones desleales que supongan un perjuicio patrimonial igual o inferior a 400 euros puedan ser castigadas a partir de ahora con una menor pena, algo que antes no era posible (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015). Por esta razón, al igual que ocurría con el delito de estafa, habrá que acudir a la peligrosidad objetiva de la administración llevada a cabo, de tal forma que en aquellos casos en los que el peligro potencial al patrimonio administrado era muy superior a los 400 €, pero por causas ajenas al sujeto activo éste se ha materializado en un perjuicio inferior a los 400 €, habrá que considerar que se produce una situación concursal (ideal) entre un delito leve de administración desleal y un delito de administración desleal del artículo 252.1 CP, en grado de tentativa.

Así, la simple referencia a los 400 € de perjuicio patrimonial como resultado del delito leve puede dar lugar a problemas importantes. De tal forma que, siendo el perjuicio patrimonial resultado del delito y no una simple condición objetiva de punibilidad, puede darse el caso en el que una administración del patrimonio ajeno con un exceso inaceptable en el ejercicio de las facultades conferidas al administrador que hubiera dado lugar a un perjuicio de conside-

rables dimensiones en el patrimonio administrado, pero que –por circunstancias ajenas al autor– no llega a producirse, materializándose exclusivamente un perjuicio patrimonial inferior a los 400 €, cabría plantearse la calificación de dicha administración desleal: a) Atendiendo exclusivamente al perjuicio ocasionado en el patrimonio ajeno habría que calificarlo como un delito leve de administración desleal del artículo 252.2 CP; b) Ahora bien, atendiendo a la entidad del perjuicio que de la conducta del sujeto activo podría haberse ocasionado objetivamente en el patrimonio administrado y que no llega a producirse por circunstancias ajenas al mismo, aún cuando el resultado final sea el de un perjuicio inferior a 400 €, parece que la entidad del exceso en la administración patrimonial ajena es constitutiva del delito del artículo 252.1 CP, si bien, deberá ser calificada en grado de tentativa, al no haberse producido el resultado del perjuicio típico por causas ajenas al autor.

## II. DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA

### 1. Determinaciones previas

Los delitos de apropiación indebida tienen su origen en los artículos 426 y 441 del Código penal de 1848, llegando hasta la actualidad con la estructura y contenido que, en la nueva sección segunda bis, del capítulo VI, del Título XIII del Libro segundo del Código penal, les ha dado la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuyo preámbulo señala lo siguiente: *“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error”*. Así, el delito de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza del propietario de la cosa (o “apropiación indebida en sentido estricto”) se recoge en el artículo 253 CP, con la correspondiente remisión a las penas y modalidades agravadas previstas para los delitos de estafa en los artículos 249 CP y 250 CP; mientras que el delito de apropiación de cosas ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015) – o “apropiaciones indebidas impropias” – aparece tipificado en el artículo 254 CP, con la previsión de una modalidad agravada en atención al valor artístico, histórico, cultural o científico de la cosa. En ambos supuestos se prevé el delito leve en atención a la cuantía de lo apropiado.

## 2. Apropiación indebida con quebrantamiento de la relación de confianza

El artículo 253 CP dispone lo siguiente:

1. *“Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier título que produzca una obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*
2. *Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

El bien jurídico tutelado en el delito de apropiación indebida, como regla general es la propiedad: Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta puede recaer expresamente sobre dinero u otras cosas fungibles, en cuyo caso lo que se transmite al depositario con la posesión es la propiedad, de manera que lo que el sujeto se obliga a devolver es otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753 del Código Civil), el bien tutelado no puede ser la propiedad. Distinto será cuando el dinero o la cosa fungible entregada en depósito se ha individualizado por unas características concretas, en cuyo caso, pierde la condición de cosa fungible, obligándose el sujeto a entregar el mismo billete o moneda o la misma cosa entregada en depósito (por ejemplo, ante unos billetes de una determinada serie, o una cosa concreta que tiene un especial valor para el depositante). Así, el bien jurídico protegido será la propiedad en los casos de cosas no fungibles, en los que con su entrega se transmite la posesión y debe devolverse o entregarse a tercero la misma cosa recibida; mientras que para el dinero, el bien jurídico tutelado será el derecho de crédito que surge con la entrega; y para las demás cosas fungibles, el derecho de quien le hizo la entrega le sea devuelto un equivalente (GONZALEZ RUS, 2011; MANJÓN CABEZA, 1988; DE LAMATA BARRANCO, 1994; FERNANDEZ TERUELO, 2000; BAJO FERNANDEZ, 1985; ROCA AGAPITO, 2011; JUANATEY DORADO/ANARTÉ BORRALLA, 2012; VIVES ANTÓN/GONALEZ CUSSAC, 2010; MUÑOZ CONDE, 2015; PÉREZ MANZANO, 1998).

En cuanto al objeto material, el artículo 253 CP se refiere expresamente a “*dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble*”, de tal modo que quedan excluidas las cosas inmuebles. La redacción de delito de apropiación indebida que se hacía en el anterior artículo 252 CP, previo a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incluía una remisión a cualquier otro “activo patrimonial”, que podría poner en duda la extensión del tipo a los bienes inmuebles. La redacción vigente deja meridianamente claro que la conducta típica sólo puede recaer sobre bienes muebles (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015; GILI PASCUAU, 2015). Así, el objeto material del delito viene constituido por dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, ajenos.

Tras la exclusión del verbo típico “distraer” de la conducta típica de la apropiación indebida, los casos de copropiedad en los que uno de los titulares actúa

dominicalmente sobre la totalidad del bien, tienen mejor acogida dentro del nuevo delito de administración desleal genérica del artículo 252 CP (también, los casos de gestión de los bienes gananciales por uno de los cónyuges en situación de crisis matrimonial, que con anterioridad por acuerdo de Sala no jurisdiccional el Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, se habían considerado incluidos en el delito de apropiación indebida en su modalidad de “distracción”).

El autor del delito de apropiación indebida es el que recibe lícitamente la cosa mueble ajena en virtud de cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlo. Es, por tanto, un delito especial, de tal modo que el extraneus podrá ser cooperador –necesario o cómplice– o inductor, pero nunca coautor (GONZALEZ RUZ, 2011; ROCA AGAPITO, 2011; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998). Por otra parte al exigir el tipo la ajenidad de la cosa, nunca podrá ser autor del delito su propietario o, en caso de dinero o cosa fungible, quien tenga el derecho de crédito o de entrega de la cantidad de dinero o de la cosa equivalente. Sujeto pasivo será el propietario de la cosa mueble objeto de la apropiación, o –en el caso del dinero o cosas fungibles– el titular del derecho de crédito o de entrega de una cosa equivalente.

La recepción de la cosa mueble ha de traer su causa en un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla. El artículo 253 CP relaciona varios de estos títulos haciendo referencia expresa a que la cosa se ha de haber recibido por “depósito, comisión o custodia”. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, elimina del tipo la recepción de la cosa para su administración, la cual pasa a constituir el tipo de administración desleal del nuevo artículo 252 CP, al tiempo que incluye como modalidad típica expresamente la “custodia”, esto es, cuando el sujeto recibe algo adquiriendo la obligación de guardarlo y vigilarlo. No obstante, “el depósito, comisión o custodia” que recoge el artículo 253 CP, no son más que unas modalidades concretas con las que se puede recibir la cosa mueble ajena que conforma el presupuesto para poder afirmar el tipo de apropiación indebida si –posteriormente– la misma no se devuelve o entrega. Así, el artículo 253 CP, justo a continuación deja una cláusula abierta respecto del modo en el que la cosa llega al sujeto activo del delito: “o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos”. Es decir, la cosa mueble llega a la esfera del sujeto activo en una relación de confianza que se quebranta al realizar la conducta típica de apropiación indebida. Al respecto la Jurisprudencia ha ido concretando a lo largo de sus sentencias otros títulos que permiten la comisión del delito de apropiación indebida por transmitir la posesión de la cosa y no la propiedad: mandato, aparcería, transporte, prenda, comodato, arrendamiento de cosas, etc. (GONZALEZ RUS, 2011). No obstante, la exclusión del tipo de apropiación indebida del artículo 253 CP que hace la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de las conductas de administración y de distracción, que pasan a conformar el tipo genérico de administración desleal del artículo 252 CP, obliga a limitar los títulos por los que recibe el sujeto pasivo la cosa mueble, en tanto que si la entrega conlleva alguna obligaciones de gestión de la misma, la violación de las mismas daría lugar a la comisión del nuevo delito de administración

desleal genérica del artículo 252 CP y no del delito de apropiación indebida del artículo 253 CP.

La conducta típica se describe, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de forma mixta alternativa: por un lado, una primera modalidad exige la apropiación de la cosa mueble ajena recibida con un título que produce la obligación de devolverla; de otro lado, de forma alternativa, la conducta también se materializa negando haber recibido la cosa.

La apropiación de la cosa se materializa con la disposición de las cosas recibidas con obligación de devolverlas, como si fueran propias, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad antijurídica. Cuando se niega haber recibido la cosa, se deduce claramente la voluntad de apropiación de quien niega falsamente que la tiene (MUÑOZ CONDE, 2015; GONZALEZ RUS, 2011).

Se exige un ánimo de lucro, consistente en la exigencia típica de que “*se apropiaren para sí o para un tercero*”. La exigencia del ánimo de incrementar el patrimonio propio o ajeno característico de los delitos patrimoniales de enriquecimiento se mantiene en el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP, a diferencia de lo que ocurría con el nuevo delito de administración desleal del artículo 252 CP, que no exige ningún beneficio patrimonial derivado de la pérdida patrimonial resultado de la administración desleal del patrimonio ajeno. Así el Auto del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007 disponía lo siguiente: “*Precisamente este dato característico de la obligación de devolver “in natura”, exige que para la existencia del delito concorra un evidente ánimo de lucro apropiatorio que evidencie el propósito del autor de transformar aquella posesión originariamente transmitida en virtud de un negocio jurídico lícito, en una propiedad definitiva que arranque la cosa del patrimonio de su titular para integrarla en el patrimonio del sujeto activo del delito. Solamente mediante la concurrencia del ánimo apropiatorio es posible incluir las conductas en las previsiones del tipo penal de la apropiación indebida*”. De tal modo que, dándose todos los elementos del tipo objetivo, habrá que negar el delito de apropiación indebida cuando falte ese ánimo de apropiamiento ilícito. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 descarta un «animus rem sibi habendi» en el acusado, no habiendo existido ánimo de lucro en su conducta, ni ilícito enriquecimiento de su patrimonio, ni tampoco maniobras de distracción del capital recibido, pues lo único que quedó acreditado fue que se produjo “*una desafortunada gestión en la promoción constructiva y una situación de iliquidez que desembocó en la declaración judicial, por auto de fecha 13/04/2.005 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de concurso necesario de la sociedad matriz*” (F.J. 1º, inciso 4º).

El incumplimiento de las obligaciones de entregar o devolver la cosa mueble ha de ser definitivo, es decir, se exige la voluntad de apropiación (animus rem sibi habendi). Queda fuera del tipo, por tanto, la apropiación indebida de uso, salvo en aquellos casos en los que lo que se recibe con obligación de devolución o entrega es un vehículo a motor o ciclomotor y llegado el momento de la devolución, se dieran los elementos típicos de la “*utilización sin la debida autorización de vehículo a motor o ciclomotor*”, de tal modo que que pudiera ser constitutiva del delito de robo o hurto de uso de vehículos del artículo 244 CP.

La consumación del tipo exige que de la conducta se derive perjuicio. El perjuicio se recoge como elemento del tipo de modo que si como consecuencia de la conducta no se produce perjuicio alguno, la conducta sería atípica. Si el perjuicio causado es inferior a 400 € será aplicable el delito leve del artículo 253.2 CP.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprime el inciso final del antiguo artículo 252 CP que incluía una agravación específica al elevar la pena en su mitad superior cuando se tratase de un depósito miserable o necesario. En el ámbito del derecho privado ésta figura viene regulada en los artículos 1781 y siguientes del Código civil y se produce cuando la conducta se lleva a cabo en relación con el depósito que se hace en cumplimiento de una obligación legal, cuando tenga lugar con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina, naufragio, etc. (artículo 1781.2 del Código Civil), Y el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones (artículo 1783 del Código Civil). Cuando estos casos estén abarcados por alguna de las circunstancias que conforman los tipos agravados de estafa del artículo 250 CP, a los que expresamente remite el artículo 253 CP, serán de aplicación al delito de apropiación indebida. En caso contrario será aplicable el tipo básico.

El artículo 253 CP tipifica el delito leve de administración desleal propia para los casos en los que la cuantía de lo apropiado es inferior a los 400 €. El límite del delito leve de apropiación indebida y el límite del delito leve de administración desleal, marcan la distinta naturaleza que se consolida tras su clara separación con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En tanto que para la apropiación indebida el baremo que marca el límite entre el delito y el delito leve es el del valor de la cosa objeto de la apropiación; mientras que a efectos de delimitar el delito leve de administración desleal del artículo 252 CP, lo que ha de evaluarse es el perjuicio patrimonial causado en el patrimonio administrado ajeno. El valor de lo apropiado no siempre va a corresponderse con el perjuicio ocasionado en el patrimonio sobre el que recae la conducta típica.

Las penas previstas para los delitos de apropiación indebida propia coinciden con los de los delitos de estafa de los artículos 249 CP y 250 CP. Así, el tipo básico de apropiación indebida será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años, mientras que en los tipos agravados la pena correspondiente será de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses; pudiendo llegar a la pena de prisión de 4 a 8 años y multa de doce a veinticuatro meses si concurrieran las circunstancias recogidas en el artículo 250.2 CP para el delito de estafa.

Si el valor de lo apropiado no excede de los 400 €, la pena prevista es de multa de uno a tres meses.

### 3. Apropiaciones indebidas impropias

El nuevo artículo 254 CP recoge otras modalidades de apropiación de cosas muebles ajenas:

1. *"Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se*



*tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”.*

*2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 € se impondrá una pena de multa de uno a dos meses”.*

Tradicionalmente se incluían entre los delitos de apropiación indebida el delito de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y la apropiación de dinero u otras cosas muebles recibidas por error del transmitente. No obstante, el artículo 254 CP, redactado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, viene a recoger en un tipo genérico cualquier otra apropiación de cosa mueble ajena no incluida en el artículo 253 CP; distinguiendo para estos casos sólo un tipo agravado cuando la cosa tuviese un valor artístico, histórico, cultural o científico. A su vez, en el apartado segundo recoge el delito leve, cuando el valor de lo apropiado no excediere de 400 €.

Bien jurídico protegido, objeto material, sujeto activo y sujeto pasivo coinciden con el delito de apropiación indebida “propia” del artículo 253 CP, en tanto que la cosa mueble objeto de la apropiación ha de tener dueño, aunque el mismo sea desconocido. También se exige el ánimo de lucro, materializado en el ánimo de apropiarse de la cosa mueble que ha llegado a su poder por una vía diferente a la del artículo 253 CP.

Así, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, de 1 de julio, el nuevo tipo del artículo 254 CP, tiene de carácter residual y “*exige apropiarse de cosa mueble ajena no habiéndola recibido por título que produzca obligación de entregarla o devolverla. No existe un quebrantamiento de la confianza del dueño de la cosa mueble característico del tipo básico del art. 253, ni tampoco se sustraen contra de la voluntad del mismo*”, por lo que tampoco puede calificarse la conducta como hurto (en contra PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, 2015).

Deslindados así los elementos del art. 254 CP, cabe entender que en el mismo se integran las conductas de los anteriores artículos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y de apropiación por error del transmitente (Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado; GILI PASCUAU, 2015; RODRÍGUEZ FERNANDEZ, 2015), pero no queda limitados a ellos.

El tipo aparece con una cláusula abierta que deberá ser delimitada jurisprudencialmente, con una interpretación respetuosa con el principio de intervención mínima que deslinda las conductas merecedoras de ser sancionadas penalmente de aquellas otras que deben permanecer en el ámbito del derecho privado. Doctrinalmente (GILI PASCUAU, 2015) se han apuntado algunas conductas que –junto a la apropiación de la cosa perdida o de dueño desconocido y de la recibida por error– pudieran integrar el tipo: el caso en el que el autor incluye la cosa en su custodia sin ánimo inicial de apoderamiento, si bien, el mismo surge con posteridad, o la cosa que llega a la esfera del sujeto activo por causa natural o por caso fortuito, que sería diferente a cuando la recibe por error.

El segundo inciso del artículo 254 CP mantiene un tipo agravado cuando la cosa objeto de esta “apropiación indebida impropia” o “residual”, es una cosa

mueble dotada de un valor artístico, histórico, cultural y científico. Circunstancia que habrá de ser evaluada de acuerdo con lo indicado respecto del artículo 235.1.1° CP, relativo al delito de hurto.

El artículo 254.2 CP prevé el delito leve de apropiación indebida impropia, cuando la cuantía de lo apropiado no excede de 400 €. En este caso, no importa que la cosa tenga un valor artístico, histórico, cultural o científico para calificar el hecho como delito leve en aquellos casos en los que el valor de lo apropiado no excede de dicha cantidad.

Las penas previstas para los delitos de apropiación indebida impropia, van de la multa de tres a seis meses del tipo básico, a la pena de prisión de seis meses a dos años del tipo agravado. El delito leve prevé una pena de multa de uno a dos meses.

### III. DE LAS DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

La sección tercera del capítulo VI, del Título XIII del Libro segundo del Código penal, con la rúbrica “de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, abarca una serie de conductas fraudulentas, que tienen por objeto material elementos incorpóreos que difícilmente tenían cabida ni entre los delitos de apoderamiento, ni entre los delitos de estafa, de administración desleal ni de apropiación indebida. Su incorporación al Código penal tiene su origen en el Código penal de 1944, entre las defraudaciones.

#### 1. Defraudación de energías y fluidos ajenos

El artículo 255 CP dispone lo siguiente:

*1. “Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno d los medios siguientes:*

*1º. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*

*2º. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*

*3º. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.*

*2. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.*

El artículo 255 CP recoge una serie de conductas que tienen en común el objeto material sobre el que recaen. Se trata de elementos patrimoniales que, ni pueden considerarse cosa mueble a efectos del delito de hurto, en tanto que no pueden individualizarse. Por su parte, las modalidades comisivas las ubican mejor entre las defraudaciones. El bien jurídico, no obstante, sigue siendo el patrimonio ajeno (MORILLAS CUEVA, 2005).

Se trata de delitos con un sujeto activo común, pudiendo ser autor del delito cualquier persona, con la excepción del titular de la fuente de energía de cuyo suministro se va a surtir el sujeto activo de forma fraudulenta. Sujeto pasivo será precisamente el titular de la fuente de energía de cuyo suministro se va a surtir el defraudador; en unos casos será la compañía suministradora, mientras que en otros casos el sujeto pasivo será la persona física o jurídica individual titular de la instalación desde la que se produce la toma de energía ilegítima (MIRA BENAVENT, 2012).

Objeto material del delito será la energía o fluidos ajenos. El artículo 255 CP señala expresamente la “energía eléctrica”, el “gas”, el “agua”, las “telecomunicaciones”, a modo de ejemplo, al ser los servicios más comunes de la vida diaria, si bien deja abierta una cláusula en la que se incluye cualquier “otro elemento, energía o fluido ajenos” (MIRA BENAVENT, 2012). Lo que parece no dejar lugar a dudas es que se trata de energías o fluidos que se suministran mediante redes o instalaciones distribuidoras o prestadoras de servicio y que se tarifican mediante aparatos contadores, cualquiera que sea su clase o configuración técnica (MORILLAS CUEVA, 2005; GONZALEZ RUS, 2011). En cualquier caso quedan fuera del tipo aquellas energías o fluidos incluidos en recipientes directamente aprehensibles (bombonas, botellas, baterías) –PEDREIRA GONZÁLEZ, 2011–.

El tipo describe una triple conducta mixta alternativa, que tiene en común que en los tres supuestos se describen como medios para alcanzar el resultado típico: la utilización de la energía o fluidos correspondientes. Si la cuantía de la energía utilizada es inferior a 400 € se habrá realizado el delito leve del apartado segundo del artículo 255 CP. Si a pesar de realizar alguna de modalidades comisivas descritas en el tipo no llega a utilizarse energía o fluido no podrá considerarse consumado el delito, si bien, podrá calificarse como tentativa si era esa la intención del sujeto (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2015).

Por otra parte, se excluyen los supuestos en los que es el suministrador el que defrauda al usuario de la energía (en cuyo caso sería aplicable el tipo del artículo 283 CP –GONZALEZ RUS, 2011; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, 2015).

Las modalidades comisivas han de ser las recogidas expresamente en el artículo 255.1 CP: a) Valerse de mecanismos instalados expresamente para realizar la defraudación; b) Alterar dolosamente (“maliciosamente”) las indicaciones o aparatos contadores; c) Emplear cualquier otro medio clandestino. En los tres casos son conductas que deben emplearse directamente sobre la red de distribución de la energía o sobre los aparatos contadores, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (sección primera), de 11 de noviembre de 2010, es “irrelevante que la alteración, manipulación o conexión haya sido realizada directamente por el sujeto imputado, o éste haya empleado a tal fin otra persona, pues lo penado es la utilización dolosa de tal suministro con ánimo de lucro ilícito, por cuanto que era plenamente consciente del medio clandestino que sucesivamente se utilizó para obtener energía eléctrica y del que se sirvió sin contratar con la compañía suministradora, sin pagar el consumo y el servicio correspondiente, lo cual responde plenamente a la conducta típica descrita en la norma penal”.

La energía que finalmente se utiliza fraudulentamente puede estar suministrada desde la red general, de la cual es titular la compañía suministradora –tal y como ocurre, por ejemplo, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra (sección primera) de 30 de marzo de 2015, de Zaragoza (sección tercera) de 8 de septiembre de 2015 o de Santa Cruz de Tenerife (sección sexta) de 6 de marzo de 2015–; o desde el tramo de instalación privativo de un determinado usuario, como, por ejemplo recogen las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección primera) de 1 de abril de 2015 o de Jaén (sección segunda) de 7 de julio de 2015. Dependiendo de una u otra circunstancia el sujeto pasivo será la compañía suministradora o el titular del contrato de suministro desde cuya red se está obteniendo la energía utilizada fraudulentamente. No cabe la comisión imprudente, la alteración de contadores o la instalaciones de mecanismos u otros medios clandestinos debe realizarse para defraudar utilizando la energía ajena.

Teniendo en cuenta que el delito consiste en la utilización de la energía defraudada mediante las modalidades comisivas previstas, puede plantearse la responsabilidad del técnico –electricista, fontanero, técnico del gas natural, por ejemplo– que realiza la manipulación de los contadores o instala los medios clandestinos para que otro utilice la energía. Parece claro que el que encarga el trabajo y es el que finalmente utiliza la energía obtenida por dichos medios ilícitos es el autor del delito, si bien el técnico podrá ser calificado como cooperador necesario del mismo. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección) sexta de 31 de marzo de 2015, castiga como coautores tanto a la titular del establecimiento que estaba utilizando energía eléctrica a través de un puente conectado a la instalación de otro usuario, como al electricista que le realizó la instalación del mismo, aún cuando éste no había utilizado dicha energía.

La pena prevista para el delito de defraudación de energía o fluidos ajenos es de multa de tres a doce meses. Cuando la defraudación sea de una cuantía inferior a los 400 € la pena prevista, para el delito leve, será de multa de uno a tres meses.

## **2. Utilización no autorizada de terminales de comunicación**

El artículo 256 CP dispone lo siguiente:

1. *“El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*
2. *Si la cuantía del perjuicio causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

El delito de utilización ilegítima de terminales de comunicación se incorpora en el Código penal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. A diferencia del delito de defraudación de energía o fluidos del artículo 255 CP, que se realizaba mediante algún tipo de maquinación sobre la red de suministro; en este caso se está tipificando expresamente el uso del equipo terminal de telecomunicación. El tipo se limita a los terminales de telecomunicación, es decir, a aquellos que sir-

ven para establecer conexiones a distancia entre personas, sistemas o dispositivos técnicos, mediante procedimientos eléctricos, radioeléctricos, telefónicos, etc (teléfono, fax, videoconferencias, correo electrónico, etc.) –GONZÁLEZ RUS, 2011; QUINTERO OLIVARES, 2011; MIRA BENAVENT, 2012–.

El bien jurídico protegido sigue siendo el patrimonio ajeno. El objeto material del delito será el equipo de telecomunicación utilizado. Sujeto activo puede ser cualquiera (excepto el titular de la red de telecomunicación cuyo terminal se ha utilizado), mientras que sujeto pasivo será el titular de la red de telecomunicaciones cuyo terminal se ha utilizado. El consentimiento del titular excluye, por tanto, la tipicidad del hecho.

El equipo debe estar conectado a una red de telecomunicaciones y ser utilizado sin el consentimiento del titular de la línea. Se discute si por uso no autorizado se incluye tanto el uso sin el consentimiento del titular como el exceso del uso previamente consentido (en este sentido GONZÁLEZ RUS, 2011; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010), o si el por el propio principio de intervención mínima del Derecho penal deben quedar excluidos del tipo los excesos del uso autorizado por su titular (PEDREIRA GONZÁLEZ, 2011). Esta última opción parece mas respetuosa con el principio de ultima ratio del Derecho penal, excluyendo del tipo, por ejemplo, la utilización de terminales telefónicos para uso privado de sujetos que están autorizados para un uso determinado del mismo, tal y como podría ocurrir en el mundo laboral o funcionarial.

El terminal de telecomunicación no debe identificarse con el aparato telefónico en el caso de la telefonía móvil. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección cuarta) de 16 de diciembre de 2014, señala expresamente que *“en los casos de utilización indebida de la tarjeta SIM de otra persona (hecho acreditado que no se discute por el recurrente), que se introduce en el teléfono propio existe uso indebido de terminales de telecomunicación porque lo que realmente hace operativo al teléfono móvil y permite la utilización del servicio de telefonía internet etc a cargo del legítimo titular es precisamente la tarjeta, que no es parte del teléfono sino que por si sola funciona como terminal con independencia del concreto aparato en el que se instale”* (en el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (sección séptima) de 5 de marzo de 2008 y (sección decimosexta) de 1 de marzo de 2006).

El tipo básico, en cualquier caso exige la causación de un perjuicio superior a los 400 € derivado directamente del uso del terminal de telecomunicación no autorizado. El uso no autorizado de un terminal telefónico, por ejemplo, cuyo titular tiene contratada una tarifa plana que incluye la utilización ilimitada del mismo, no constituirá este delito, por no provocar un perjuicio evaluable económicamente en el sujeto pasivo. Asimismo, la interceptación no autorizada de la señal wifi de para la conexión a internet, al no causar un perjuicio económico en el titular de la conexión a internet tampoco podrá ser constitutiva de este delito. Incluso el delito leve del artículo 256.2 CP exige un mínimo perjuicio económico en el titular de la línea de telecomunicación cuya utilización no consentida se ha efectuado, estando el límite máximo –como en otros delitos patrimoniales– en los 400 €.

La pena prevista es de multa de tres a doce meses para el tipo básico del artículo 255.1 CP y de multa de uno a tres meses para el delito leve del artículo 256.2 CP.

## BIBLIOGRAFÍA

ALMELA VICH, “El delito de estafa y el de apropiación indebida”, en *AP*, 1998, n.º 35; BAJO FÉRNANDEZ, “Administración desleal y apropiación indebida”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2001; BLANCO LOZANO, «El delito de defraudación de fluido eléctrico», *La Ley*, 1997. BELTRAN BALLESTER, *El hurto de hallazgo*, Valencia, 1979; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Madrid, 1998; CASTRO MORENO/GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013; CONDE PUNPIDO TOURON, *Apropiaciones indebidas*, Valencia 1998; DE LA MATA BARRANCO, *Tratamiento penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona, 1994; DOLZ LAGO “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro”, *Diario La Ley*, 10 de abril de 2014; DOPICO GÓMEZ ALLER, “Fraudes de anticipo: estafa inmobiliaria y apropiación indebida”, *La Ley Penal*, 2009; FARALDO CABANA, “Defraudación de telecomunicaciones y uso no consentido de terminales de comunicación. Dificultades de delimitación entre los arts. 255 y 256 CP”, *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011; FERNANDEZ BAUTISTA, “Aproximación al delito de administración fraudulenta”, en *Derecho Penal de la empresa*, Pamplona, 2002; FERNANDEZ TERUELO, “La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico”, en *La Ley*, 2000; FERRER SAMA, *El delito de apropiación indebida*, Murcia 1945; GÁLVEZ JIMÉNEZ, “reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, *RECPC* 2015; GÓMEZ BENÍTEZ, «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», en *La Ley*, 1997; GILI PASCUAL, “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (arts. 255 y 256 CP)”, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015; GILI PASCUAL, “Administración desleal genérica. Incidencia en la Apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y SS CP)”, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015; GÓMEZ BENÍTEZ, “Corrupción y delito de administración desleal”, en *La Ley*, 2000, n.º 5167; GÓMEZ GONZÁLEZ, “Relación entre los tipos de administración desleal y apropiación indebida: interpretación doctrinal y jurisprudencial”, *CPC*, 2009; GÓMEZ JARA DÍEZ (Coord), *La administración desleal de órganos societarios*, Barcelona, 2008; GONZALEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, Madrid, 1986; GONZÁLEZ RUS, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 2011; MANJON-CABEZA, *Nuevo enfoque*

de la apropiación indebida, Madrid, 1988. MATA Y MARTIN, *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Madrid, 2001; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del código penal español y propuestas de legeferenda*, Granda, 2005; MORILLAS CUEVA, «Defraudaciones de fluido eléctrico», en *RGLJ*, 1972; MORILLAS CUEVA, «artículo 255», *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII*, Madrid 2005; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996; NIETO MARTÍN, «Administración desleal», *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el anteproyecto de reforma del Código penal», *Juris*, 2013; PRECIADO DOMENECH, «La apropiación indebida», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona 2015; QUERALT JIMÉNEZ, «Derecho a la legalidad penal y recurso de casación: La apropiación indebida como ejemplo: a propósito de la sentencia de 11-9-2007», en *Homenaje a Mir Puig*, Madrid, 2010; QUINTANAR DIEZ, «Sobre el “título” y la “apropiación” en el delito de apropiación indebida», en *CPC*, 1993; RAMOS RUBIO, «El nuevo delito de administración desleal», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona 2015; RODRIGUEZ DEVESA, «Defraudaciones de energía eléctrica y análogas», en *NEJ*, IV, 1954; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, «Defraudaciones», *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997; RODRIGUEZ RAMOS, «Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error», en *CPC*, 1982; «Apropiación de lo hallado», en *Comentarios a la legislación penal*, V, 2º, 1999; SAINZ PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, 1978. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *Homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004; SERRANO TÁRREGA, «Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal», en *AP*, 2001, n.º 41. SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno*, Madrid, 1997; SILVA SILVA, *Jurisprudencia sobre el delito de apropiación indebida*, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2007.





## UNIDAD 2

# **DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS**



# Competencias

- Analizar las principales características de los delitos de insolvencia punible, a efectos de comprender el hecho ilícito de forma integral.



## PRIMERA LECTURA

**Segrelles de Arenaza, Í. (2022).** Los delitos de insolvencia punible (delitos concursales). En Del Rosal Blasco, B. (Coord.). Derecho Penal de Sociedades Mercantiles (pp. 428-446). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

Con la reforma de 2015, se excluyó de la tradicional rúbrica de "Las insolvencias punibles" el delito de alzamiento de bienes, en sus diversas modalidades, quedando reservada para delitos relativos a situaciones concursales, los delitos concursales en sentido amplio. Así pues, se regulan el delito de bancarrota, el delito de favorecimiento de acreedores, el delito de preterición de acreedores, el delito de falso concurso y la responsabilidad penal de las personas jurídicas por todos ellos.



# Derecho Penal de Sociedades Mercantiles

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO  
(COORDINADOR)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO  
FERNANDO ADAME GARCÍA  
ÍNIGO SEGRELLES DE ARENAZA  
NATALIA GARCÍA SALGUERO  
FRANCISCO MENA VELA  
MARÍA PÉREZ CALVO  
JOSE IGNACIO GOMARA DIEZ  
ANDRÉS FALCETO RODAL

INCLUYE LIBRO  
ELECTRÓNICO  
**THOMSON REUTEI**  
**PROVIEW™**

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**





BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante  
Abogado-Socio de Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados  
(Coordinador)*

# DERECHO PENAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

## AUTORES

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO    NATALIA GARCÍA SALGUERO  
*Catedrático de Derecho Penal    Abogada en Del Rosal,  
Universidad de Alicante    Adame & Segrelles Abogados  
Abogado-Socio de Del Rosal,  
Adame & Segrelles Abogados*

FERNANDO ADAME GARCÍA    FRANCISCO MENA VELA  
*Abogado-Socio de Del Rosal,    Abogado en Del Rosal,  
Adame & Segrelles Abogados    Adame & Segrelles Abogados*

ÍÑIGO SEGRELLES DE ARENAZA    MARÍA PÉREZ CALVO  
*Profesor Titular de Derecho Penal    Abogada en Del Rosal,  
Universidad Complutense de Madrid    Adame & Segrelles Abogados*

JOSÉ IGNACIO GOMARA DÍEZ  
*Abogado-Socio de Del Rosal,    Abogado en Del Rosal,  
Adame & Segrelles Abogados    Adame & Segrelles Abogados*

ANDRÉS FALCETO RODAL  
*Abogado en Del Rosal, Adame & Segrelles Abogados*

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

Primera edición, 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Bernardo del Rosal Blasco (Coord.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-1390-820-5  
DL NA 141-2022

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 – Pamplona

la división en dos capítulos distintos de las insolvencias, esto es, del añadido de un nuevo capítulo de frustración de la ejecución. En consecuencia, se trata de una disposición normativa reiterativa y que habría sido del todo punto innecesaria en el supuesto de que se hubiera mantenido un solo capítulo para la totalidad de los delitos cuyo denominador común es la insolvencia.

## 2. LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE (DELITOS CONCURSALES)\*

### 2.1. Introducción

Desde la reforma de 2015 se excluyó de la tradicional rúbrica de “Las insolvencias punibles” el delito de alzamiento de bienes, en sus diversas modalidades, quedando reservada para delitos relativos a situaciones concursales, los delitos concursales en sentido amplio. Como dice el Preámbulo de la LO 1/2015: “Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados”.

A partir de aquí, en el Capítulo VII Bis “De las insolvencias punibles”, del Título XIII del Libro II del CP, se regulan el delito de concurso –en sentido estricto– o de bancarrota (arts. 259 y 259 bis CP), el delito de favorecimiento de acreedores (art. 260, n.º 1, CP), el delito de preterición de acreedores (art. 260, n.º 2, CP), el delito de falso concurso (art. 261 CP) y, finalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por todos ellos (art. 261 bis CP).

### 2.2. El delito de concurso o de insolvencia

Si bien se puede hablar de delitos concursales en sentido amplio para referirse a todos los incluidos en este capítulo de las “insolvencias punibles”, la tendencia es denominar “delito concursal”, “delito de concurso punible” (Preámbulo LO 1/2015), “delito de bancarrota” o, como aquí se hace, “delito de concurso” o “delito de insolvencia”, al delito del art. 259 del CP, porque su objeto es precisamente castigar la causación o agravación de la insolvencia que da lugar al concurso. En efecto, la configuración típica se hace diferenciando dos modalidades. En primer lugar, la agravación de la situación de insolvencia, en sentido amplio o general (art. 259, n.º 1, CP)<sup>784</sup>, que consiste en la

---

\* A cargo de **Íñigo Segrelles de Arenaza**.

784. Como veremos más adelante no todas las conductas de este precepto agravan la insolvencia, pero con el fin de facilitar la exposición, utilizaremos la expresión “agravación de la insolvencia” para nombrar, en su globalidad, la modalidad típica del art. 259, n.º 1, CP. Con relación a este precepto, la STS n.º 220/2016, de 15 de marzo, considera



realización de determinadas conductas, que luego estudiaremos, cuando el deudor se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente y, en segundo lugar, la causación de la situación de insolvencia (art. 259, n.º 2, CP), mediante la realización de esas mismas conductas. En la primera, la situación de insolvencia es una *situación típica*, en tanto es un estado que ha de existir con carácter previo a la realización de la conducta en sentido estricto. En la segunda la situación de insolvencia es el resultado de dicha conducta. Con el fin de simplificar la exposición estudiaremos el tipo de injusto conjuntamente, incluyendo ambas modalidades, pues la mayoría de sus elementos son comunes, aunque dedicaremos un apartado específico a cada una de ellas con el objeto de analizar por separado sus peculiaridades. Por su parte el art. 259 bis CP regula el tipo cualificado.

A) *Tipo objetivo*

a) Bien jurídico protegido

La doctrina mayoritaria<sup>785</sup> estima, partiendo del art. 1.911 del CCC, que el bien jurídico protegido es el derecho del acreedor a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor, aunque existen variados matices<sup>786</sup>. Por su parte, el Preámbulo de la LO 1/2015, aunque no aclara si se refiere a las dos modalidades del art. 259 del CP, considera que el delito de concurso punible es un delito pluriofensivo, y de peligro, en el que se protegen los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico<sup>787</sup>. En este sentido el TS dice que el bien jurídico es el derecho personal de crédito y “*un interés difuso de naturaleza económico-social, que hace referencia a la confianza precisa para el desarrollo de*

---

que “...indudablemente se trata de actos que supondrán agravamiento de aquella situación” (refiriéndose a la insolvencia) (*vid., infra* 1.4.).

785. Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VV.AA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, 2015, pág. 436.

786. Por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (Análisis de los artículos 259 y 259 bis CP)*, Valencia, 2016, pág. 73. Considera que es el derecho de crédito, definido como “el interés del acreedor a satisfacer sus pretensiones en el patrimonio del deudor”.

787. En concreto dice: “La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso”. El texto no es claro porque se puede interpretar que la referencia a los dos bienes jurídicos mencionados se refiere al art. 259 CP entero o sólo a la modalidad del art. 259, n.º 1, CP. En otro sentido, en relación a la redacción de 1995, Nieto Martín estima que “junto al derecho de crédito reformulado en atención a la teoría personal de (*sic*) patrimonio se integraría la protección de la institución del crédito” (NIETO MARTÍN, A.: *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pág. 48. Véase, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 402-405.

operaciones financieras y mercantiles (STS n.º 1757/02, de 25 de octubre)<sup>788</sup>. Lo que sí deja claro el Preámbulo es que –en su criterio– el nuevo tipo del art. 259, n.º 1, CP, que se refiere a la situación de insolvencia actual e inminente, es un delito de peligro<sup>789</sup>.

La coincidencia del patrimonio, en sus distintas facetas, como bien jurídico de este delito y del de estafa genera una situación concursal que el TS resuelve en función de que el patrimonio lesionado o puesto en peligro sea únicamente el del sujeto pasivo de la estafa (concurso de leyes) o afecte también al de terceros, lo que puede dar lugar a un concurso real [STS 429/2017, de 14 de junio<sup>790</sup>] o a un concurso ideal [STS n.º 94/2018, de 23 de febrero<sup>791</sup>].

#### b) Sujetos

El sujeto activo del delito concursal, en sus dos modalidades, ha de cumplir la característica de ser deudor, por lo que se trata de un delito especial propio. En el tipo de agravación de la insolvencia (art. 259, n.º 1, CP), además ha de ser insolvente, pero no en el tipo del art. 259, n.º 2, CP, en el que el deudor, lo que hace es precisamente causar la insolvencia<sup>792</sup>. Por otra parte el sujeto

788. STS n.º 429/2017, de 14 de junio, que lo fundamenta en que “En el procedimiento concursal, cualquier fraude de la masa activa, no sólo compromete la capacidad de retorno a quienes entregaron las cantidades dinerarias defraudadas, sino que produce resultados de un pronosticable mayor alcance, pues se compromete también el crédito de quienes contratan con la empresa en virtud de sus actuaciones mercantiles ordinarias, además de afectar a la relación laboral de sus empleados, al crédito privilegiado de su trabajo o incluso a un organismo autónomo de carácter administrativo como es el Fondo de Garantía Salarial” (reiterada por la STS 94/2018, de 23 de febrero).

789. En concreto, el Preámbulo dice: “El nuevo delito de concurso punible o bancarota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor”.

790. Dice la sentencia: “Esta circunstancia, así como por las razones ya expuestas de separación temporal entre el desplazamiento patrimonial derivado del engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de las insolvencias punibles, justifica la apreciación del concurso real de delitos...”.

791. Afirma la sentencia: “La insolvencia, pues, tiene su origen en la propia naturaleza del negocio fraudulento, y el agravamiento de la situación solamente se describe como fundado en el agotamiento del delito de estafa mediante el disfrute de los beneficios que el mismo ha originado para los acusados.

*En esas circunstancias, ha de apreciarse que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos. En el caso, los delitos de estafa y de insolvencia punible, que serán penados con la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, hasta el límite que correspondería penando separadamente ambos delitos”.*

792. De otra opinión, la STS n.º 358/2020, de 1 de julio, afirma: “El tipo penal es un delito especial propio cuyos elementos esenciales son: a) Su autoría solamente se puede predicar de un sujeto con condiciones específicas: ser deudor declarado en concurso, o que haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 259.1.4 CP)”. La sentencia considera que el art. 259, n.º 1,4 CP establece las cualidades que ha de cumplir el sujeto activo del delito,

activo puede ser, o no, comerciante, y además puede ser una persona física o jurídica (*ex art. 261 bis CP*).

El sujeto pasivo lo constituyen los acreedores, que son los titulares del bien jurídico protegido. Teniendo en cuenta la estructura de estos tipos penales, que castigan con una única pena sin hacer distinción entre el número de acreedores que concurran, no se producirá un concurso ideal de delitos<sup>793</sup>.

### c) Conducta

El art. 259, n.º 1, CP está construido como un tipo mixto alternativo pues basta que, como expresamente dice, el sujeto “realice alguna” de las conductas. Por consiguiente, la ejecución de una de ellas será suficiente para colmar el elemento típico, y la realización de dos más no supondrá la comisión varios delitos. Nueve son las conductas típicas alternativas, que a continuación analizamos brevemente.

En primer lugar, el art. 259, n.º 1, 1.ª, castiga al que “Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura”. En esta modalidad se incluye, por una parte, la conducta de ocultación de bienes que es el clásico alzamiento de bienes y, además, la causación de daños a los bienes. Se ha de tener en cuenta que el tipo, en concordancia con la LC, se refiere a la masa, en concreto a la masa activa, que es un concepto más amplio que el activo del balance, puesto que incluye también los bienes que se reintegren y los que se adquieran, hasta que termine el procedimiento (art. 192 LC). Además, los bienes y derechos que integran la masa activa se avalúan al valor de mercado (art. 201 LC), es decir al precio real en el momento del concurso, independientemente de las valoraciones contables de balance<sup>794</sup>.

En segundo lugar, el art. 259, n.º 1, 2.ª, castiga al que “Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial”. Esta modalidad de conducta se refiere tanto a la masa activa como a la masa pasiva, pero para que se considere un ataque típico es necesario que concurran acumulativamente los dos requisitos de falta de proporción y falta de justificación económica, lo que puede dar

---

sin embargo la doctrina se inclina por considerar las exigencias del citado precepto son condiciones objetivas de punibilidad o condiciones de perseguibilidad (*vid. infra*).

793. Con la misma conclusión, pero con otros argumentos, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...*, *op. cit.*, págs. 82-83.

794. A la administración concursal lo que le interesa es lo que realmente valen los bienes y derechos de la sociedad, no las valoraciones contables que, aunque teóricamente deben reflejar la imagen fiel del patrimonio, en muchas ocasiones no lo hacen, por diferentes causas.

lugar a informes periciales, aparte del informe de la administración concursal. Los dos están interrelacionados pero no deben confundirse ya que, por ejemplo, es frecuente tener que entregar bienes como dación en pago por un valor menor para paliar la situación de crisis de la empresa –o del deudor– sin que ello carezca de justificación económica.

En tercer lugar, el art. 259, n.º 1, 3.ª castiga al que “Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica”. Este apartado coincide parcialmente con el anterior, y si la técnica legislativa hubiera sido un poco más cuidada se habrían fundido ambos en uno solo. En este caso se trata de operaciones de activo que, de nuevo, pueden producir un perjuicio a la masa activa.

En cuarto lugar, el art. 259, n.º 1, 4.ª, castiga a quien “Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios”, que son conductas que aumentan falsamente el pasivo y, por consiguiente, al igual que las anteriores, generan una disminución patrimonial.

En quinto lugar, el art. 259, n.º 1, 5.ª, castiga al que “Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”. Esta modalidad de conducta puede tener un trasfondo de fraude o puede ser un intento desesperado de solucionar la crisis de la empresa, pero en ambos casos se conecta con el deber de diligencia que se recoge en el art. 225 y siguientes de la LSC y puede dar lugar, además, a un delito de administración desleal<sup>795</sup>, con el que entraría en concurso.

En sexto lugar, el art. 259, n.º 1, 6.ª, castiga al que “Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”.

Como es bien sabido la obligación de llevar la contabilidad y de que refleje la imagen fiel del patrimonio está recogida en diversas normas, por ejemplo, arts. 25 CCo y 254 LSC. La conducta incriminada en este apartado es un ejemplo más de que el legislador no está contento con la despenalización general de la falsedad documental en la narración de los hechos cometida por particular (ex arts. 392, n.º 1, y 395 CP) que, a su vez, fue el resultado de una evolución jurisprudencial, por lo que se dedica a ir creando tipos en los que

---

795. Sobre el deber de diligencia, imputación objetiva y administración desleal, véase, SEGRELLES, I.: “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, en *LL*, n.º 121, julio-agosto, 2016, pág. 7.



se penaliza esta modalidad de falsedad en áreas específicas. Y así, por ejemplo, resulta que la falsedad documental del art. 259, n.º 1, 6.ª, CP, que nos ocupa, entra en concurso con el delito societario de falsedad en las cuentas anuales del art. 290 CP, que también abarca “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”.

En séptimo lugar, el art. 259, n.º 1, 7.ª, castiga al que “Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor”. Esta conducta repite parcialmente el contenido de la anterior y el de la siguiente demostrando así, una vez más, la falta de precisión del legislador a la hora de elaborar las leyes.

En octavo lugar, el art. 259, n.º 1, 8.ª, castiga al que “Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo. Se incluyen aquí dos conductas, sólo para deudores mercantiles. Por una parte, la formulación de cuentas de manera que produzca como resultado que se ‘dificulte o imposibilite’ la evaluación de la situación del deudor carece de la precisión necesaria en materia penal”. Por otra parte, el incumplimiento del deber de formular el balance dentro de plazo no debiera tener la misma consecuencia jurídica que la anterior, pues puede que el deudor elabore un balance que refleje la imagen fiel, aunque sea con retraso.

En noveno lugar, el art. 259, n.º 1, 9.ª, castiga al que “Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”. Esta cláusula general no debiera haberse incluido en el tipo mixto alternativo que nos ocupa porque vulnera el principio de legalidad al resultar extremadamente abierta. Anudar el deber de diligencia con la disminución del patrimonio no es suficiente para que podamos hablar de tipicidad en sentido jurídico-penal.

Vistas brevemente las modalidades de conducta, procede hacer una valoración crítica. El legislador ha criminalizado conductas que deberían haberse quedado en el ámbito del Derecho mercantil. En concreto, las relativas a los deberes de contabilidad (259, n.º 1, 6.ª, CP) y formulación de cuentas anuales (259, n.º 1, 8.ª, CP) son un reflejo de la presunción *iuris et de iure* de concurso culpable del art. 443, 5.º, LC y de la presunción *iuris tantum*, también de concurso culpable, del art. 444, 3.º, LC, que sirven para la calificación del concurso, pero no para imputar una responsabilidad penal que debería estar basada en la disminución real del patrimonio, o en el peligro de que ésta se

produzca, que es lo que directamente afecta al derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos. La destrucción de documentación (259, n.º 1, 7.ª, CP) debería ser un hecho copenado y, por consiguiente, impune, al ser parte de la dinámica delictiva, del mismo modo que el ladrón procura no dejar las huellas de su conducta<sup>796</sup>. La participación en negocios especulativos debería haberse sometido a la producción de un resultado de disminución del patrimonio. Y, finalmente, la cláusula general de recogida del art. 259, n.º 1, 9.ª, CP sirve para tirar por la borda, una vez más, el principio de legalidad –en concreto, en su formulación de tipicidad y taxatividad– eso sí, después de haber dedicado ocho ordinales a formular el tipo. Para obviar el principio de legalidad habría sido más sencillo dejar sólo la cláusula de general, o incluso no haber reformado el delito concursal.

En términos generales, refiriéndose al art. 259 CP, el TS estima que como no se requiere una relación causa-efecto entre la conducta y el estado de insolvencia<sup>797</sup>, es un delito de mera actividad de semejante al alzamiento de bienes<sup>798</sup>. No obstante, hay que diferenciar los resultados locales producidos por cada conducta, del resultado general “estado de insolvencia”, como vemos a continuación.

d) La agravación, en sentido amplio<sup>799</sup>, de la insolvencia

En el artículo 259, n.º 1, se castiga (1) la agravación de la insolvencia por disminución del patrimonio (259, n.º 1, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 9.ª CP), (2) la participación en negocios especulativos (259, n.º 1, 5.ª CP), y (3) la ocultación de la situación económica real del deudor (259, n.º 1, 6.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª CP). Aunque el tercer grupo no agrava la situación de insolvencia y el segundo sólo crea un mayor peligro, incluimos los tres grupos bajo la denominación de “agravación de la insolvencia”, en sentido amplio, con el fin de facilitar la exposición y, en concreto, las referencias al art. 259, n.º 1, CP. En esta separación tripartita nos

796. Aunque la avidez del legislador para castigar hechos copenados posteriores que, en buena dogmática, debieran ser impunes, es cada vez mayor. El ejemplo más paradigmático quizá sea el delito de blanqueo de capitales.

797. No distingue entre el 259, n.º 1 y 2, por lo que habrá que interpretar que se refiere a la causación o, en su caso, agravación del estado de insolvencia.

798. La STS n.º 429/2017, de 14 de junio, dice: “La reforma de la LO 1/2015 ha supuesto una modificación esencial en la configuración de los delitos de bancarrota o concurso, en el sentido en que el derogado artículo 260.1 exigía una relación causal entre los actos dispositivos defraudatorios y el nacimiento o la agravación de la insolvencia (delito de resultado), mientras que el actual artículo 259, sanciona al deudor que se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, siempre que incurra en determinadas actuaciones de fraude (patrimonial, contable o documental), aun cuando no llegue a acreditarse una relación causa-efecto entre su actuación y el estado de insolvencia, configurándose así la bancarrota como un delito de mera actividad semejante a la naturaleza tradicional del delito de alzamiento de bienes”.

799. Más precisamente este epígrafe se podría denominar “La agravación de la insolvencia, la participación en negocios especulativos y la ocultación de la situación económica (art. 259, n.º 1, CP)”.

encontramos tres resultados, que se han de producir para que la conducta sea típica: en el primer grupo el resultado es la disminución del patrimonio, que puede ser real o aparente, como se deduce del propio texto cuando, por ejemplo, se refiere a ocultar bienes (1.<sup>a</sup>) o simular créditos (4.<sup>a</sup>). En el segundo grupo el resultado es la puesta en peligro del patrimonio y, en el tercer grupo, el resultado es ocultar la situación económica real del deudor.

El art. 259, n.º 1, CP tiene entre sus elementos una situación típica consistente en que el deudor se encuentre en “una situación de insolvencia actual o inminente”, cuya definición viene establecida en el art. 2.3 LC, que dice:

“La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

En la insolvencia actual el deudor no puede cumplir regularmente y, en la insolvencia inminente se hace un juicio de pronóstico –prevea– de incumplimiento regular del pago de las obligaciones exigibles. Aunque el juicio de predicción esté formulado subjetivamente al decir “el deudor que prevea”, se ha de interpretar con mayor rigor objetivo, al modo en que se hace en la teoría de la imputación objetiva, como el efectuado por un observador imparcial, individuo medio<sup>800</sup>. Definida de esta manera, puede haber insolvencia por falta de liquidez, aunque el activo sea mayor que el pasivo, y puede ocurrir que el activo sea menor que el pasivo (desbalance)<sup>801</sup> y que acudiendo al crédito se puedan hacer los pagos, de manera que no haya insolvencia<sup>802</sup>. Así mismo, puede suceder que pudiendo cumplir, el deudor decida no pagar, supuesto en el que no habría insolvencia. Por otra parte, la insolvencia se refiere a la falta de cumplimiento *regular*, que significa cumplir como es usual en el mercado, en el sector, sin acudir a maniobras extrañas, como por ejemplo, la dación en pago o las liquidaciones de bienes a muy bajo precio<sup>803</sup>, como pone de relieve

800. Esto, en realidad, no lo convierte en objetivo, aunque así lo sostenga la doctrina dominante en la teoría de la imputación objetiva, pero al menos evita la valoración subjetivo-individual del deudor. En mi opinión, el juez deberá revisar la valoración con un criterio *ex post*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia son partidarios, de valorar, en general cualquier peligro, con una perspectiva *ex ante*. Sobre la perspectiva *ex ante* y *ex post*, véase, SEGRELLES, I., “Teoría Juridicofísica del Peligro” en *RECPC* 19-21 (2017).

801. En Derecho Concursal las expresiones “activo” y “pasivo” se entienden referidas a la “masa activa” y a la “masa pasiva” respectivamente, y no “activo” y “pasivo” contables. Y del mismo modo, cuando se habla de “balance” o “desbalance” se refiere a la relación entre la masa activa y la pasiva, y no al balance contable.

802. Por todos, PULGAR EZCURRA, J.: “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, en VV.AA.: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012, pág. 155.

803. PULGAR EZCURRA, J.: *El presupuesto objetivo del concurso...*, *op.cit.*, pág. 154; MARTÍN ALONSO, O., en VV.AA.: *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, págs. 67-68.

el art. 2, n.º 4, 6.º, LC (“...liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes...”). La regularidad, siguiendo a la doctrina<sup>804</sup>, no se refiere, por tanto, al cumplimiento tardío o impuntual –es decir, no es una cuestión temporal– sino a la forma de cumplir las obligaciones. Finalmente, las obligaciones han de ser *exigibles* lo que, siguiendo a la doctrina, significa que se puedan reclamar judicialmente, no bastando con que estén vencidas sino que, además, deben no estar afectadas por vicios de invalidez, entre otros supuestos<sup>805</sup>.

Esta modalidad típica se puede cometer desde el momento en que existe una insolvencia inminente, e incluso después del auto de declaración de concurso. En efecto, aunque lo usual es que las conductas que hemos visto se ejecuten antes de la solicitud de la declaración de concurso mediante el correspondiente auto, también es posible cometerlas –en general– con posterioridad<sup>806</sup>. Por ejemplo, la ocultación y daño de los bienes patrimoniales recogida en el art. 259, n.º 1, 1.ª, LC se puede llevar a cabo antes o después de la declaración de concurso, pues el citado precepto se refiere a los bienes “que estén incluidos, o que habrían estado incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura”. Por consiguiente, y partiendo de que el momento de apertura se refiere al auto de declaración de concurso, la ocultación y destrucción de

804. PULGAR EZCURRA, J.: *El presupuesto objetivo del concurso...*, op.cit., pág. 153.

805. *Vid.*, por ejemplo, PULGAR EZCURRA, J.: *El presupuesto objetivo del concurso...*, op.cit., pág. 154.

806. Con la regulación anterior, la STS n.º 40/2008, de 25 de enero, sostenía, a mi juicio erróneamente, que el artículo 260 CP que castigaba al deudor que fuere declarado en concurso cuando causara o agravara la insolvencia, sólo se podía cometer precisamente hasta el momento de dicha declaración. En concreto, la citada resolución dice: “*Conviene dejar claro a los efectos de la interpretación del art. 260 del Código penal... que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el Código penal, en el art. 259 del Código penal, para cubrir este vacío, incremine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. O al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (art. 261).*”

*Se justifica esta posición con las propias provisiones del ordenamiento concursal (antes de la nueva Ley Concursal, y ahora con ella, exactamente igual). Nos referimos a los mecanismos de retroacción de la quiebra, de modo que los actos jurídicos tendentes a la despatrimonialización del deudor, ejecutados en fraude de acreedores, deben ser reintegrados a la masa de la quiebra (actualmente, del concurso). Quiere con ello decirse que la causación o agravación dolosa del concurso (en el caso, de la quiebra), no pueden ser posteriores a la declaración judicial y formal de la misma”.*

bienes que estén incluidos en la masa en dicho momento podrá llevarse a cabo con posterioridad al mismo. De este modo quien oculte bienes de la masa después de la declaración de concurso cometerá, a la vez, una conducta constitutiva de delito concursal y de delito de alzamiento de bienes, lo que genera un concurso de leyes que por razón del principio de subsidiariedad tácita (art. 8, 2.ª, CP) debe resolverse en favor del primero (delito concursal).

e) Causación de la situación de insolvencia

En esta modalidad son necesarios dos resultados, por una parte, el resultado propio y local de cada conducta prevista en los apartados del art. 259, n.º 1, CP y, por otra parte, el resultado general de insolvencia recogido en el art. 259, n.º 2, CP, que puede ser real o aparente<sup>807</sup>. Estos resultados se ordenan entre sí como parte de la progresión delictiva, llegando la insolvencia a consumirse a los demás (resultados locales), cuando no se producen simultáneamente. Por ejemplo, la disposición de activos patrimoniales a favor de terceros sin justificación *ex* art. 259, n.º 1, 2.ª, CP produce un perjuicio patrimonial –primer resultado– que puede dar lugar a la insolvencia –segundo resultado–, bien directamente o mediante la combinación con otras opciones previstas, como la venta de bienes por precio inferior a su coste (art. 259, n.º 1, 3.ª, CP). Pero no todas las conductas del art. 259, n.º 1, CP son aptas para causar el resultado de insolvencia. Las que claramente producen una disminución del patrimonio del deudor e impiden cumplir las obligaciones, son las contempladas en los cuatro primeros ordinales. Sin embargo, la participación en negocios especulativos (art. 259, n.º 1, 5.ª, CP) puede llegar, o no, a producir una disminución patrimonial si el negocio sale mal y causar así la insolvencia. Por su parte, el incumplimiento de los deberes de contabilidad, y las cuentas trucadas –falseadas– podrían producir, en algún caso, por la confusión que generan, la insolvencia, aunque no es lo más probable<sup>808</sup>, mientras que la destrucción de documentación carece de capacidad para causar la insolvencia.

807. La STS n.º 1359/2005, 18 de noviembre, en relación con el antiguo art. 260 CP –actual 259 CP–, que es parcialmente aplicable, dice que el perjuicio como resultado es un elemento del tipo y que la insolvencia puede ser real o aparente: “La cuestión, por lo tanto, con carácter previo a valorar el elemento subjetivo consistente en la intención con la que tales actos son ejecutados, es determinar si objetivamente puede afirmarse que provocaron o agravaron la insolvencia.... Bien porque efectivamente hayan provocado un empobrecimiento de la empresa que la conduce a la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, o bien porque hayan contribuido a crear una apariencia de insolvencia que mediante el mecanismo de la declaración judicial venga a producir el mismo resultado, esto es, la imposibilidad, o al menos la dificultad relevante, de que los acreedores hagan efectivos sus créditos, aunque de forma oculta los bienes sigan en manos de los acusados, bien directamente o mediante otras sociedades”.

808. En este sentido es interesante la citada STS n.º 1359/2005, de 18 de noviembre, cuando dice: “Así, por ejemplo, la no llevanza de libros de contabilidad, que origina que no sea posible por esa vía determinar las actuaciones previas y el estado económico real de la empresa, aparecía en el artículo 890.3 del Código de Comercio como una de las circunstancias que permiten reputar fraudulenta la quiebra, y aparece en la actualidad en la Ley Concursal, artículos 164 y 165, en

Aunque el art. 259, n.º 2, CP dice que las conductas han de causar el resultado<sup>809</sup>, hay que interpretarlo –por supuesto– en el sentido de que éste ha de ser objetivamente imputable a alguna o algunas de aquéllas, como corresponde conforme a la dogmática penal, todo ello en conjunción con los resultados locales, que también han de pasar el filtro de la imputación objetiva del resultado.

B) *Tipo subjetivo*

Estamos ante un delito que admite tanto el dolo como la imprudencia (ex art. 259, n.º 3, CP), pero la STS n.º 358/2020, de 1 de julio afirma que sólo cabe el dolo<sup>810</sup>. Desde la aprobación del vigente CP este delito sólo admitía el dolo, pero a partir de la reforma de 2015 se introduce la modalidad imprudente<sup>811</sup> lo que, a mi juicio, es un exceso que debe ser remediado lo antes

---

*relación con la calificación del concurso como culpable y respecto a la presunción de dolo o culpa grave. Pero por sí misma no satisface el tipo penal, (en este sentido STS n.º 1166/1999, de 16 de julio), pues aunque con carácter general pudiera considerarse que es posible que esa conducta sea la causa de la insolvencia o de su agravación, ha de reconocerse que es igualmente posible que no sea así en el supuesto concreto, lo que determina la exigencia de una mayor precisión en cada caso en cuanto a los efectos de la conducta”.*

809. La STS n.º 1359/2005, de 18 de noviembre, citada, dice: “... no sería suficiente para configurar el tipo objetivo si no es posible establecer alguna relación causal entre dicha conducta y la insolvencia”, y más adelante dice “Tales resultados no podrán ser afirmados si la conducta acreditada, aunque pudiera resultar sospechosa, es igualmente compatible con la existencia de una situación de insolvencia real, a la que se haya llegado fortuitamente, o a causa de una gestión poco afortunada o incluso a causa de una gestión que pudiera ser calificada como imprudente”. Aunque la terminología no es precisa porque mezcla la imprudencia con la causalidad, la idea es la necesidad de poder establecer la conexión entre el resultado y la conducta, que se debe llevar a cabo mediante la Teoría de la imputación objetiva.
810. En concreto dice: “*subjetivamente, esos actos causales han de ejecutarse con dolo, es decir con la voluntad de tal efectividad, de la que el sujeto ha de ser consciente cuando lleva a cabo dichos actos. Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables a título de negligencia*” (STS n.º 730/2017, de 13 de noviembre). “*Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables a título de negligencia*” (STS n.º 730/2017, de 13 de noviembre).
811. En el art. 521 CP de 1973 se castigaba la quiebra por insolvencia culpable conforme a las causas del art. 888 CCo, que decía: “Se considerará quiebra culpable la de los comerciantes que se hallaren en alguno de los casos siguientes: 1.º Si los gastos domésticos y personales del quebrado hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia. 2.º Si hubiere sufrido pérdidas en cualquier especie de juego, que excedan de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia. 3.º Si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas, o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieren por objeto dilatar la quiebra. 4.º Si en los seis meses precedentes a la declaración de la quiebra hubiere vendido a pérdida o por menos precio del corriente efectos comprados al fiado y que todavía estuviere debiendo. 5.º Si constare que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra hubo tiempo en que el quebrado debía,

posible. Es más, hasta la reforma indicada, la jurisprudencia exigía que el dolo fuera directo<sup>812</sup>. La LC dispone que concurso se calificará como fortuito o culpable (art. 441), pero esta calificación no es vinculante para el orden jurisdiccional penal como recuerda el art. 259, n.º 6, CP<sup>813</sup>. El art. 442 LC dice que la calificación del concurso como culpable se corresponde con la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave, definiéndose esta última, en materia civil, como una “grosera falta de diligencia exigible”<sup>814</sup>. Pero la LC, siguiendo en parte la tradición del CCo, establece además determinadas presunciones de culpa: en el artículo 443 LC las presunciones son *iuris et de iure* e incluyen desde la irregularidad contable hasta el alzamiento de bienes; mientras que en el artículo 444 LC las presunciones son *iuris tantum*, y van desde el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, pasando por la no formulación de las cuentas anuales, hasta el incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso. Pero las presunciones de la LC no vinculan a la jurisdicción penal. La separación entre el ámbito mercantil y el penal en este punto es adecuada porque las definiciones de las categorías dogmáticas de dolo e imprudencia en Derecho Penal tienen sus matices, y porque ni el dolo ni la imprudencia se deben presumir por el hecho de que se haya realizado una conducta, sino que precisamente han de recaer sobre las conductas. Por ejemplo, si el sujeto activo se alza con parte de sus bienes, conforme al art. 443, 1.º, LC la insolvencia es culpable, pero en el orden jurisdiccional penal esta conducta, que está recogida en el art. 259, n.º 1, 1.ª, CP, deberá ser objeto de valoración subjetiva para determinar si se ha cometido, o no, con dolo. Más claramente se ve en la no llevanza de la contabilidad, que implica la calificación del concurso como culpable *ex art. 443.6.ª LC*, pero que en el ámbito penal esta conducta, prevista en el art. 259, n.º 1, 6.ª, CP, ha de ser objeto de valoración para determinar si concurre dolo o imprudencia.

por obligaciones directas, doble cantidad del haber líquido que le resultaba en el inventario”.

Y en art. 523 CP castigaba al concursado cuya insolvencia resultara de conductas muy similares a las del art. 888 CCo, pero introduciendo en el apartado 3.º las ventas simuladas.

812. La STS n.º 1359/2005, de 18 de noviembre, afirma: “Es decir, no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos”.
813. Que dice: “En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.
814. SAP Vizcaya, Sección 4.ª, n.º 610/2010, de 23 de julio. O, como dice GARCÍA MARRERO, “La culpa grave conlleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos deberes” (GARCÍA MARRERO, J.: “La sección de calificación del concurso”, en VV.AA.: *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, pág. 642).

C) *Declaración de concurso e incumplimiento regular de las obligaciones*

El art. 259, n.º 4, CP establece dos requisitos objetivos alternativos, cuya naturaleza es de condición objetiva de punibilidad para un sector de la doctrina<sup>815</sup> y condición de perseguibilidad para otro<sup>816</sup>. El primero es que “el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” expresión que coincide con la definición auténtica, que ya hemos visto, de *insolvencia actual* del art. 2.3 LC, que dice: “Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Por tanto, se podrá perseguir el delito que nos ocupa, con base en este primer requisito, cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, pero no cuando se encuentre en estado de insolvencia inminente<sup>817</sup>.

El segundo requisito alternativo del art. 259, n.º 4, CP es que el deudor haya sido declarado en concurso que, de conformidad con la LC, se produce cuando el juez dicta el Auto de declaración de concurso (art. 24 LC), bien previa solicitud de concurso por parte del deudor (arts. 5 a 12 LC), bien previa solicitud por parte de los acreedores (art 14 y ss. LC). Ahora bien, cuando la solicitud es del acreedor u otro legitimado que no sea el deudor (concurso necesario), y no está basada en el art. 14, n.º 2, 1.º, LC, el juez dicta un Auto de admisión a trámite del concurso para, tras el allanamiento del deudor (art. 19 LC) o, en su caso, la celebración de una vista (arts. 21 a 23 LC), declarar el concurso o desestimar la solicitud mediante Auto (art. 24 LC). En este caso, el Auto de admisión a trámite del concurso no es todavía una declaración de concurso, por lo que no colma el requisito del art. 259, n.º 4, CP que estamos analizando, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>818</sup>.

Partiendo de las anteriores consideraciones, los requisitos objetivos alternativos de la agravación de la insolvencia<sup>819</sup> del art. 259, n.º 1, CP quedan de la siguiente manera: cuando la conducta agrave una insolvencia inminente no se podrá ejercer la acción penal hasta que la insolvencia sea definitiva, es decir, hasta que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o, si se prefiere, hasta que se haya declarado el concurso. Cuando la conducta agrave una insolvencia actual, el requisito estará ya colmado porque habrá dejado de cumplir regularmente sus obligaciones, por lo que se podrá ejercer la acción penal. Y los requisitos objetivos en la causación de la insolvencia del art. 259, n.º 2, CP resultan del siguiente modo: cuando la conducta cause sólo insolvencia inminente, habrá que esperar a la insolvencia actual, esto es, a que el deudor deje de cumplir regularmente sus obligaciones para actuar penalmente. Y si la conducta causa una insolvencia actual se podrá ejercer

815. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...*, op.cit., págs. 174-179.

816. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: en VV.AA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., págs. 449 y 452.

817. En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...*, op. cit., págs. 171-172.

818. Por todos, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...*, op. cit., págs. 172-173.

819. En el sentido amplío, antes indicado.



directamente la acción penal porque, de nuevo, se habrá cumplido el requisito de sobrepasar el pago regular de las obligaciones. En definitiva, la declaración de concurso no es una condición necesaria porque siempre es posterior a que el deudor deje de cumplir regularmente sus obligaciones, por lo que su utilidad es más bien práctica a efectos de estrategia procesal, en el sentido de que, dependiendo de la prueba que el acreedor –o los acreedores– tenga para acreditar el incumplimiento regular de sus obligaciones, merecerá, o no, la pena esperar a la declaración de concurso, además de tener en cuenta otros aspectos, como la solicitud de concurso.

#### *D) Tipos cualificados*

El art. 259 bis CP recoge varios tipos cualificados alternativos, en los que la pena se eleva pasando a ser de dos a seis años de prisión, frente a la de uno a cuatro años, también de prisión que tiene el tipo básico, pero la pena de multa se mantiene igual, siendo de ocho a veinticuatro meses. Las cualificaciones, que el CP denomina circunstancias son, en primer lugar (1.<sup>a</sup>), que “se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica”, siendo la primera alternativa –generalidad de personas– el mismo criterio de agravación del delito continuado (art. 74 CP), y la segunda –situación económica de la víctima– una cualificación utilizada en el delito de estafa (art. 250, n.º 1, 4.<sup>a</sup>, CP). La modalidad típica alternativa “pueda producirse” un perjuicio patrimonial debe ser objeto de crítica porque castigar el peligro no es una buena opción en general, y mucho menos cuando es extremadamente difícil de valorar, como ocurre en este caso. Pero es que, además, equipara la pena de la puesta en peligro a la correspondiente a la producción del resultado, lo que no tiene justificación<sup>820</sup>. La segunda cualificación (2.<sup>a</sup>) es que “se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros” y, la tercera (3.<sup>a</sup>) que “al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social”. Esta última cualificación, a mi juicio, habría que suprimirla porque si a alguien hay que dar mayor protección en nuestro país es al particular y al pequeño y mediano empresario, pero no a las Administraciones, que están hiperprotegidas, como es tradición.

#### *E) Relaciones entre el procedimiento penal y el procedimiento concursal*

El legislador deja claro que el orden jurisdiccional penal es independiente del civil y mercantil, de conformidad con el art. 259, n.º 5, CP, que dice: “Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por

820. En este sentido, por todos, SOUTO, GARCÍA, E. M.: Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.), en VV.AA.: *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Valencia, 2015, pág. 820.

el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa". De modo que no hay prejudicialidad mercantil, como también afirma la LC en su art 462 al establecer la regla de no vinculación de "los jueces de lo penal", expresión ésta que se ha de interpretar en el sentido de jueces de la jurisdicción penal, incluyendo así a los jueces de instrucción, como además se deduce de su texto: "La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito".

Respecto a la prejudicialidad penal, el art. 519 LC dice que "La incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de este, ni de ninguna de las secciones en que se divide"<sup>821</sup>.

No obstante, a pesar de esta independencia entre el procedimiento penal y el concursal, existen relaciones importantes entre ellos. Así el art. 259, n.º 5, CP, inciso final, dice que "El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa"<sup>822</sup>. Y el art. LC 136, n.º 3, impone: "Los jueces o tribunales de los órdenes social, contencioso-administrativo o penal ante los que, después de la declaración del concurso, se ejerciten acciones que pudieran tener trascendencia para la masa activa, emplazarán a la administración concursal y, si se personase, la tendrán como parte en defensa del interés del concurso".

Además el proceso penal y las resoluciones dictadas en el ámbito penal son trascendentes para el procedimiento concursal. En concreto, el art. 308, 5.º, LC establece la posibilidad de la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores: "Cuando, en un proceso penal iniciado después de la presentación del informe de la administración concursal o del texto definitivo de la lista de acreedores, se dicte sentencia que suponga la existencia de un crédito concursal".

821. Téngase en cuenta aquí el art. 10 LOPJ, que dice: "1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".

822. Se refiere al delito de concurso que ahora nos ocupa y a "los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre", conforme al art. 259, n.º 1, inciso primero, que ya hemos visto.

También son relevantes las resoluciones dictadas en el seno del procedimiento penal para exonerar de responsabilidad al deudor "persona natural" que sea de buena fe. En este sentido el art. 487, n.º 2, LC dice:

"A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme".

El art. 520 LC bajo la rúbrica "Medidas cautelares a solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal", dice:

"1. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal contra el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso, será competencia exclusiva del juez del concurso, adoptar, a solicitud del juez o tribunal del orden jurisdiccional penal, cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa, incluidas las de retención de pagos a los acreedores inculcados en procedimientos criminales u otras análogas.

2. Las medidas cautelares acordadas en ningún caso deben impedir continuar la tramitación del procedimiento concursal, y se acordarán del modo más conveniente para garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.

3. Las medidas cautelares acordadas no podrán alterar o modificar la clasificación de los créditos concursales, ni las preferencias de pagos establecida en esta ley".

La LC, en su art. 4, también impone obligaciones al Ministerio Fiscal en el seno del procedimiento penal. El precepto dice:

"1. Cuando en las actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal, el Ministerio Fiscal instará del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones

penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

2. De igual modo, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez competente para conocer del concurso del deudor por si respecto de este se encontrase en tramitación un concurso de acreedores”.

### 2.3. Favorecimiento de acreedores

Hasta 2015 el favorecimiento de acreedores se identificaba con la preterición de acreedores porque se requería la admisión a trámite de la solicitud de concurso, pero actualmente existe un tipo de favorecimiento que no incluye este requisito. El Preámbulo de la LO 1/2015 justifica este nuevo tipo penal porque amplía la protección a los acreedores<sup>823</sup>. Ante este escenario podemos dejar la expresión “favorecimiento” para el tipo del art. 260, n.º 1, CP y la palabra “preterición” para el tipo del art. 260, n.º 2, CP, de modo que así tenemos el delito de “favorecimiento de acreedores”<sup>824</sup> y el delito de “preterición de acreedores”<sup>825</sup>, respectivamente, sin olvidar que, obviamente, la preterición no deja de ser un favorecimiento. Otra opción es denominar “favorecimiento preconcursal” al primero y “favorecimiento concursal” al segundo.

El delito de favorecimiento de acreedores (art. 260, n.º 1, CP) –o favorecimiento preconcursal– es un delito especial propio, al ser el sujeto activo el deudor, y tiene como bien jurídico protegido la *par conditio creditorum*, que es especialmente relevante en materia concursal, como dice el Preámbulo de la LC: “Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”. En este sentido, también el TS (Sala 1.ª) ha dicho que “la *par conditio creditorum* es un principio básico del Derecho Concursal, que tradicionalmente se ha considerado como una idea-fuerza en el tratamiento de la insolvencia, de manera que han de darse varias notas para que sea admisible un privilegio que pervierta la igualdad de trato: legalidad, necesidad y excepcionalidad”<sup>826</sup>. Así pues, ante la importancia de este principio es necesaria una protección penal que se sustancia en el art. 260 CP.

El tipo requiere una situación de insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, prevé dos conductas típicas alternativas que son, en primer lugar, realizar “un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado

823. En concreto dice: “De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente”.

824. En sintonía con la palabra “favorezca” que utiliza el art. 260, n.º 1, CP.

825. En armonía con la expresión “posposición” del art. 260, n.º 2, CP.

826. STS n.º 229/2016, de 8 de abril.

a pagar un crédito no exigible” y, en segundo lugar, realizar el mismo acto pero “destinado” a facilitar a algún acreedor una garantía a la que no tiene derecho. Es de destacar que el tipo no requiere que se haya hecho el pago ni que se haya constituido la garantía, sino que basta haber contraído la obligación correspondiente.

El delito requiere que la “operación carezca de justificación económica o empresarial” lo que plantea la duda de si estamos ante un elemento del tipo, negativamente definido, o ante una causa de justificación, cuestión que da lugar al correspondiente debate en la doctrina<sup>827</sup>. Finalmente, es un delito exclusivamente doloso, no admitiéndose la imprudencia, a diferencia del delito de concurso punible.

#### 2.4. Preterición de acreedores

El artículo 260, n.º 2, CP recoge el tradicional delito de preterición de acreedores, como modalidad de favorecimiento. La conducta es realizar “un acto de disposición o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”. Al igual que en el art. 259, n.º 1, CP la consumación no requiere el pago, que entra a formar parte del agotamiento del delito, sino que basta haber contraído la obligación. La preterición consiste precisamente en saltarse el orden de prelación de los créditos, que se regula en el artículo 269 y ss. de la LC, de manera que se favorece a alguno, o algunos, dificultando o impidiendo el cobro a los demás, es decir, “con posposición del resto”.

La preterición de acreedores tiene como requisito de perseguibilidad la admisión a trámite del concurso, lo que resulta problemático porque en el concurso voluntario no existe tal trámite, y esto ha llevado a parte de la doctrina a considerar que se ha de interpretar como auto de admisión de declaración de concurso<sup>828</sup>. El problema no se plantea en el concurso necesario, que sí tiene prevista expresamente la admisión a trámite (14, n.º 2, 2.º, LC). Una vez en marcha el proceso concursal el deudor queda limitado en sus facultades (art 28 LC y concordantes), y por ello el tipo requiere que lleve a cabo la conducta “sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los caos permitidos por la ley”.

La pena es más elevada que la del favorecimiento del art. 260, n.º 1, CP, lo que se justifica por estar iniciado el procedimiento concursal, pero es igual a la del delito concursal en lo que a la privación de libertad se refiere (uno a cuatro años), y algo más elevada en cuanto a la multa (de doce a veinticuatro

827. BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013”, en *LL*, n.º 8303, de 5 de mayo de 2014, pág. 7; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, págs. 292-294.

828. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, 2013, págs. 108-111.

meses para el precepto que nos ocupa, frente a los ocho a veinticuatro meses del delito concursal), lo que tiene difícil justificación.

### **2.5. Provocación de concurso falso (de falsa declaración de concurso; falso concurso)**

Este delito permite evitar que el deudor pueda deshacerse injustificadamente de parte de los créditos de sus acreedores y continuar así, libre de ciertos pasivos, su actividad. El art. 261 CP castiga la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal para lograr una declaración de concurso que no responde a la realidad porque el deudor sí puede hacer frente al pago de sus obligaciones. Es otra manera de proteger el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor, por lo que, desde esta perspectiva el sujeto activo será el deudor, o alguien de su entorno.

La conducta no consiste en elaborar documentos falsos<sup>829</sup>, que podrá, en su caso, ser constitutiva de un delito de falsedad documental, sino en presentar datos falsos, "relativos al estado contable" que estarán soportados en documentos. El tipo se construye con un elemento subjetivo que es "el fin de lograr indebidamente" la declaración de concurso, por lo que la consumación no requiere que ésta se produzca. El delito es doloso y, teniendo en cuenta el uso de la expresión "a sabiendas", junto con el elemento subjetivo del tipo, se puede concluir que sólo admite el dolo directo<sup>830</sup>.

### **2.6. Responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Todos los delitos del Capítulo VII Bis "De las insolvencias punibles", que nos ocupa, se pueden cometer por las personas jurídicas, por imperativo del artículo 261 bis del CP, que establece penas de multa de hasta cinco años en función de la pena que cada delito tenga prevista para la persona física.

## **V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL**

### **1. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL\***

#### **1.1. Introducción**

La propiedad intelectual es la institución jurídica que regula el fenómeno de las creaciones del ingenio y responde a una multiplicidad de intereses, entre los que se encuentran los individuales de los autores y demás sujetos que intervienen en el proceso de creación y producción (artistas intérpretes, productores, editores, etc.), así como los intereses colectivos que guardan relación con la necesidad social de fomentar la realización de obras del ingenio

829. MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 154-155.

830. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: *Parte especial, op. cit.*, pág. 158.

\* A cargo de José Ignacio Gomara Díez.

# UNIDAD 3

## **DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**





# Competencias

- Analizar el estado actual del delito de terrorismo y su impacto en realidad peruana.



## PRIMERA LECTURA

**Núñez Fernández, J. (2017).** La punibilidad en el tratamiento penal del terrorismo: Estudio de art. 579 *bis* 3 CP. En Núñez Fernández, J. (2017). Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena (pp. 99-151). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

Se aborda la atenuante específica de abandono de las actividades delictivas, confesión de los hechos y colaboración con las autoridades. Se procederá al análisis y valoración de algunos aspectos del debate que esta atenuante ha suscitado y se tratará de establecer si la misma puede resultar útil en la lucha contra el terrorismo de corte yihadista. El estudio termina con una propuesta de mejora de la actual regulación la cual abarca el ámbito de la ejecución penitenciaria.



ESTUDIOS

SOBRE  
PUNIBILIDAD,  
TERRORISMO,  
VÍCTIMAS Y PENA

**JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ**

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**



*JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ*

Profesor Contratado Doctor interino de Derecho penal  
Acreditado para el Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**SOBRE PUNIBILIDAD,  
TERRORISMO, VÍCTIMAS  
Y PENA**

**Prólogo**

**ALICIA GIL GIL**

**THOMSON REUTERS**

**ARANZADI**

Primera edición, 2017

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José Núñez Fernández]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-9177-102-9  
DL NA 1386-2017

*Printed in Spain. Impreso en España*  
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 - Pamplona



## La punibilidad en el tratamiento penal del terrorismo: Estudio de art. 579 bis 3 CP

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Dentro de los institutos que aquí se ubican en sede de punibilidad y que inciden en el tratamiento jurídico penal del terrorismo, se pueden identificar, dentro del ordenamiento jurídico español, el desistimiento (apartados 2 y 3 del art. 16 CP), las atenuantes genéricas de confesión de los hechos, reparación del daño y dilaciones indebidas (respectivamente circunstancias 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del art. 21 CP) y la atenuante específica de abandono de las actividades delictivas, confesión de los hechos y colaboración con las autoridades (art. 579 bis 3 CP).

Como ya se adelantó en la introducción, se procede a analizar exclusivamente el último instituto mencionado que muchos ubican dentro del denominado «Derecho penal premial» (Aboso, 2017, pp. 5 y ss.; García del Blanco, 2017, p. 280; Garro Carrera, 2013, p. 5) y cuyos orígenes históricos son ciertamente remotos<sup>1</sup>. Pese a que la expresión «medida premial» no me parece el más adecuado para identificar el objeto de estudio<sup>2</sup>, emplearé

1. En lo que respecta a los territorios que hoy día constituyen España y dejando al margen la época anterior a la dominación romana (un análisis sobre la misma se puede encontrar en Quintanar Díez, 1996, pp. 18-20), Cuerda Arnau considera que el antecedente más remoto lo constituye la exención de pena del delito de lesa majestad que preveía el Código Teodosiano (Cuerda Arnau, 1995, p. 29).

Para un análisis de los antecedentes en el proceso penal medieval inglés, Aboso, 2017, pp. 7 y ss.

2. Se supone que se «premia» al terrorista por estos comportamientos rebajándole la pena que le correspondería por los delitos cometidos o bien no aplicándole la misma. Con todo, hablar de «premio» en este contexto no deja de resultar cuestionable dado que la colaboración entraña un alto riesgo para el que la presta, riesgo del que además el Estado no le protege de forma adecuada (Garro Carrera, 2013, p. 21; Sánchez García de Paz, 2005, pp. 19-22). Por otro lado y como se explicará, los comportamientos que pueden dar lugar a la rebaja de la pena reducen la necesidad de la misma desde el punto de vista preventivo general y especial, por lo que realmente

el mismo en este trabajo dado que el uso del referido término es generalizado y ello facilita la comprensión del lector. Por otro lado, la decisión de analizar solo la atenuante del art. 579 *bis* 3 CP responde a razones que tienen que ver con la limitación que acompaña al presente estudio y por la especificidad (que no exclusividad) de la referida atenuante en relación con los delitos de terrorismo<sup>3</sup>.

---

la atenuación resulta coherente con los fines que el castigo penal debe cumplir en nuestro sistema jurídico. En este sentido, hablar de «premio» cuando la respuesta punitiva es simplemente la necesaria para el cumplimiento de sus fines, no me parece adecuado. Además, no queda muy claro por qué el uso del término se circunscribe a las atenuantes previstas para terrorismo y criminalidad organizada y no para otras atenuantes o eximentes de fundamento en parte coincidente (como la confesión o reparación del daño) u otras medidas que se adoptan en el contexto de la ejecución de pena. A este respecto, podemos pensar en la persona que es condenada a una pena de 5 años de prisión por cometer un delito a causa de su dependencia al alcohol y se acuerda la suspensión de la ejecución de dicha pena con la condición de que el penado supere su adicción (art. 80.5 CP). En este contexto no se habla, entiendo que con buen criterio, de la suspensión como un premio al delincuente drogodependiente que supera su adicción, sino como una manera de compatibilizar los diferentes fines que persigue la pena, sacrificando la finalidad retributiva en aras de la prevención especial de vertiente resocializadora (Núñez Fernández, 2015 a, p. 887).

Por todo lo apuntado, describir la atenuante que nos ocupa como una «medida premial» me parece inadecuado y conduce, en cierto modo, a avivar la polémica que la misma suscita pues parece que nos encontramos simplemente ante una mera recompensa cuando la cuestión es mucho más compleja.

3. Ver, respectivamente, arts. 376.1, 434 CP y 570 *quater* 4 CP. Como hubo ocasión de comprobar *supra* (nota al pie n.º 8, epígrafe 1.1. del Capítulo II), en la regulación de los delitos contra la salud pública, en la de los delitos de organizaciones y grupos criminales así como, desde la reforma de L.O. 1/2015, en la de los delitos de malversación de caudales públicos, también se incluyen circunstancias atenuantes similares a la que recoge el art. 579 *bis* 3 CP. En este sentido, la reforma de 2015 trae consigo una ampliación del ámbito de aplicación de esta atenuante que, desde la aprobación del vigente Código penal en 1995, solo se estaba prevista para algunos delitos contra la salud pública y para los delitos de terrorismo. Se aprecian, no obstante, algunas diferencias significativas en la regulación de la atenuante respecto de los delitos de malversación de caudales públicos. En primer lugar, la rebaja de la pena es, en este caso, obligatoria y no potestativa como sucede en los demás supuestos. Por otro lado, las conductas que dan lugar a la rebaja obligatoria de pena en el ámbito de los delitos de malversación son solo en parte coincidentes con las que permiten rebajar la pena respecto de los otros delitos mencionados. En concreto, solo coincide un comportamiento: colaborar activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. Además, las conductas que obligan a rebajar la pena en casos de malversación se prevén de forma alternativa de manera que basta con que el sujeto realice una de ellas para que se deba proceder a la atenuación. Por el contrario y como habrá ocasión de comprobar, en los casos de terrorismo (al igual que en los delitos contra la salud pública), la rebaja de pena requiere que el sujeto realice acumulativamente varios comportamientos: abandono de la actividad delictiva, presentación ante las autoridades confesando los hechos y colaboración con las autoridades que puede concretarse, esto sí de forma alternativa, en diferentes conductas. Por su parte y en lo que respecta a los delitos de organizaciones y grupos criminales y según lo establecido en el art. 570 *quater* 4 CP,

En todo caso no pretendo realizar un estudio exhaustivo de esta atenuante ya que ello ha sido realizado y con brillantez en el pasado<sup>4</sup>. Se trata más bien de indagar sobre los aspectos básicos de la regulación vigente en España fruto de la reforma de L.O. 2/2015 y de examinar cuál ha sido su aplicación en la práctica jurisprudencial desde su incorporación al Código penal de 1973 en virtud de la reforma L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*<sup>5</sup>, hasta el 30 de abril de 2017. También se procederá al análisis y valoración de algunos aspectos del debate que esta atenuante ha suscitado y se tratará de establecer si la misma puede resultar útil en la lucha contra el terrorismo de corte yihadista. El estudio termina con una propuesta de mejora de la actual regulación la cual abarca el ámbito de la ejecución penitenciaria.

Todo ello se realiza sin perder de vista algunos aspectos del Derecho internacional y del Derecho comparado, en la medida en que ello sirva para enriquecer el estudio de la regulación española. Por otro lado, esta referencia al ámbito internacional y del Derecho comparado pretende también poner de relieve que institutos como el analizado constituyen una realidad jurídica a nivel global. En este sentido, el conflicto que conlleva la concepción de la pena como obligación del Estado y derecho de las víctimas, en la medida en que a mi juicio la misma aboga por la supresión de este tipo de medidas, trasciende la esfera del derecho español.

## 2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL Y AL DERECHO COMPARADO

Como se ha apuntado en el apartado anterior, tanto en el ámbito del Derecho internacional como del Derecho comparado, la posibilidad de

---

solo se exige el abandono y la realización de alguna de tres conductas de colaboración con las autoridades que se recogen en el citado precepto (es decir, que no se requiere que el sujeto se presente ante las autoridades confesando los hechos), sin que se exija que ninguno de esos comportamientos de colaboración resulte en efecto eficaz (a diferencia de lo que sucede, como habrá ocasión de comprobar, respecto de alguna de las conductas de colaboración en el ámbito de los delitos de terrorismo).

4. Destaca sobre todo, en este sentido, la monografía de Cuerda Arnau (Cuerda Arnau, 1995). También es reseñable otra obra monográfica sobre la cuestión de Quintanar Díez (Quintanar Díez, 1996). Recientemente se ha publicado otra obra monográfica sobre la materia aunque la misma no se ciñe al terrorismo (lo que también sucede con la obra de Quintanar Díez) y se centra, sobre todo, en el estudio del ordenamiento jurídico argentino pese que también dedica un capítulo al análisis de la cuestión en el ámbito del Derecho comparado (Aboso, 2017).
5. Aunque hay experiencias legislativas previas más remotas (ver, Aboso, 2017, p. 7-10 y, ampliamente, Cuerda Arnau, 1995, pp. 91 y ss.), tomamos como punto de partida L.O. 9/1984 que modificó el art. 57 *bis* b) CP 1973 convirtiendo este precepto en el antecedente que mayor similitud presenta con el que está vigente en la actualidad.

rebajar e incluso no aplicar pena a quienes hayan cometido delitos de terrorismo en el marco de la delincuencia organizada cuando estos abandonen la actividad delictiva y colaboren con las autoridades, constituye una realidad ciertamente extendida.

## 2.1. EL DERECHO INTERNACIONAL

En el contexto internacional existen previsiones de medidas de esta índole tanto para la criminalidad organizada en general como para el terrorismo como manifestación concreta de aquella.

Así, en el marco de Naciones Unidas, el art. 26 de la *Convención sobre Crimen Organizado de 10 de noviembre de 2000* (Convención Palermo)<sup>6</sup>, establece la obligación de los estados partes de adoptar medidas para alentar

- 
6. «Artículo 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley
1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:
    - a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:
      - i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;
      - ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;
      - iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;
    - b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.
  2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.
  3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.
  4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.
  5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo». *Convención de Naciones Unidas sobre el crimen organizado de 10 de noviembre de 2000* (Convención Palermo) [disponible en red: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/55/383> (último acceso el 16 de abril de 2017)].

a las personas que intervengan o hayan intervenido en grupos delictivos organizados a cooperar con las autoridades proporcionando información útil para los fines probatorios o de investigación o prestando ayuda que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. Establecida esta obligación, la Convención deja a la discreción de los estados parte la posibilidad de rebajar la pena a aplicar por los delitos cometidos o bien a conceder a los colaboradores la inmunidad judicial, a fin de cumplir con el referido compromiso.

Por su parte, dentro del ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996, definió las bases respecto a las medidas que era conveniente adoptar en relación con las personas que colaboran con las autoridades en el ámbito de la delincuencia organizada e internacional<sup>7</sup>. Siguieron la estela de la referida resolución (Garro Carrera, 2013, p. 16) dos decisiones marco (concretamente la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo<sup>8</sup> y la Decisión Marco del Consejo 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada<sup>9</sup>) en las que se permite a los Estados miembros la posibilidad de rebajar la pena en

7. En esta resolución [disponible en red: <http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i152.pdf>, (último acceso el 20 de abril de 2017)], se invita a los Estados miembros a que adopten medidas para incentivar la colaboración con las autoridades de personas pertenecientes organizaciones criminales ofreciéndoles beneficios por ello y, al mismo tiempo, a que se adopten las medidas necesarias para proteger a estas personas de los riesgos que se puedan derivar de estos comportamientos de colaboración. Y ello porque se entiende «*que se puede mejorar notablemente el conocimiento de las organizaciones delictivas y reprimir más eficazmente sus actividades sirviéndose de las declaraciones realizadas a las autoridades competentes por miembros de dichas organizaciones que hayan aceptado colaborar con el proceso judicial*».
8. Disponible en red: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32002F0475> (último acceso el 16 de abril de 2017). De acuerdo con su art. 6: «*Todos los Estados miembros podrán considerar la posibilidad de tomar las medidas necesarias para que las penas ... puedan reducirse si el autor del delito: a) abandona la actividad terrorista, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a: i) impedir o atenuar los efectos del delito; ii) identificar o procesar a los otros autores del delito; iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos de los previstos en los artículos 1 a 4*».
9. Disponible en red: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF> (último acceso el 16 de abril de 2017). De acuerdo con su art. 4, «... *Todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas ... puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito: a) abandona sus actividades delictivas, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a: i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito; ii) identificar o procesar a los otros autores del delito; iii) encontrar pruebas; iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas; o v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2*».

incluso no aplicarla (algo que solo prevé la segunda decisión marco citada) en casos de terrorismo y de delincuencia organizada cuando el autor del delito abandona sus actividades delictivas y colabora con las autoridades aportando información que permita impedir o atenuar los efectos del delito, identificar o procesar a otros responsables, impedir que se cometan más delitos o privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas. Estas decisiones marco citadas siguen las directrices que a tal efecto definió la Resolución del Consejo

De la regulación internacional hay que tener presente una serie de aspectos de cara al análisis de la normativa española que se lleva a cabo en los siguientes apartados. En este sentido se advierte que la previsión internacional permite no solo la rebaja de pena sino la no aplicación de la misma, alude a la naturaleza potestativa de tales medidas, no exige que el abandono de la actividad delictiva se produzca con anterioridad a la detención del sujeto por parte de las autoridades y no prevé la delación como única conducta de colaboración que permita, en su caso, rebajar o no aplicar la pena.

## 2.2. EL DERECHO COMPARADO

### 2.2.1. Consideraciones generales

En el marco del Derecho comparado institutos similares al analizado, previstos para la criminalidad organizada de la que el terrorismo puede constituir una manifestación, están presentes en infinidad de ordenamientos a nivel mundial, los cuales pertenecen a entornos políticos, culturales y geográficos muy diversos. Así, dentro de lo podemos considerar Europa desde el punto de vista geográfico, cabe nombrar la legislación de países como Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovenia, Francia, Italia, Grecia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía o Suiza<sup>10</sup>. Por lo que respecta al continente americano, se puede hacer o propio respecto de los ordenamientos de Estados Unidos, México, Perú, Brasil, Chile, Paraguay o Argentina. Y respecto de otras latitudes, se puede nombrar la legislación de Irán, Kuwait o Taiwan<sup>11</sup>.

10. En el ámbito de la Unión Europea, destaca como excepción el ordenamiento de Holanda, en el que no se prevé ninguna medida de esta índole (García del Blanco, 2017, p. 280, nota al pie n.º 11).

11. Para un análisis sucinto, salvo por lo que respecta a la legislación argentina, de la regulación de estas medidas en los ordenamientos de Estados Unidos, Francia, Austria, Brasil, Chile, Perú y Paraguay, ver Aboso, 2017, pp. 11-33 y 113-164. Un estudio exhaustivo de la regulación italiana, alemana y la propia del *common law* se puede encontrar en Quintanar Díez, 1996, pp. 74-265; Cuerda Arnau, 1995, pp. 129-253.

Se advierte, por tanto, que la previsión de este tipo de institutos está sumamente extendida en el ámbito del Derecho comparado si bien es necesario destacar la acusada disparidad de regímenes presentes en unos y otros ordenamientos (García del Blanco, 2017, p. 280; Garro García, 2013, p. 9; Sánchez García de Paz, 2005, pp. 3-8). En este sentido, hay marcadas diferencias en relación con lo que se le exige al sujeto para conseguir la medida premial, con el momento en que se debe colmar esa exigencia y con la naturaleza y el alcance de la medida en cuestión<sup>12</sup>.

Para finalizar este breve apartado de Derecho comparado, haré alusión a algunos aspectos de la regulación italiana y alemana. Son varias las razones que explican esta decisión. Además de la evidente necesidad de limitar el estudio dadas las dimensiones de este trabajo, destaca por encima de todo la relevancia que en ambos países tuvieron este tipo de medidas premiales en la lucha antiterrorista. Se trata a su vez de una normativa que surgió como parte de la lucha contra la actividad terrorista acaecida durante los años 70 y 80 del pasado siglo y el recorrido temporal que media respecto del momento presente, permite valorarla con la distancia y sosiego necesarios para el análisis que aquí se propone. Por otro lado, cabe destacar la cercanía de los ordenamientos alemán e italiano que se integran en sistemas jurídicos similares al nuestro en muchos aspectos, por lo que pueden servir como referente idóneo para hacer algunas propuestas de mejora de la regulación española.

### 2.2.2. Aspectos relevantes de la regulación italiana

En Italia las medidas premiales formaron parte de lo que se conoce como «*legislazione dell'emergenza*» (legislación de la emergencia) concebida para hacer frente al terrorismo que tuvo lugar en este país desde 1969

12. En palabras de García del Blanco: «La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente conceden la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiempo, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros de la asociación (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia y Polonia). Otros países (Irán, Kuwait) exigen el abandono del grupo y el suministro de informaciones sobre la identidad de otros miembros del grupo, antes de que el grupo haya podido cometer cualquier infracción. Mientras que en ciertos sistemas jurídicos (como Chile, Croacia, Rumania) basta con informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolución incluso en casos en que las informaciones suministradas por el autor no contribuyan a impedir infracciones, otros (Francia, Eslovenia, Suiza, Taiwan) sólo ofrecen en esta situación una atenuación de la pena o un acceso más fácil a la libertad condicional. La mayor parte de los países no hacen concesiones, por lo menos en cuanto al derecho penal material, a los miembros de la asociación que sólo cambian de idea en el curso del proceso penal y se convierten en testigos de la acusación. Excepciones a esta regla pueden encontrarse por ejemplo en Chile, en Alemania y en Taiwan» (García del Blanco, 2017, p. 280 nota al pie n.º 11).

hasta 1980, momento en el que tuvieron lugar una serie de circunstancias: una disminución de los atentados, la crisis interna de las organizaciones terroristas entre las que destacaron las «Brigadas Rojas» y «Prima Líena», la desvinculación de los terroristas de sus respectivas organizaciones y la colaboración de estos con las autoridades (Cuerda Arnau, 1995, pp. 204-205; Quintanar Díez, 1996, p. 85-87). En lo que a regulación del fenómeno se refiere, se pueden diferenciar dos periodos que se explican en el siguiente párrafo. En este sentido, sigo el planteamiento de Cuerda Arnau tanto en lo que respecta a la división de periodos como a los motivos a la que obedece la misma<sup>13</sup>. Por otro lado, es preciso advertir que aquí se refleja una síntesis muy breve de lo que en realidad es una normativa compleja y profusa y ello con la intención de destacar los aspectos que me parecen más relevantes para valorar y en su caso, hacer propuestas de mejora de la actual normativa española.

Así, se aprecia un primer periodo, que va de 1979 a 1982<sup>14</sup>, muy cercano al momento más virulento de atentados durante el que, precisamente por eso, las autoridades no solo pretendían que los terroristas se desvinculasen de la organización sino que estaban ávidas de conseguir información que les permitiese enfrentarse al terrorismo con mayor eficacia. Ello explica que las medidas premiales, consistentes en la posibilidad de rebaja o exención de pena, exigiesen además de «la disociación»<sup>15</sup> y la evitación de

13. En palabras de esta autora: «... la *“legislazione dell'emergenza”* se entiende mejor si se la sitúa en un marco histórico y político muy determinado. Así es porque sus disposiciones, en muchos casos, no son susceptibles de un razonamiento en clave jurídica, sino que responden a consideraciones distintas, y, consiguientemente, solo a la luz de estas cobran sentido; y esto es algo que no debe perderse de vista cuando se trata de trasplantar modelos legislativos de un ordenamiento jurídico a otro» (Cuerda Arnau, 1995, p. 204).
14. Este primer periodo está representado por el Decreto n.º 625, de 15 de diciembre de 1979, de *Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y la seguridad pública*, su Ley de conversión n.º 15, de 6 de febrero de 1980 y la Ley n.º 304, de 29 de mayo de 1982, de *medidas para la defensa del ordenamiento constitucional*. Por otro lado, la traducción de las denominaciones de las diferentes normas de Derecho italiano es de Sánchez García de Paz, 2005, p. 4.
15. Este término alude a la desvinculación del terrorista de la organización a la que perteneciese o con la que colaborase. El concepto normativo del mismo se estableció por primera vez durante el segundo periodo al que me voy a referir, concretamente en el art. 1 de la Ley n.º 34, de 18 de febrero de 1987. Este precepto exigía, a efectos de poder admitir que la disociación había tenido lugar, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) admisión de las actividades efectivamente realizadas; b) realización de conductas objetiva e inequívocamente incompatibles con la permanencia del vínculo asociativo; c) repudiar la violencia como método de lucha política; d) realización de estos comportamiento dentro de determinados márgenes temporales (bien antes de la entrada en vigor de la referida ley de 1987, tanto si entonces aún no se había dictado sentencia condenatoria como si el sujeto se encontrase en aquel momento cumpliendo condena; o bien dentro de los treinta días posteriores a la entrada en vigor de



consecuencias lesivas derivadas de los delitos cometidos, aportar pruebas determinantes para la reconstrucción de los hechos y la individualización de otros responsables o bien información sobre la estructura y organización de la asociación terrorista.

Un segundo periodo marcado por la promulgación de la Ley n.º 34 de 18 de febrero de 1987 (*de medidas a favor de quien se disocia del terrorismo*), en el que las circunstancias habían cambiado notablemente por la sensible disminución del número de atentados, por la proliferación del fenómeno de la «disociación» (que muchas veces tenía lugar durante el cumplimiento de la pena de prisión) y por la negativa los disociados a colaborar con las autoridades. En este contexto y a fin de cerrar la etapa de la «legislación de la emergencia» con medidas premiales y de manera eficaz, la aplicación de las mismas solo requirió la disociación del terrorista y no también la colaboración con las autoridades del modo exigido por la legislación anterior. Con todo, la «disociación» en este régimen normativo no podía dar lugar en ningún caso a la exención de pena sino que solo permitía la rebaja de la misma o su conmutación en caso de que el sujeto estuviese ya cumpliendo condena.

En cualquier caso, la ley aprobada durante este segundo periodo no derogó las del anterior de manera que cabía la posibilidad de combinar medidas premiales de diversa índole (Cuerda Aranu, 1995, p. 196).

Por su parte, la aplicación de medidas premiales continuó con la ley n.º 5, de 15 de enero de 1991 (*de Nuevas normas en materia de secuestro de personas con fines de extorsión y para la protección de los testimonios de justicia, así como para la protección y el tratamiento sancionatorio de los que colaboran con la justicia*) y con el Decreto ley n.º 152, de 13 de mayo de 1991 (*de medidas urgentes en materia de lucha contra la delincuencia organizada*), convertido en la ley n.º 203, de 12 de julio de 1991 que fue modificada a su vez por la ley n.º 45 de 13 de febrero de 2001 (Garro Carrera, 2013, p. 8; Sánchez García de Paz, 2005, p. 7). Esta normativa, orientada fundamentalmente a la criminalidad organizada de tipo mafioso, prevé solo la posibilidad de rebajar la pena por el comportamiento colaborador o conmutar parte de la misma si la cooperación tiene lugar durante la ejecución penitenciaria.

### 2.2.3. Aspectos relevantes de la normativa alemana

Las medidas premiales específicas para los delitos de terrorismo tuvieron su origen en Alemania como reacción a la actuación de organizaciones terroristas que desarrollaron su actividad durante la década de los años

---

dicha ley). Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, Cuerda Aranu, 1995, pp. 196-204.

70 del siglo pasado y entre las que destacó la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, en adelante RAF) también conocida como «Baader-Meinhof» (Aboso, 2017, p. 14; Cano Paños, 2008, pp. 27-28)<sup>16</sup>.

De esta manera, este tipo de previsiones que se venían empleando con anterioridad respecto de otros delitos que atentaban contra la seguridad del Estado, fueron expandiendo su ámbito de aplicación para abarcar además del terrorismo, otras formas de criminalidad organizada. Finalmente, en 2009 [§43 StÄG de 2009 (ley de reforma de Código penal alemán); Aboso, 2017, p. 16] se incorporaron a la Parte general del Código penal, de manera que hoy día resultan de aplicación, con las especificaciones que más adelante se explicarán, a toda clase de delitos.

Pese a que en el ámbito procesal también existen disposiciones de similar naturaleza<sup>17</sup>, nos vamos a centrar en las propias del plano penal sustantivo.

Así pues, el vigente Código penal alemán establece una regla general en el párrafo 46 b, bajo el epígrafe «Contribución al descubrimiento o a la evitación de delitos graves»<sup>18</sup>, en virtud de la cual se permite rebajar e incluso, en determinados casos, eximir de pena al sujeto responsable de delitos de determinada gravedad (concretamente aquellos castigados con prisión permanente o con pena de prisión cuyo límite mínimo venga

16. En el contexto general de los atentados terroristas que tuvieron lugar durante ese periodo, algunos comportamientos concretos causaron gran conmoción social lo que contribuyó a la regulación específica de estas medidas en el ámbito del terrorismo. Destacan, en este sentido, el asesinato del Presidente del Tribunal de Cámara de Drenkmann, el secuestro de Peter Lorenz, político berlinés, en marzo de 1975, el atentado con toma de rehenes contra la embajada alemana en Estocolmo el 24 de abril de 1975 (Cuerda Arnau, 1995, p. 233). Aunque el punto álgido tuvo lugar en 1977, año en el que la RAF desplegó lo que ella misma denominó la «Offensive 77» cuya ejecución supuso la comisión de asesinatos y secuestros. Entre otros, fueron asesinados el entonces presidente de la Patronal alemana y miembro del consejo de administración de Daimler-Benz, Hanns-Martin Schleyer, y el entonces Fiscal General Federal, Siegfried Buback (Cano Paños, 2007, pp. 5-6).
17. El párrafo 153 e StPO permite que el Fiscal no ejercite la acusación respecto de determinados delitos si el responsable de los mismos lleva a cabo comportamientos de colaboración con las autoridades similares a los que permiten la rebaja o no aplicación de la pena y que son analizados más adelante. En cualquier caso, el alcance de esta medida de carácter procesal es más limitado en cuanto a los delitos a los que puede afectar, que el de la medida de carácter sustantivo. Para un análisis de la vertiente procesal de la medida premial en Alemania, ver Cuerda Arnau, 1995, p. 228-231.
18. El vigente Código penal alemán está disponible en red en el siguiente enlace: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (último acceso el 18 de abril de 2017). También está disponible en red su traducción al inglés: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html) (último acceso el 18 de abril de 2017).

establecido específicamente por la ley para el delito en cuestión)<sup>19</sup>. Estas medidas se aplican, por tanto, a toda clase de delitos siempre que los mismos alcancen un determinado umbral de gravedad. El referido precepto, tras la reforma de 10 de octubre de 2013, diferencia entre dos supuestos:

- Cuando el sujeto ha contribuido de forma sustancial al descubrimiento de un delito relacionado con el que hubiera cometido y previsto en el párrafo 100 a (2) StPO<sup>20</sup>, revelando voluntariamente la información que tuviera al respecto. Si el sujeto hubiera intervenido este delito conexo, la información aportada debe ir más allá de la relativa a su intervención.
- Cuando el sujeto haya revelado voluntariamente información a una autoridad oficial a tiempo de evitar la consumación de un delito relacionado con el que hubiera cometido, previsto en el párrafo 100 a (2) StPO y de cuya planificación tuviera constancia.

En ambos casos se puede rebajar la pena o incluso no imponer la misma cuando ésta fuera de prisión no superior a tres años<sup>21</sup>. No obstante, no cabe ni la rebaja ni la exclusión de pena si el sujeto revela la información después de que se hubiese dictado contra el mismo auto de apertura de juicio oral<sup>22</sup>.

19. En el vigente Código penal alemán hay delitos que tienen prevista una pena de prisión respecto de la que solo se establece un límite máximo. Por ejemplo, de acuerdo con el §155 StGB (1), el tipo básico del delito de perjurio se castiga con una pena de prisión no superior al año. Es decir que la ley no establece de forma específica un límite mínimo de manera que la pena mínima con la que se puede castigar este injusto viene establecida con carácter general en la Parte general del Código, concretamente en el § 38 (1) StGB que prevé, en este sentido, un mes de duración. Por su parte, otros delitos se castigan con pena de prisión pero la ley establece de forma específica tanto el límite máximo como el límite mínimo. Por ejemplo, de acuerdo con el § 224 (1) StGB, el delito de lesiones agravadas por razón del medio comisivo tiene prevista una pena de prisión de 6 meses a 10 años. La medida premial del § 46 b StGB se aplicaría por tanto a esta segunda categoría de delitos.

20. Entre otros, delitos contra la paz, de alta traición, contra la defensa nacional, contra el orden público, contra la libertad, contra la autodeterminación sexual, de homicidio doloso o imprudente, robo, extorsión, blanqueo, estafa. El vigente Código de Procedimiento Criminal alemán está disponible en el siguiente enlace: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> (último acceso el 18 de abril de 2017). También está disponible en red su traducción al inglés: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html) (último acceso el 18 de abril de 2017).

21. Para adoptar la decisión se han de tener en cuenta, a tenor de lo establecido en el párrafo 46 b (2) StGB, factores como: la naturaleza y el alcance de la información revelada así como su relevancia de cara al descubrimiento o a la evitación del delito; el momento en que tenga lugar la revelación; el nivel de colaboración que el sujeto preste a las autoridades; la gravedad del delito descubierto o, en su caso, evitado por el sujeto; la gravedad del delito cometido por el sujeto y su grado de culpabilidad.

22. Ello conforme a lo establecido en el párrafo 207 StPO.

Asimismo, el vigente Código penal alemán también incluye en su párrafo 129 a (6) una regla especial aplicable en casos de criminalidad organizada terrorista<sup>23</sup>, en virtud de la cual se puede rebajar o excluir la pena en dos supuestos:

- Cuando el sujeto, de forma voluntaria y firme, realiza esfuerzos para evitar bien la continuidad de la organización terrorista, bien la comisión de cualquier delito consistente con los fines de la misma.
- Cuando el sujeto revela voluntariamente información a la autoridad gubernamental a tiempo de evitar la consumación de un delito de cuya planificación tuviera constancia.

Se establece, por último, que el sujeto no incurrirá en responsabilidad penal si consigue evitar la continuidad de la organización terrorista o si ello se logra con independencia de sus esfuerzos.

A la vista de los aspectos analizados se puede afirmar que tanto el modelo italiano como el alemán, en comparación con el español (como se verá más adelante), son más coherentes con el fundamento principalmente utilitario que inspira las medidas premiales lo que facilita su aplicación en la práctica y, por ende, su eficacia. En este sentido, ambas normativas permiten no solo la rebaja de la pena sino también su exención y ofrecen al sujeto un margen temporal mucho más amplio para que lleve a cabo las conductas de colaboración con las autoridades que pueden dar lugar a esas ventajas. Tales comportamientos pueden tener lugar tras su detención y, en atención a este aspecto en particular, es de destacar la legislación italiana que permite la aplicación de la medida premial incluso durante la ejecución penitenciaria.

### 3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA ATENUANTE Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

El vigente art. 579 bis 3 CP, fruto de la L.O. 2/2015, establece: *«En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que*

23. La regla es idéntica a la prevista en el párrafo 129 (6) StGB que rige en caso de criminalidad organizada. En cualquier caso, esta regla especial no impide la aplicación de la regla general cuando ello resulte más beneficioso para el reo (Aboso, 2017, p. 16). Para un estudio del debate que suscitó en sede doctrinal la incorporación de estas medidas a la criminalidad terrorista en Alemania, ver Cano Paños, 2008, pp. 27-28; Cuerda Arnau, 1995, p. 248-253.

*haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».*

Este precepto tiene en el art. 57 bis b) CP 1973, tal y como quedó redactado tras la aprobación de la L.O. 9/1984<sup>24</sup>, su antecedente más inmediato<sup>25</sup>. Se advierten significativas diferencias con respecto a esta regulación anterior la cual resultaba mucho más beneficiosa para el sujeto responsable de delitos de terrorismo (Cuerda Arnau, 2004, p. 20-27; García Pérez, 1997, pp. 206 y 207).

En primer lugar, hoy día solo se prevé la rebaja potestativa de la pena mientras que antes la rebaja era obligatoria y se podía llegar incluso a la remisión total de la pena que quedaba siempre en manos, esto sí, del arbitrio judicial. Por otro lado, en el marco de la regulación anterior, la rebaja de pena era obligatoria bien cuando el sujeto abandonaba su actividad delictiva y se presentaba ante las autoridades confesando los hechos, bien cuando el abandono (en este caso sin necesidad de confesión) hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción de un resultado dañoso o bien cuando el sujeto hubiese coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la evitación

24. El artículo sexto de esta Ley orgánica, que lleva por rúbrica «Atenuación de las penas en el desistimiento con propósito de reinserción social» establece: *«En los delitos comprendidos en el artículo 1.º serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:*

- a) *Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.*
- b) *Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.* 2. *En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo 3.º. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley ...».*

25. Para un análisis exhaustivo de la regulación de la atenuante en el Código penal de 1973, así como de los antecedentes previos y posteriores a la codificación, ver Cuerda Arnau, 1995, pp. 28-125 y 401-551.

o captura de otros responsables. En la actualidad, sin embargo, la posibilidad de rebajar la pena queda condicionada a que el sujeto realice acumulativamente tres comportamientos: abandono de la actividad delictiva, presentación ante las autoridades confesando los hechos y colaboración con las mismas bien para evitar el delito, bien para aportar pruebas que permitan identificar o capturar a otros responsables o bien para impedir la actuación o desarrollo de otros grupos, organizaciones o elementos terroristas.

Por último, también el ámbito de aplicación de la atenuante ha sufrido una evolución. Así, durante la vigencia del régimen anterior, la misma se aplicaba a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que realizasen determinados comportamientos<sup>26</sup>, rebasándose así el contorno jurídico del terrorismo<sup>27</sup>. En la

---

26. Esta regulación tomó como referencia la equivalente en las legislaciones italiana y alemana, sobre todo la primera (sobre esta cuestión, Cuerda Arnau, 1995, pp. 129-255). De acuerdo con el apartado primero del artículo primero de la L.O. 9/1984, la atenuación se aplicaba a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten, organicen, ejecuten determinados delitos o bien cooperen en ellos, provoquen la participación en los mismos, o encubran a los implicados. Los delitos en cuestión eran, de acuerdo con el apartado segundo del citado precepto, los siguientes: delitos contra la vida y la integridad de las personas; atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares; detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas; asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, buques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios; coacciones, amenazas o extorsiones; incendios u otros estragos; delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado; rebelión; tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro; la constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades; cualesquiera otros delitos realizados por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes, cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos.

27. Ello en la medida en que, en puridad y atendiendo al tenor de las leyes que regulaban la atenuante, esta se podía aplicar a los integrantes de una banda armada que cometiesen secuestros con la mera intención de obtener un lucro. Es decir que se rebasaba el ámbito del terrorismo y se abarcaba también el de lo que se puede entender como criminalidad organizada (Cuerda Arnau, 1995, p. 101). No obstante, el hecho de que esta atenuante haya pasado de estar regulada en la Parte general a estarlo en la Parte especial no tiene la trascendencia que algunos le han atribuido (Quintanar Díez, 1996, p. 300). Ello porque, con independencia de este cambio de ubicación, su alcance

actualidad, tras la reforma de la L.O. 2/2015, la atenuante se aplica a todos los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, capítulo que lleva por rúbrica «*De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*». Con esta reforma de 2015 se modifica para ampliarlo el ámbito de aplicación de la atenuante que había permanecido invariable desde la aprobación del vigente Código penal en 1995. Antes del referido cambio legislativo, la atenuante se aplicaba solo respecto de los delitos comprendidos dentro de la sección a la que pertenecía el precepto regulador de la misma<sup>28</sup>, la cual llevaba por rúbrica «*De los delitos de terrorismo*»<sup>29</sup>.

Así pues, hoy día, la atenuante analizada se puede aplicar en relación con los delitos que aparecen regulados en los artículos 571 a 580 CP. No obstante, es preciso interpretar con cautela este amplio margen de aplicación ya que debido a la expansión que ha experimentado el concepto de terrorismo desde la perspectiva jurídico penal y teniendo en cuenta lo que se exige para aplicar la atenuante, algunos de los actuales tipos delictivos pueden resultar, en la práctica, difícilmente compatibles con la misma. En este sentido, cabe mencionar que tras la reforma de L.O. 2/2015 se tipifica el denominado terrorismo individual, aquel que realiza un individuo por sí solo y no desde una estructura organizativa. A este respecto se puede recordar también, por ejemplo, el delito de auto-adoctrinamiento del art. 575.2 CP<sup>30</sup> cuyo responsable difícilmente estará en condiciones de colaborar con las

---

siempre se ha circunscrito a determinados tipos de criminalidad. Por otro lado, el hecho de que esté ahora recogida en la Parte especial y en relación con determinados tipos delictivos no significa, como han indicados algunos, que nos encontramos ante una legislación de emergencia con vocación de transitoriedad (*ibidem*), por mucho que así se pensara en sus orígenes sobre todo en el contexto de la lucha antiterrorista. Ello porque el precepto lleva vigente, con algunas variaciones, cerca de cuarenta años (en este sentido, Garro Carrera, 2013, pp. 8 y 9; Moral de la Rosa, 2005, pp. 241-247), y eso sin tener en cuenta preceptos de similar naturaleza que han estado presentes a lo largo de toda nuestra historia legislativa [Cuerda Arnau, 1995, pp. 27-127; a este respecto la autora afirma que «... la idea que subyace al precepto no constituye de ninguna manera una innovación legislativa contemporánea» (*ibidem*, p. 20)]. Por otro lado, el impulso que se ha dado a estas medidas desde el Derecho internacional analizado *supra* (epígrafe 2.1. del presente Capítulo), no se ha realizado con vistas a que las mismas tuviesen una vigencia temporal limitada.

28. Ver art. 579 CP redactado por la L.O. 10/1995, art. 579.3 CP redactado por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo y art. 579.4 CP, redactado por la L.O. 5/2010.
29. Que no es otra que la sección segunda del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.
30. Ver *supra* Capítulo I, apartado c del epígrafe 3.1.2.

autoridades en el sentido exigido por el art. 579 *bis* 3 CP para beneficiarse de la atenuación<sup>31</sup>. Con todo, las hipótesis que se pueden plantear en la práctica son muchas y variadas y, en algunas de ellas, sí que cabe que el sujeto preste ese tipo de colaboración<sup>32</sup>. Por ello y por los motivos que más adelante se explican, no cabe dejar fuera de la atenuante a los individuos que actúan en solitario, al menos como criterio interpretativo que limite de partida su ámbito de aplicación. Ello, como se explica a continuación, conduce a una reinterpretación del concepto de «abandono voluntario de las actividades delictivas» a los efectos de apreciación de la atenuante.

#### 4. REQUISITOS DE LA ATENUACIÓN

##### 4.1. ABANDONO VOLUNTARIO DE LAS ACTIVIDADES DELICTIVAS

Este constituye el primer comportamiento al que hace referencia el art. 579 *bis* 3 y que debe concurrir en todo caso para que se pueda proceder a la atenuación de la pena<sup>33</sup>.

31. El individuo que actúa por sí solo llevando a cabo las conductas que se recogen en el citado precepto, puede abandonar la actividad delictiva y presentarse ante las autoridades confesando los hechos, pero difícilmente podrá colaborar con las autoridades para impedir la producción del delito (más que nada porque para entonces el delito estará consumado), o coadyuvar eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables (recordemos que el sujeto actúa por sí solo) o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado (por la razón ya apuntada, esta circunstancia de pertenencia o colaboración no se da).

32. Podemos pensar, por ejemplo, en el llamado «dobo solitario» que tras colocar un artefacto explosivo, acude a la policía confesando los hechos, gracias a lo cual se logra evitar la deflagración. En tal caso, el sujeto podría quedar exento de responsabilidad penal por la tentativa de asesinato terrorista (*ex* art. 16.2 CP) y, en virtud de la medida premial analizada, se le podría rebajar la pena respecto de otros delitos como por ejemplo la tenencia de explosivos (art. 573.1 CP). También podemos pensar en un supuesto de auto-adoctrinamiento del art. 575.2 CP en el que el sujeto visita un sitio web con asiduidad e interviene en un chat colectivo para compartir sus experiencias. Quizá de la información ofrecida por este individuo se pueda identificar al creador o creadores de ese espacio en la red y a otras personas que participan en el referido chat que hayan incurrido en delitos de terrorismo.

33. A este respecto, la doctrina se muestra unánime. Ver, entre otros, García Albero, 2016, p. 1943; García Rivas, 2016, p. 583; López Barja de Quiroga, 2016, p. 2522; Olmedo Cardenete, 2016, p. 1443; Zaragoza Aguado, 2015b, p. 676; Muñoz Conde, 2015, p. 804; Cuerda Arnau, 2015, p. 781; Castellví Monserrat, 2015, p. 771; Amadeo Gadea, 2015, p. 924; Cano Paños, 2015, p. 948; Juanes Peces, 2014, p. 2844; Serrano Gómez/Serrano Maíllo, 2011, p. 1080; Faraldo Cabana, 2000, p. 298; García Pérez, 1997, p. 207; Muñoz Conde, 1996, pp. 151 y 152; Quintanar Díez, 1996, p. 302.



Hasta la reforma de L.O. 2/2015, el abandono de la actividad delictiva se entendía por parte de un sector significativo de la doctrina, como «la ruptura definitiva de cualquier clase de vínculo que el sujeto hubiera mantenido con las organizaciones o grupos terroristas, poniendo fin, consiguientemente, a las actividades delictivas que objetiva y subjetivamente, tendían a la consecución de los fines propios de los referidas organizaciones o grupos» (Cuerda Arnau, 1995, p. 401). Es decir, el abandono de la actividad delictiva comprendía no solo el cese de la comisión de delitos de terrorismo sino la desvinculación del sujeto de la organización terrorista en cuestión a la que sujeto perteneciera y/o con la que el sujeto colaborase. La exigencia de esta ligazón entre el sujeto y el grupo u organización terrorista parecía dejar fuera del ámbito de la atenuante a los individuos que cometiesen delitos de terrorismo sin pertenecer a ninguna organización ni grupo terrorista<sup>34</sup>, hipótesis esta que, por otro lado, resultaba posible en supuestos muy aislados dado que la noción jurídica del terrorismo no dejaba casi espacio a la acción terrorista individual<sup>35</sup>.

No obstante, esta interpretación del abandono que, como apuntaba, no era unánime, debe cambiar teniendo en cuenta que la actual regulación de los delitos de terrorismo incluye el terrorismo individual y otras actividades ilícitas que no requieren de la pertenencia o vinculación con un grupo u organización terrorista [ver *supra* epígrafe 3.1.2.c) del Capítulo I]. Además, más allá de eso, lo cierto es que lo relevante no es tanto la existencia de ese vínculo de pertenencia o colaboración con la organización o grupo terrorista, sino el hecho de que los actos cometidos por el sujeto apoyen o vayan en consonancia con la finalidad de los mismos, planteamiento este que, además, estaba presente en la jurisprudencia anterior incluso al Código penal de 1995<sup>36</sup>. Por ello, los potenciales destinatarios de la atenuante no pueden ser solo los integrantes de la organización o grupo terrorista<sup>37</sup>,

34. Así, por ejemplo, la STS n.º 1071/1996, de 20 de diciembre, descarta la aplicación del precepto analizado al sujeto no perteneciente a organización o grupo terrorista precisamente por ese motivo.

35. Como afirma Lamarca Pérez, el terrorismo individual solo se sancionaba, a través del derogado art. 577 CP que tuvo escasa aplicación en la práctica y casi siempre en los supuestos de la denominada violencia callejera (Lamarca Pérez, 2015, p. 867; sobre esta cuestión, ver también Gil Gil, 2015 c, p. 349).

36. Así, por ejemplo, la SAN n.º 69/1985, de 5 de noviembre, según la cual, la relación con la organización o grupo terrorista podía consistir en la militancia activa del sujeto o en cualquier actividad favorecedora en pro de la ilícita organización.

37. Coincido plenamente con lo manifestado en este sentido por Lamarca Pérez quien afirma que el abandono voluntario de la actividad delictiva se concreta en el cese en la comisión de delitos que debe llevar aparejada la disociación en caso de que el sujeto pertenezca o colabore con una organización o grupo terrorista, requisito que,

como indica un número considerable de autores<sup>38</sup>, ello con independencia de que sean esos individuos los que cuenten en la práctica con más probabilidades de llevar a cabo algunos de los actos de cooperación con las autoridades que resultan necesarios para la atenuación (por ejemplo, aportar pruebas para la identificación o captura de otros responsables). Asimismo, cabe añadir que el tenor legal no hace exclusión alguna en este sentido, o al menos no con carácter general<sup>39</sup> por lo que no debe hacerla el intérprete y más cuando se trata de establecer el ámbito subjetivo de aplicación de una atenuante. Ello puede dar lugar a resoluciones harto cuestionables en las que no se aplique la atenuante analizada pese a que el sujeto cumple los requisitos que exige la ley pero incumple este requerimiento de pertenencia a la organización terrorista que, insisto, la ley no establece para todos los casos<sup>40</sup>.

Pese a que desde hace mucho tiempo se entiende y además de forma unánime, que la voluntariedad del abandono solo requiere que este sea libre y no fruto de una coacción y, en consecuencia, no se exige arrepentimiento del sujeto de manera que los motivos que le lleven a abandonar no tienen por qué ser éticamente valiosos<sup>41</sup>, gran parte de la doctrina si-

---

obviamente, no puede exigirse en los casos de terrorismo no organizado o de colaboración (Lamarca Pérez, 2015, p. 879).

38. Entre otros, Vázquez González, 2015, p. 878; Castellví Monserrat, 2015, p. 771 y 772; Cano Paños, 2015, p. 948; Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676; Moral de la Rosa, 2005, p. 242; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1152; Hernández Hernández, 2004, p. 1620.
39. La pertenencia o colaboración con la organización o grupo terrorista solo se menciona en relación con una de tres las posibles conductas de colaboración con las autoridades que se exigen, estas sí, de modo alternativo para que se pueda acordar la atenuación (ver art. 579 *bis* 3 CP). Concretamente la conducta consistente en aportar pruebas para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones, grupos o elementos terroristas a los que el sujeto «haya pertenecido o con los que haya colaborado». Precisión legislativa esta que, por lo demás, resulta absurda y contraria al cariz utilitario que fundamenta el precepto, ya que su estricta aplicación conllevaría a excluir del ámbito de la atenuante al sujeto que aporta pruebas que impiden el desarrollo de organizaciones terroristas a las que el mismo no pertenece o con las que no ha colaborado.
40. Así la STS 1071/1996, de 20 de diciembre, citada *supra* (ver nota al pie n.º 34 del presente capítulo) que, no obstante, aplicó como muy cualificada la atenuante genérica de confesión de los hechos. Con todo, el efecto no es el mismo dado que la atenuante genérica no afecta a todos los delitos de terrorismo que el sujeto hubiera cometido sino solo al o a los directamente relacionados con la atenuante en cuestión.
41. Por todos, Cuerda Arnau, 1995, p. 412. Ver también la jurisprudencia citada por la autora. Asimismo, esta autora explica que la voluntariedad no equivale a la espontaneidad. Es decir que basta con que el sujeto opte por el abandono de forma libre y no como consecuencia de coacciones, sin que resulte relevante que su determinación nazca de cualquier consideración influida por elementos externos o provocada por indicación o consejos de terceros (*ibidem*, pp. 414 y 415).

que refiriéndose a los «terroristas arrepentidos»<sup>42</sup> como los destinatarios de esta atenuante o a identificar parcialmente la misma con el arrepentimiento<sup>43</sup>. Esta costumbre me parece de todo punto inconveniente ya que la misma no se queda en una convención terminológica o en un mero guiño lingüístico a un pasado legislativo en el que se exigía ese elemento de transformación ética del sujeto para apreciar algunas circunstancias atenuantes semejantes a la analizada<sup>44</sup>. Hablar de «terroristas arrepentidos» o de «atenuante próxima al arrepentimiento» en este contexto, quizá haya conducido a algunos a considerar, equivocadamente<sup>45</sup>, que la atenuación de la pena exige la transformación ideológica del sujeto, razón por la que se debería prescindir del precepto que la regula<sup>46</sup>. Estas y otras críticas infundadas explican en parte la «mala prensa» que ha tenido esta medida como medio de lucha contra el terrorismo y, según algunos (Cuerda Arnau, 2004, p. 20), han podido contribuir a su escasa aplicación. De hecho, en sentencias muy recientes se sigue aludiendo a la falta de arrepentimiento del sujeto como criterio para descartar la atenuación (cfr. SAN n.º 9/2017, de 29 de marzo)<sup>47</sup>.

42. Así, entre otros, Aboso, 2017; Olmedo Cardenete, 2016, p. 1443; Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676; Muñoz Conde, 2015, p. 804; Moral de la Rosa, 2005, p. 241; Bueno Arús, 2005, p. 95; Quintanar Díez, 1996, p. 269.
43. Establecen esta vinculación, entre otros, Vázquez González, 2015, p. 878; Monya Ménguez, 2010, p. 1380; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1152.
44. Así en la atenuante de arrepentimiento espontáneo que recogía el art. 9.º CP 1973 (ver ampliamente, Calderón Susín, 1990, sobre todo, pp. 303 y ss.), albergando conductas que, salvando las distancias, se recogen ahora en las atenuantes genéricas de confesión y reparación (ver, respectivamente, las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 CP). Hoy día y precisamente para que el orden punitivo no entre en un ámbito que no le compete como es el la moral o ética del infractor (Garro Carrera, 2013, p. 22 y 23), se prescinde de toda referencia a la espontaneidad y al arrepentimiento en la regulación de las referidas atenuantes.
45. Todo lo que se puede exigir del sujeto es que renuncie a la violencia como medio de lucha política y acate la legalidad vigente pero no que abandone el fin último que persigue con los medios violentos (consista este en la independencia de un territorio o en el establecimiento el califato a nivel mundial). Se requiere el abandono de los medios, no de los fines. Algo que, por desgracia, sí se exige en el ámbito penitenciario pero no como requisito para aplicar una ventaja sino como requisito adicional para acceder al tercer grado o a la libertad condicional. No se puede hablar, a este respecto, de medida premial ya que no se está logrando una ventaja en relación con los demás, sino que para alcanzar lo que se concede al resto con carácter general, hay que cumplir exigencias adicionales de muy dudosa legitimidad constitucional (ver *supra* epígrafe 3.1.3 del Capítulo I, nota al pie n.º 74; García del Blanco, 2017, p. 286; Garro Carrera, 2013, pp. 22 y 23).
46. Así, por ejemplo, Bueno Arús quien afirma que la norma pretende un cambio radical en la personalidad del delincuente (Bueno Arús, 2005, p. 95). Para un estudio más pormenorizado de planteamientos similares (Faraldo Cabana, 2000, pp. 296 y 297).
47. Hay que explicar, no obstante, que en este caso la persona responsable no había realizado ninguna conducta de colaboración de las que se recogen en el art. 579 *bis* 3

#### 4.2. PRESENTARSE ANTE LAS AUTORIDADES CONFESANDO LOS HECHOS EN LOS QUE SE HAYA PARTICIPADO

Este constituye otro de los requisitos indispensables para aplicar la atenuante, es decir, forma parte junto con el abandono, del conjunto de comportamientos que deben concurrir en todos los casos<sup>48</sup>.

A mi modo de ver y pese al debate doctrinal que la cuestión suscita, estos comportamientos tienen que producirse con posterioridad al abandono, es decir, que tras el cese de la actividad delictiva por parte del sujeto, este tiene que presentarse ante las autoridades y confesar los hechos en los que haya participado<sup>49</sup>. Más allá de que ese sea el orden que se establece en el precepto, la práctica habitual indica que es así, pues normalmente el sujeto acredita el abandono *voluntario* presentándose ante las autoridades y confesando los hechos en los que se haya participado<sup>50</sup>. Por otro lado, esta regulación implica la irrelevancia, a los efectos de aplicar la atenuante analizada, del abandono y la confesión que tengan lugar una vez el sujeto haya sido detenido, dado que entonces nunca podrá cumplir con el requisito de «presentarse ante las autoridades». Es evidente que el

---

CP, circunstancia esta que justifica la no aplicación de la atenuante. No obstante, la ausencia de arrepentimiento de la condenada carece de relevancia jurídica y, sin embargo, se alude a ella como razón adicional para descartar la atenuación (ver fundamento jurídico segundo). Muchas veces se ha dicho que es necesario separar la moral del derecho y más cuando hablamos de Derecho penal. Quizá la ausencia de rigor en el manejo del lenguaje a la que me vengo refiriendo, contribuyan difuminar esa frontera y ello termine por reflejarse en la jurisprudencia de forma absolutamente impertinente.

48. A este respecto la doctrina se muestra unánime. Ver, entre otros, García Albero, 2016, p. 1943; García Rivas, 2016, p. 583; López Barja de Quiroga, 2016, p. 2522; Olmedo Cardenete, 2016, p. 1443; Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676; Muñoz Conde, 2015, p. 804; Cuerda Arnau, 2015, p. 781; Castellví Monserrat, 2015, p. 771; Amadeo Gadea, 2015, p. 924; Cano Paños, 2015, p. 948; Juanes Peces, 2014, p. 2844; Serrano Gómez/Serrano Maíllo, 2011, p. 1080; Faraldo Cabana, 2000, p. 298; García Pérez, 1997, p. 207; Muñoz Conde, 1996, pp. 151 y 152; Quintanar Díez, 1996, p. 302.
49. En la misma línea que el planteamiento aquí defendido pero sobre la base de una argumentación distinta, Urbano Castrillo, 2016, p. 346; Amadeo Gadea, 2015, p. 924; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1154. La postura defendida es asimismo acorde con la interpretación jurisprudencial tanto anterior como posterior a la entrada en vigor del vigente Código penal de 1995 (para un estudio de la jurisprudencia anterior, ver Cuerda Arnau, 1995, p. 425, notas al pie n.º 79, 80 y 81; con respecto a la jurisprudencia posterior, cfr., entre otras, STS n.º 977/2012, de 30 de octubre).
50. A este respecto, señala Cuerda Arnau que no es suficiente con una declaración expresa del sujeto. Tal declaración, dice la autora, es desde luego necesaria pero insuficiente para tener por cierto el abandono. Serán las conductas de acudir a la autoridad, confesar los hechos y colaborar las que permitan tener por cierto y definitivo el abandono salvo prueba en contrario (Cuerda Arnau, 1995, pp. 407 y 408).

individuo detenido y puesto a disposición de la autoridad «no se presenta» ante la autoridad sino que es esta la que lo trae ante sí<sup>51</sup>.

51. Discrepo, por tanto, del planteamiento de autoras como Lamarca Pérez (Lamarca Pérez, 2015, p. 879) o Faraldo Cabana. Esta última, basándose en el planteamiento de Cuerda Arnau (Cuerda Arnau, 1995, p. 418), afirma: «... en atención al fundamento que informa esta causa de atenuación basada en un comportamiento post-delictivo positivo, es preferible admitir que el abandono voluntario pueda tener lugar incluso después de la detención realizada una vez que se ha presentado ante las autoridades... Como señala Cuerda Arnau, el legislador dirige una invitación al sujeto y este, con conocimiento de las consecuencias que conlleva su aceptación, la acepta o la rechaza libremente, sin que exista coacción. Esta voluntariedad puede ser objeto de valoración positiva desde la perspectiva de los fines de la pena, y en particular de la prevención especial» (Faraldo Cabana, 2000, pp. 298 y 299). Al respecto cabe afirmar que en la hipótesis que plantea la autora citada, el abandono, o al menos parte de lo que requiere el abandono, no es posterior a la detención puesto que quien se presenta ante la autoridad y realiza declaraciones que motivan su detención, está poniendo fin a la actividad delictiva realizada (lo que puede acaecer con posterioridad es quizá la desvinculación del grupo terrorista algo que, como ya se explicó, constituye otro de los requisitos del abandono en algunos casos). Por otro lado, estoy completamente de acuerdo en que una interpretación como la expuesta resulta más acorde con la finalidad utilitaria del precepto en la medida que es más coherente con lo que sucede en la práctica, en la que muchas veces el sujeto decide poner fin a su actividad delictiva tras la detención (Garro Carrera, 2013, p. 21; Quintanar Díez, 1996, p. 234). Además, ese abandono unido a la conducta colaboradora del sujeto con las autoridades (la cual se analiza en el apartado siguiente) puede tener un valor no solo por lo que refleja desde el punto de vista preventivo (Garro Carrera, 2013, p. 20), sino porque puede resultar útil en la lucha antiterrorista en la medida en que pueda ayudar, por ejemplo al descubrimiento de delitos aún por resolver. Es por ello que entiendo que debería tenerse en cuenta [y, de hecho, se tiene en cuenta en muchos casos en los que no se aplica el precepto analizado pero sí la atenuante genérica de confesión (cfr., STS n.º 816/2009, de 1 de julio) a la hora de determinar la pena en la medida en que estas circunstancias reducen la necesidad de prevención general y de prevención especial; e incluso se aplica el propio precepto premial por analogía: STS n.º 878/2014, de 23 de diciembre; interpretación esta ciertamente heterodoxa teniendo en cuenta que el Código penal no prevé circunstancias atenuantes análogas a las específicas recogidas en la Parte especial y en la referida sentencia se aplica el precepto de la Parte especial y no una atenuante por analogía que se ponga en relación con las que recoge el art. 21 CP]. Pero el tenor literal es el que es, y resolver sus evidentes deficiencias a través de interpretaciones bien intencionadas y fundamentadas no parece la mejor solución puesto que ello no garantiza ni la seguridad jurídica ni la aplicación igualitaria de la ley.

Por otro lado, Cuerda Arnau entiende que el abandono de quien no está detenido es mucho más útil que el del sujeto que ya lo está, en la medida en que el primero sigue representando un peligro activo para la seguridad del Estado (Cuerda Arnau, 1995, p. 424). La misma autora afirma también que la necesidad preventivo general y especial de la pena se reduce mucho más cuando el abandono es previo a la detención: «... Quien todavía no ha sido detenido, por el solo hecho de abandonar su vinculación criminal y presentarse ante las autoridades confesando su participación en las actividades que nos ocupan, ofrece una contraprestación ... suficiente para compensar la renuncia, si quiera parcial, que el Estado hace de su potestad punitiva. Sin embargo, esa misma conducta llevada a cabo por quien ya está en poder de las

Por otro lado, el objeto de la confesión lo constituye los hechos delictivos que el sujeto haya participado<sup>52</sup> y, en este sentido, la misma debe ser completa y veraz<sup>53</sup>. A este respecto, no se aprecian diferencias respecto de la atenuante genérica de confesión prevista en el art. 21.4.<sup>a</sup> CP (Serrano Gómez/Serrano Maíllo, 2011, p. 1080). No obstante y a diferencia de lo requerido para la aplicación de esta, no es necesario que el sujeto confiese antes de saber que el procedimiento se dirige contra él (Moral de la Rosa, 2005, p. 243), ya que ello no constituye exigencia prevista por la ley.

### 4.3. COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES

Además de los comportamientos anteriores que, como ya se apuntó, deben concurrir de forma acumulativa, el sujeto debe colaborar con las autoridades llevando a cabo cualquiera de las tres conductas que seguidamente se analizan, las cuales pueden por ello concurrir de forma alternativa.

#### 4.3.1. Colaboración activa con las autoridades para impedir la producción del delito

Este comportamiento es posible en dos hipotéticos escenarios si consideramos que cuando la ley se refiere a «impedir la producción del delito» está haciendo alusión a un delito o delitos en los que necesariamente ha tenido que intervenir el potencial beneficiario de la atenuante analizada.

Supongamos que en el primer escenario, el sujeto ha intervenido en la ejecución de un único delito de terrorismo<sup>54</sup> pero este no se ha

---

autoridades no produce, en modo alguno, el mismo rendimiento» (Cuerda Arnau, 1995, pp. 424 y 425). En cualquier caso y teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente, este especial valor del abandono previo a la detención debería reflejarse en una mayor rebaja de la pena y no servir para delimitar el ámbito de aplicación de la atenuante que es a lo que aboca la actual regulación.

52. Se entiende, pese al tenor literal del precepto, que se trata de los hechos en los que el sujeto ha intervenido como autor o como partícipe. En este sentido y desde el punto de vista de la precisión terminológica, hubiera sido preferible que el precepto se refiriera expresamente a los hechos en los que el sujeto ha «intervenido», término que abarca tanto formas de autoría como de participación.

53. Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia. Ver, entre otros, Lamarca Pérez, 2015, 880; Moral de la Rosa, 2005, p. 242; Cuerda Arnau, 1995, p. 434. Cfr., entre otras, STS n.º 503/2008, de 17 de julio.

54. No obstante, es difícil pensar en un ejemplo que ilustre esta hipótesis ya que en casos de terrorismo es infrecuente que el sujeto haya cometido un único delito, sobre todo un delito compatible con las formas de ejecución imperfecta como la tentativa (por ejemplo, en caso de auto-adoctrinamiento del art 575.2 CP, el delito, por su propia naturaleza, se habrá consumado cuando tenga lugar la conducta colaboradora de

consumado<sup>55</sup>. Y aquí se pueden diferenciar a su vez dos posibilidades. Si el sujeto es el único interviniente en el delito y colabora con las autoridades para impedir la producción del mismo sin que ello se consiga, cabrá no obstante la rebaja de la pena en uno o dos grados en función del grado de colaboración por parte del sujeto<sup>56</sup>. A este respecto, hay que dejar claro que no se exige la efectiva evitación de la consumación sino una conducta colaboradora orientada a ese fin<sup>57</sup>, pese a lo afirmado por algunos (Cano Paños, 2015, p. 948). En caso de que se impida efectivamente la consumación del delito, el sujeto quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa realizada en virtud de lo establecido en el art. 16.2 CP<sup>58</sup>. Por otro lado, si en el delito hubieran intervenido más personas, se podría apreciar el desistimiento como causa de exención de la responsabilidad penal sin necesidad de la efectiva evitación del resultado y en virtud de la conducta de colaboración analizada, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 16.3 CP<sup>59</sup>.

En el segundo escenario, el sujeto ha intervenido en varios delitos pero no ha consumado alguno o algunos de ellos. Así las cosas, se pueden diferenciar a su vez dos hipótesis. Si el sujeto es el único interviniente, se hace efectiva la conducta colaboradora y ello evita la consumación de alguno o algunos de esos delitos, se podrá aplicar la eximente de desistimiento para el delito o delitos impedidos y la atenuación respecto del resto. En caso de que en los delitos hayan intervenido varias personas y se haya realizado la conducta colaboradora, la exención de responsabilidad penal

---

manera que no cabe realizar una conducta orientada a su evitación). Por su parte, en los casos en los que el sujeto pertenece al grupo terrorista y además, comete algún delito de terrorismo, el sujeto resultará responsable por pertenecer al grupo o participar activamente en él (ello *ex art.* 572.2 CP) y por la comisión del delito de terrorismo en cuestión.

55. Ya no cabe apreciar las hipótesis de comportamientos que acaecen con posterioridad a la consumación a los que se refiere Cuerda Arnau en relación con la regulación del Código penal anterior (Cuerda Arnau, 1995, pp. 453 y ss.), pues la ley ahora exige que la conducta colaboradora se oriente a *impedir* la producción del delito.
56. Así, entre otros, Lamarca Pérez, 2015, p. 880; Moral de la Rosa, 2005, p. 245.
57. Opinión esta que comparte un sector doctrinal considerable. Así, entre otros, Lamarca Pérez, 2015, p. 880; Castellví Monserrat, 2015, p. 772; Serrano Gómez/Serrano Maíllo, 2011, p. 1080; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1153.
58. Dicho precepto establece: «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado ...». Cfr. STS n.º 174/2015, de 14 de mayo.
59. Según este precepto: «Cuando en un delito intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación ...». Cfr. STS 174/2015, de 14 de mayo, antes citada.

por desistimiento podrá afectar a todos los delitos no consumados en el momento en que la conducta colaboradora se llevó a cabo (aunque finalmente no se consiga evitar la consumación), mientras que la atenuación se podrá aplicar al resto de los delitos.

No obstante, se puede plantear otro hipotético escenario si consideramos que «el delito» o delitos cuya producción el sujeto debe tratar de evitar, no son delitos en los que el mismo haya tenido necesariamente que intervenir. Semejante exégesis es perfectamente plausible dado que la ley no hace especificaciones en este sentido. Ello permitiría aplicar la atenuante en casos en los que la colaboración del sujeto está orientada a impedir delitos de cuya próxima realización el mismo tiene noticia pero en los que no ha intervenido ni como autor ni como partícipe. En tal caso, se podría proceder a la atenuación de la pena correspondiente a todos los delitos de terrorismo en los que el sujeto hubiera intervenido<sup>60</sup> y ello aunque con su conducta no se consiga evitar la realización de esos otros delitos en los que no hubiera intervenido.

Conviene destacar de nuevo que la aplicación de la atenuante no exige, al menos por lo que respecta a la modalidad de colaboración analizada, que se logre un objetivo práctico como pueda ser la evitación de un delito, lo cual hace que la misma trascienda del plano puramente utilitario o pragmático. Ello porque a este respecto se detecta cierta tendencia doctrinal a la exageración a la hora de valorar los aspectos negativos o, si se quiere, más difícilmente justificables de la atenuación.

En este sentido, algunos afirman con carácter general respecto de la medida premial analizada que «lo que prevalece es el resultado del comportamiento postdelictivo y no tanto la disponibilidad del sujeto ni su esfuerzo serio por colaborar ... la conducta postdelictiva parece adquirir relevancia únicamente mediante el resultado que puede obtenerse a través de ella» (Garro Carrera, 2013, p. 10). Con base en este planteamiento se denuncia la anomalía del precepto analizado en comparación con otras atenuantes genéricas, ubicadas igualmente en sede de punibilidad, como

---

60. Sobre esta posibilidad y los problemas que a su juicio la misma suscita, ver Cuerda Arnau, 1995, p. 505 y ss. La autora se refiere en este sentido a la anomalía que a su juicio se produce cuando se da, como sucede a su parecer en este caso, una desconexión entre el delito sobre el que versa conducta colaboradora del sujeto y el delito que se ve afectado por la atenuante. Sobre esta objeción se volverá más adelante. En este momento simplemente quiero apuntar que esa desconexión no parece tan acusada o al menos no tan relevante, cuando se trata en cualquier caso de delitos cometidos en el seno de una organización terrorista, o al menos realizadas para conseguir los fines de la misma.



la de confesión de los hechos y reparación del daño, en el sentido de que en estas lo importante no es tanto el resultado práctico que se consiga con la conducta postdelictiva del sujeto, sino la voluntad de retorno a la legalidad que el mismo evidencia con tal comportamiento (*ibidem*). Como se desprende de lo apuntado hasta ahora, no puedo más que reiterar mi discrepancia respecto de estas consideraciones e insistir en que la orientación pragmática se puede combinar con aspectos valorativos, algo sobre lo que volveré cuando proceda a analizar el fundamento de la medida premial analizada<sup>61</sup>.

#### 4.3.2. Coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables

Esta modalidad de colaboración se conoce como la delación y es la que más críticas doctrinales ha despertado, como habrá ocasión de comprobar. A diferencia de lo que sucede con respecto a la conducta colaboradora analizada en el apartado anterior, en este caso la atenuación exige eficacia, de manera que gracias a las pruebas aportadas por el sujeto o a las que se obtengan mediante su ayuda, se consiga, en efecto, conocer la identidad o detener a otros responsables<sup>62</sup>. Se trata, por tanto, de delatar a sujetos que hayan intervenido en delitos de terrorismo con independencia de que en los mismos haya intervenido o no el delator<sup>63</sup>.

61. Hablo de insistir porque ya al tratar *supra* en el capítulo II la cuestión relativa a la punibilidad, quise destacar la tendencia doctrinal a «menospreciar» esta categoría por su supuesto valor contingente y lo desacertado que me parece ese planteamiento. Ello teniendo en cuenta que dicha contingencia es inherente al conjunto de elementos que integran el concepto analítico del delito cuando el mismo se contempla en el marco de un determinado orden social, concretamente el estatal. Por otro lado, ahora se advierte como las decisiones pragmáticas no tienen por qué implicar una apuesta absoluta, sino que se son perfectamente compatibles con otro tipo de consideraciones de carácter preventivo. En este sentido se conjuran los riesgos de los que advierten algunos autores cuando afirman que «los esquemas utilitaristas no están sometidos a límite valorativo alguno, y banalizan cualquier principio que pretenda evocarse para ponerles freno, presentándolo como un obstáculo meramente retórico para que la “Justicia” prevalezca» (Garro Carreira, 2013, p. 17).

62. Así, Serrano Gómez/Serrano Maíllo, 2011, p. 1081; Cuerda Arnau, 1995, pp. 459 y ss. (para esta autora la exigencia de captura se podría considerar satisfecha cuando el sujeto aporta datos que permiten conocer la exacta localización de otros responsables aunque la detención de los mismos no llegue a hacerse efectiva, dado que ello depende, en última instancia, de las autoridades); Olmedo Cardenete, 2016, p. 1444; Castellví Monserrat, 2015, p. 772; Cano Paños, 2015, p. 948; Moral de la Rosa, 2005, p. 246; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1153; Muñoz Conde, 1996, p. 150.

63. Ampliamente, Cuerda Arnau, 1995, pp. 481-488.

#### 4.3.3. Coadyuvar eficazmente para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que el sujeto haya pertenecido o con los que haya colaborado

Esta tercera modalidad de conducta colaboradora ha sido modificada de forma no sustancial por la reforma de L.O. 2/2015, de 30 de marzo. Así, con anterioridad a este cambio legislativo, el precepto hacía referencia a coadyuvar eficazmente para impedir la actuación o el desarrollo «*de organizaciones*» o «*grupos terroristas*» a los que el sujeto hubiera pertenecido o con los que hubiera colaborado. Tras la reforma, a los grupos y organizaciones se añaden otros «*elementos terroristas*». No está claro qué ha de entenderse por «elementos terroristas» ya que el Código penal, a diferencia de lo que sucede respecto de las organizaciones y grupos terroristas, no define este concepto ni utiliza la referida expresión en ningún otro precepto.

Quizá con los términos «elementos terroristas» el legislador se refiere a los sujetos que cometen delitos de terrorismo de forma individual. Ello encaja con el hecho de que tras la L.O. 2/2015 se tipifica con carácter general el terrorismo individual para dar respuesta a las nuevas amenazas que plantea terrorismo internacional de corte yihadista<sup>64</sup>. Con esta reforma de 2015 el terrorismo no exige desde el punto de vista jurídico penal la actuación desde una estructura organizada. En este sentido, la colaboración que el sujeto pueda prestar a las autoridades para impedir la actuación o el desarrollo de otro individuo que actúe individualmente cometiendo delitos de terrorismo, se puede considerar útil de cara a la lucha contra este fenómeno tal y como el mismo se define ahora en el ámbito penal sustantivo.

Por lo demás, esta modalidad de comportamiento colaborador resulta un tanto redundante en la medida en que todas las conductas anteriores contribuyen a impedir la actuación o el desarrollo de grupos, organizaciones o elementos terroristas (Castellví Monserrat, 2015, p. 772; Cuerda Arnau, 1995, p. 489). Por tanto, ahora hay que identificar comportamientos que no tengan acomodo en ninguna de las hipótesis de actuación analizadas. En este sentido, la doctrina, concretamente Lamarca Pérez, se refiere a «todas aquellas formas de colaboración con las autoridades que consisten en suministrar informes sobre la estructura, medios, planes y lugares de organización terrorista, pero sin que ello logre evitar un delito concreto de la banda ni identificar a ningún responsable»<sup>65</sup>. A la vista de esta

64. Así se refleja en el preámbulo de la L.O. 2/2015. En este mismo sentido, entre otros, Lamarca Pérez, 2015, p. 867. Ver también *supra* epígrafe 3.1.2 b) del Capítulo I.

65. Lamarca Pérez, 1985, p. 345. Por su parte, Cuerda Arnau, basándose en la interpretación de Lamarca Pérez, propone ejemplos concretos tales como los siguientes: «... Quien habiendo autorizado a que en su terreno se construya un lugar destinado a la detención de personas, decide abandonar y comunica a las autoridades el

interpretación, un campo en el que quizá esta modalidad de colaboración pudiera tener relevancia práctica es el de la financiación del terrorismo prevista, junto con otras modalidades de conducta, en el art 577 CP<sup>66</sup>.

## 5. APLICACIÓN DEL PRECEPTO EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA

### 5.1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Conviene detenerse en este aspecto para valorar la postura de algunos sectores doctrinales que no dudan en afirmar que el precepto analizado ha tenido una muy escasa aplicación en la práctica<sup>67</sup> y que los comportamientos a los que se refiere el mismo son igualmente infrecuentes (Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676).

A fin de determinar con exactitud la aplicación práctica del precepto analizado así como de sus antecedentes en el Código penal de 1973, he añadido a los exhaustivos estudios doctrinales desarrollados durante la vigencia del mismo, un análisis de la época posterior que he realizado personalmente. El periodo de tiempo abarcado en total se prolonga desde el 28 de septiembre de 1984 hasta el 30 de abril de 2017.

En lo que respecta a aplicación de los preceptos del Código penal de 1973, me he basado en los exhaustivos y brillantes trabajos de Cuerda Arnau y Mestre Delgado<sup>68</sup>. Por lo que se refiere al análisis que he llevado a cabo personalmente, es preciso destacar algunos aspectos metodológicos.

He efectuado el referido examen a través de la base de datos del CENDOJ [buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial disponible en la siguiente dirección de internet: <http://www.cendoj.gob.es>].

---

emplazamiento de aquel ... el que estaba encargado del transporte de armas, entrega estas a las autoridades ... el integrante de un comando informativo alerta a la policía sobre personas con respecto a las cuales recabó información que después facilitó al grupo criminal» (Cuerda Arnau, 1995, p. 491).

66. El sujeto que ha financiado a una organización terrorista y decide dejar de hacerlo puede de ese modo impedir el desarrollo de la organización en cuestión y colmar las exigencias apuntadas.

67. O, en palabras de Cuerda Arnau, «... El precepto, a diferencia de lo sucedido en Italia, se ha demostrado históricamente inútil en la lucha contra el terrorismo y nada hace pensar que vaya a dejar de serlo» (Cuerda Arnau, 2015, p. 781; más ampliamente, de la misma autora, 2004, pp. 9 y ss.). Insisten también en la escasa aplicación práctica del precepto, entre otros, García del Blanco, 2017, pp. 284 y 285; García Albero, 2016, p. 1943; Cano Paños, 2015, p. 948; Vázquez Iruzubieta, 2015, p. 786.

68. Ampliamente, Cuerda Arnau, 1995, pp. 110, 111 y 497 y ss.; Mestre Delgado, 1987, pp. 238 y 239.

poderjudicial.es/search/indexAN.jsp (último acceso el 30 de abril de 2017)]. Procedí a buscar las sentencias dictadas por la Salas de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo desde el 2 de enero de 1995 hasta el 30 de abril de 2017 introduciendo, dentro del criterio de búsqueda denominado «texto a buscar», los términos «terrorismo» y «atenuantes». Con esos criterios de búsqueda el sistema seleccionó 147 sentencias del Tribunal Supremo y 142 de la Audiencia Nacional. De todas ellas, 12 sentencias del Tribunal Supremo y 15 de la Audiencia Nacional se consideraron relevantes de cara los objetivos del presente estudio ya que el resto no versaba sobre la materia aquí analizada, dada la amplitud de los criterios de selección de sentencias manejados (por otro lado necesarios para que el sistema no descartase ninguna resolución que pudiera resultar de interés).

Las referidas 27 sentencias se consideraron relevantes para al presente trabajo porque se refieren a delitos de terrorismo y porque aplicaron el precepto analizado o preceptos de similar naturaleza o bien porque descartaron aplicar estos o aquellos preceptos y, en consecuencia, pese a constatar la realización de conductas de colaboración con las autoridades por parte del sujeto o su desvinculación y censura del terrorismo, ello no tuvo incidencia en el fallo condenatorio. Algunas de las sentencias aludidas aplican el Código penal de 1973 pues se refieren a hechos acaecidos durante su vigencia considerando que la regulación de ese cuerpo legal resultaba más favorable que la del vigente.

## 5.2. RESULTADOS: APLICACIÓN DE LA ATENUANTE POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA AUDIENCIA NACIONAL DESDE EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1984 HASTA EL 30 DE ABRIL DE 2017

Los preceptos del Código penal de 1973 correspondientes al analizado fueron aplicados en siete ocasiones.

Concretamente, y conforme a los estudios de Cuerda Arnau y Mestre Delgado antes citados, el art. 174 *bis c*) CP 1973, antecedente inmediato del art. 57 *bis b*) CP 1973, analizado *supra*, fue aplicado en las SSAN n.º 58/1984, de 28 de septiembre y n.º 11/1985, de 11 de marzo. Por su parte, el art. 57 *bis b*) CP 1973 se aplicó en dos sentencias de la Audiencia Nacional en las que se recurrió al mismo indirectamente: en una ocasión para solicitar un indulto parcial por analogía con lo que el precepto disponía (SAN n.º 58/1986, de 30 de junio), y, en otra, para construir una especie de atenuante analógica (n.º 69/1985, de 5 de noviembre).

Asimismo, con posterioridad al 2 de enero de 1995 y teniendo en cuenta el estudio que he realizado personalmente para el presente trabajo, las siguientes sentencias aplicaron el art. 57 *bis b*) CP 1973: STS n.º 1358/1997, de

5 de noviembre; SAN n.º 24/2000, de 8 de mayo. Por su parte, la medida premial tal y como la misma se prevé en el vigente Código penal fue aplicada por la STS n.º 2084/2001, de 13 de diciembre (esta resolución aplica el precepto correspondiente del vigente Código penal a unos hechos que acaecieron durante la vigencia del Código penal anterior por entender que aquel resultaba más favorable), la STS n.º 878/2014, de 23 de diciembre [referida al fallo de la SAN n.º 25/2014, de 28 de mayo, que aplica el precepto en cuestión de forma indirecta construyendo una suerte de atenuante específica por analogía] y la SAN n.º 73/2007, de 19 de diciembre.

En total el precepto analizado y sus antecedentes más próximos solo se han aplicado nueve veces, implementándose de forma indirecta en tres de las mismas. Es evidente que el empleo de este tipo de preceptos ha sido muy escaso sobre todo teniendo en cuenta el amplio margen temporal que abarcan los estudios realizados.

No obstante, ello no significa que los comportamientos a los que alude el precepto analizado hayan sido igualmente infrecuentes. La experiencia demuestra que conductas de ese tipo ocurren con relativa asiduidad y, en muchas ocasiones, han dado lugar a una atenuación de la respuesta punitiva cuando no a la ausencia de la misma. Lo que sucede es que, la mayoría de las veces y por distintas razones, ello no se ha realizado a través del manejo de preceptos como el analizado, sino bien por medio de la solicitud y, en su caso, concesión de indultos<sup>69</sup> o bien a través de la aplicación analógica de atenuantes genéricas como la de confesión de los hechos o reparación del daño<sup>70</sup> que suelen apreciarse en estos casos como muy cualificadas<sup>71</sup>. Hay que destacar que en muchas de estas ocasiones

69. Desde 1984 y hasta 1994, un número considerable de personas que habían cometido delitos de terrorismo se beneficiaron de indultos totales o parciales solicitados por la Audiencia Nacional, práctica esta que enlazaba con la política de reinserción iniciada por el Gobierno a partir de 1983. El número concreto de indultos oscila entre los 107 y los 300 en función de las fuentes consultadas. Sobre esta cuestión, ver, ampliamente, Cuerda Arnau, 1995, pp. 110 y 111.

Asimismo, hay que constatar que la concesión de indultos por estos motivos no es un fenómeno exclusivo de España. También en Alemania se concedieron indultos a los integrantes del RAF por colaborar con la justicia (Cano Paños, 2007, p. 13).

70. Así en los siguientes fallos de la Audiencia Nacional conforme al estudio que he realizado personalmente para el presente trabajo y cuya metodología se explicó *supra*: SSAN n.º 18/2011, de 14 de abril; n.º 28/2006, de 26 de junio; n.º 13/1999, de 18 de marzo. De igual modo ello se aprecia en los siguientes fallos del Tribunal Supremo: SSTS n.º 679/2010, de 7 de julio; n.º 816/2009, de 1 de julio; n.º 106/2000, de 31 de enero; n.º 1071/1996, de 20 de diciembre.

71. Hay una línea jurisprudencial consolidada en virtud de la cual la llamada «confesión tardía», es decir, la que tiene lugar una vez el sujeto ha sido detenido, puede dar lugar a la aplicación de la atenuante genérica de confesión como circunstancia análoga muy cualificada, siempre que el testimonio del sujeto haya resultado relevante de

en las que se aprecian las referidas atenuantes como muy cualificadas en casos de terrorismo, se constata, por parte del sujeto, el abandono de la actividad delictiva y la colaboración con las autoridades con el mismo contenido exigido por el art. 579 bis 3 CP, con la salvedad de que tales circunstancias acaecen con posterioridad a su detención<sup>72</sup>.

En otras oportunidades los tribunales han descartado la aplicación del precepto analizado o de los que regulan las circunstancias atenuantes anteriormente mencionadas pese a que el sujeto colaboró con las autoridades y/o manifestó su desvinculación con el terrorismo o la censura del mismo, sin que ello, por diferentes razones que a veces tienen que ver con la extemporaneidad de tales conductas, incidiera, por tanto, en la condena<sup>73</sup>.

---

cara a la investigación. Ello se ha aplicado en lugar de la atenuante específica tanto en casos de terrorismo [SSTS n.º 221/2017, de 29 de marzo; 679/2010, de 7 de julio; n.º 816/2009, de 1 de julio; n.º 106/2000, de 31 de enero; n.º 1071/1996, de 20 de diciembre; e igualmente las SSAN n.º 24/2016, de 22 de septiembre; n.º 28/2016, de 21 de septiembre; n.º 18/2011, de 14 de abril; n.º 28/2006, de 26 de junio; n.º 13/1999, de 18 de marzo]; como en supuestos de narcotráfico [cfr., entre otras muchas, SSTS n.º 975/2016, de 23 de diciembre; n.º 164/2006, de 22 de febrero; n.º 873/2003, de 13 de junio; n.º 1653/2002, de 14 de octubre].

72. Destaca entre otras, en este sentido, la SAN n.º 38/2016, de 15 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico tercero se pone de manifiesto que *«La acusada en las declaraciones prestadas tanto en sede policial como judicial y en el acto del juicio oral, ha reconocido los hechos aun cuando los achaque a encontrarse pasando un mal momento personal, siendo lo cierto que además de los datos que se conocieron de los efectos que le fueron intervenidos, facilitó la identidad de personas que ha permitido ubicarlos en DAESH y su cometido, sin que fueran datos previamente conocidos en la investigación. Además de los datos suministrados por los dispositivos incautados a la misma, de los que reconoció íntegramente su contenido. De otro lado, la acusada mostró un profundo arrepentimiento por lo acontecido, respondiendo a todo aquello sobre lo que fue interrogada en aras de disuadir a otros sobre la organización terrorista, reiterando en ocasiones varias su idea de rehacer su vida y de recuperar a su hijo»*.
73. Así en la SAN n.º 63/2012, de 31 de julio, en la que consta que el sujeto no huyó al ser detenido y reconoció los hechos. También en la SAN n.º 40/2010, de 28 de julio, en la que se hace constar que el sujeto afirmó en el juicio que su abandono de la lucha armada desde 1994 y se mostró arrepentido de los hechos. Por su parte, en la SAN n.º 76/2009, de 2 de diciembre, en la que consta la confesión de los hechos y la reparación del daño por parte de uno de los imputados, si bien de forma extemporánea y en una dimensión que el tribunal consideró insuficiente (con todo, hubo un voto particular emitido por el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas a favor de aplicar la atenuación prevista por el precepto analizado, entonces regulado en el art. 579.3 CP, al imputado en cuestión). Asimismo, en la SAN n.º 25/2016, de 28 de septiembre, se afirma que la mera declaración de condena del terrorismo es irrelevante.

También se verifican este tipo de comportamientos en otros fallos del Tribunal Supremo. Así en la STS 174/2015, de 14 de mayo, se constata un abandono de la actividad delictiva por parte del sujeto sin que se acredite la realización de ningún otro comportamiento. En la STS n.º 977/2012, de 30 de octubre, se comprueba el arrepentimiento del sujeto y su compromiso con la legalidad durante el juicio oral (concretamente, en el fundamento jurídico décimo se pone de manifiesto que *«... el recurrente ... ha buscado exteriorizar su disponibilidad para la acción de la justicia y su*

También hay quien apunta (García del Blanco, 2017, p. 285) que las conductas de colaboración pueden ser mucho más frecuentes de lo que evidencian los datos oficiales que se pueden constatar mediante el estudio jurisprudencial o la concesión de indultos<sup>74</sup>. Y ello porque, como sostienen estas mismas fuentes, algunos magistrados de la Audiencia Nacional han confirmado públicamente la existencia de terroristas colaboradores y la eficacia práctica de sus aportaciones en el desmantelamiento de organizaciones terroristas. A la vista de estas circunstancias García del Blanco considera que «o bien el principio de oportunidad ha desembarcado abiertamente en la práctica de la instrucción penal, al menos en la de la Audiencia Nacional, arrogándose facultades de negociar con el colaborador, no ya los beneficios premiales legalmente establecidos, sino incluso su propia imputación (posibilidad que no consigo encontrar en ninguna disposición legal), o bien, podríamos llegar a pensar que, “lógicamente” para evitar que el colaborador sea identificado en la sentencia condenatoria que le aplique la rebaja de pena en virtud del beneficio premial por colaboración, se estará aplicando la legislación en la materia secretamente» (*ibidem*).

## 6. FUNDAMENTO DEL PRECEPTO ANALIZADO

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias señalan principalmente la utilidad en la lucha contra el terrorismo<sup>75</sup> como el principal funda-

---

*alejamiento de cualquier posición de simpatía con la utilización de métodos violentos o ilícitos en el ámbito político e ideológico. La declaración indagatoria trasluce algo más que una pura estrategia defensiva ...»*). Por su parte, en la STS n.º 503/2008, de 17 de julio, se constata la delación de otro responsable (testimonio que, pese a su veracidad, no resulta relevante de cara a la investigación) por parte del sujeto que, sin embargo, no confiesa sus propios hechos. Asimismo en la STS n.º 786/2003, de 29 de mayo, se verifican cambios en el sujeto («... se ha ausentado del País Vasco ... tiene trabajo e hija y ello debido a la circunstancia de disentir profundamente de su participación en los hechos ahora enjuiciados y las actividades en que se vio envuelto») que solo pueden tener incidencia en el ámbito de ejecución de la pena. Por último, en la STS n.º 455/1995, de 23 de noviembre, no se considera relevante el efectivo abandono de la actividad delictiva de quien no pertenece a ninguna organización delictiva (se procede a una interpretación restrictiva del abandono que, a mi modo de ver y como expuse *supra*, no tiene sustento legal y carece igualmente de sentido si tenemos en cuenta el concepto jurídico actual de terrorismo). Por otro lado, en esta resolución se dice que el abandono, por sí solo, es insuficiente para proceder a la atenuación.

74. Con todo, y como se ha podido demostrar, el panorama no es tan desolador como lo describe García del Blanco cuando afirma que «la búsqueda de resoluciones en aplicación de los beneficios premiales en materia de terrorismo tanto en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional como en la del Tribunal Supremo ha resultado absolutamente frustrante» (García del Blanco, 2017, p. 285 nota al pie n.º 18).
75. Algunos se refieren solo al fundamento utilitario. Así, Lamarca Pérez, 2015, p. 879; García Valdés/Mestre Delgado/Figueroa Navarro, 2015, p. 298; Moral de la Rosa,

mento del art. 579 *bis* 3 CP y también entienden que las necesidades preventivo general y especial de pena son menores cuando tienen lugar los comportamientos que recoge el citado precepto<sup>76</sup>. Todo ello se plantea en bloque, es decir, sin diferenciar cuáles de los aspectos nombrados (utilidad y necesidad de pena) guardan relación con la punibilidad, tal y como aquí se entiende, y cuáles con ámbitos ajenos a la misma. En los siguientes apartados se tratará de precisar estas cuestiones.

### 6.1. PRAGMATISMO Y PUNIBILIDAD: RAZONES DE EFECTIVIDAD Y DE EFICIENCIA

Así las cosas, se procede a analizar el llamado fundamento utilitario o pragmático como factor a tener en cuenta en sede de punibilidad. En este sentido, se entiende que el precepto analizado resulta útil en la lucha contra el terrorismo porque puede motivar el abandono de la actividad terrorista por parte de las personas implicadas en la misma<sup>77</sup> y, asimismo, puede generar desconfianza en el seno de organizaciones y grupos terroristas en la medida en que una de las conductas que pueden dar lugar a la rebaja de pena es la delación de otros responsables<sup>78</sup>. Esta «ventaja» que se ofrece a los responsables por delitos de terrorismo, responde también a la dificultad que entraña la persecución y castigo de esta forma de criminalidad, dada la complejidad de la misma. Los cauces convencionales pueden no resultar tan eficaces como en otros tipos de delitos y, por ello, el Estado establece esta vía para que la lucha contra el terrorismo se lleve

---

2005, p. 241; Bueno Arús, 2005, p. 95. En este sentido, pero refiriéndose al «fundamento político-criminal» del precepto, Hernández Hernández, 2004, p. 1620.

76. Encuentran, en este sentido, un «fundamento doble», Vázquez González, 2015, p. 878; Mendes de Carvalho, 2007, p. 415; Faraldo Cabana, 2000, p. 288; Cuerda Arnau, 1995, pp. 323 y ss. En sentido similar, cfr. SSTS n.º 878/2014, de 23 de diciembre; n.º 977/2012, de 30 de octubre; n.º 816/2009, de 1 de julio.

77. Algo que se considera como un factor clave en la debilitación de los grupos y organizaciones terroristas ya no solo por la incidencia objetiva que el mismo pueda tener, sino por la desmotivación que genera esta disidencia dentro del grupo. En este sentido, Lamarca Pérez insiste en que lo que se persigue es debilitar al grupo terrorista en la medida en que el mismo aparece como un contra-ordenamiento respecto al Estado, lo que permite explicar este tipo de mecanismos previstos para el terrorista que traiciona el sistema de reglas propias de la organización para asumir el sistema estatal concebido hasta entonces como contrario (Lamarca Pérez, 2015, p. 879). También en la jurisprudencia se ha hecho hincapié en la debilitación del grupo terrorista que provoca el abandono de alguno de sus miembros, sobre todo cuando ese abandono se hace público (cfr. STS 816/2009, de 1 de julio).

78. Ver, entre otros, García Valdés/Mestre Delgado/Figueroa Navarro, 2015, p. 298; Faraldo Cabana, 2000, p. 283.



a cabo también a través de la ayuda que se pueda recibir por parte de los implicados<sup>79</sup>.

En definitiva, los comportamientos a los que se refiere el precepto analizado fomentan el cumplimiento o aplicación coactiva de la ley penal. Son razones, por tanto, de efectividad, (Díez Ripollés, 2016, p. 545) las que explican la menor punibilidad del delito. Dicho de otro modo, la necesidad de exigir responsabilidad penal es menor en la medida en que el comportamiento llevado a cabo por el sujeto ya fomenta el cumplimiento o la aplicación coactiva de la ley penal.

A ello habría que añadir que los comportamientos que permiten aplicar la medida premial analizada contribuyen a que el Derecho penal cumpla sus fines, entre otros, la protección de bienes jurídicos y la prevención de futuros delitos. Es decir, que también se pueden apreciar razones de eficacia en la menor punibilidad del delito.

Ello porque, por un lado, en la medida en que el sujeto colabore con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos e identificación de otros responsables, estará ayudando a satisfacer una de las principales reivindicaciones de las víctimas: a saber, el denominado derecho a la verdad que es muchas veces imposible de colmar a través del proceso penal a consecuencia de las garantías que informan el mismo y habida cuenta de las dificultades de esclarecer la delincuencia organizada<sup>80</sup>. La evidencia empírica demuestra además que el desconocimiento de lo sucedido constituye una de las principales fuentes de dolor para las víctimas, muchas veces mayor de la que se pueda derivar de una condena que se considere insuficientemente grave (Pascual Rodríguez/Ríos Martín, 2014, p. 435). Esos crímenes sin resolver son, por otro lado, los que representan la peor forma de impunidad (que a mi modo de ver y empleando la terminología

79. Rasgo que comparte con otras formas de criminalidad que suelen llevarse a cabo por parte de grupos y organizaciones y para las que también se prevén mecanismos como el analizado. Como ya se puso de manifiesto, en casos de delitos contra la salud pública y, desde la reforma de L.O.1/2015, también para la malversación de caudales públicos. Se trata de mecanismos que en parte se derivan de las propias limitaciones del instrumento punitivo estatal, como instrumento incapaz de conseguir, por sí solo, los fines que persigue (García del Blanco, 2017, pp. 282-283; Garro Carrera, 2013, p. 13). Por ello se procura motivar la ayuda que pueda proceder por parte de quienes lo atacaron y quieren dejar de hacerlo. Con todo, y sobre la base de planteamientos similares al apuntado, hay quien, sin negar aquellos, entiende que preceptos como el analizado corren el riesgo de provocar un efecto contrario al que persiguen al evidenciar una debilidad del Estado que a la postre, podría fortalecer la confianza en los grupos terroristas en conseguir sus objetivos (Garro Carrera, 2013, p 14; Cuerda Arnau, 1995, p. 341).

80. Ver *supra* epígrafe 1 y 1.1. del Capítulo I.

de la Corte IDH es la «fáctica»<sup>81</sup> y no los que se enjuician y sentencian quizá de forma menos grave de lo que algunos sectores reclaman por motivos ajenos a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del autor<sup>82</sup>. Las medidas premiales analizadas no se pueden identificar por tanto con una impunidad fáctica y tampoco con una impunidad legal o normativa total pues solo permiten rebajar la pena por los referidos motivos.

En cualquier caso y por lo apuntado líneas arriba, esta colaboración con las autoridades a la que me vengo refiriendo presenta o puede presentar un elemento reparador del daño causado a la víctima, por mucho que algunos autores insistan en la desconexión o en la necesaria contraposición que existe entre las medidas premiales y los intereses de aquella (García del Blanco, 2017, pp. 280 y ss.; Garro Carrera, 2013, p. 20). Así, desde la perspectiva de protección de los bienes jurídicos, «podemos considerar que la reparación del daño o a disminución de sus efectos ayuda a la protección penal del bien jurídico, en cuanto supone un comportamiento dirigido a suprimir los efectos de su lesión» (Melendo Pardos, 2015 c, p. 689). Se advierte de nuevo que la orientación pragmática no está necesariamente reñida con los objetivos primordiales del Derecho penal ni con los intereses de las víctimas<sup>83</sup> de manera que renunciar a ella en aras de la concepción de la pena como obligación del Estado y derecho de las víctimas puede resultar en este sentido incluso contraproducente (Maculan, 2017 b, p. 236 y ss.), toda vez que en virtud de esa decisión se puede estar renunciando, entre otras cosas, a la única fuente de conocimiento de lo ocurrido.

Por otro lado, parece evidente que el esclarecimiento de los hechos y la identificación de otros culpables pueden contribuir a reducir el riesgo de futuros ataques terroristas. Las medidas premiales han contribuido de hecho a la desarticulación de organizaciones terroristas en otros países (ver

81. Puesto que en estos casos se da la ausencia de persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables (Silva Sánchez, 2008, pp. 153-154).
82. Con todo, desde la concepción de la pena como obligación del Estado y derecho de las víctimas, tal y como la misma se refleja en la jurisprudencia de la Corte IDH, también se pretende combatir esta impunidad legal o normativa, sobre pretexto de que la misma evita el castigo proporcional al injusto culpable.
83. A este respecto y en relación con procesos de justicia de transición, Gil Gil acertadamente afirma: «No olvidemos que un Derecho penal premial que condicione la aplicación de sanciones más benévolas a la desmovilización, la confesión, el reconocimiento de culpabilidad y la reparación, estará ciertamente renunciando a la pena "justa", en el sentido de la proporcionada a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pero estará a la vez cumpliendo otros objetivos que son de interés a las víctimas, como el de favorecer la rapidez de la sanción (que redundará en la consecución del objetivo justicia) y contribuyendo a la consecución de verdad, reparación y no repetición» (Gil Gil, 2017, p. 372).

*supra* epígrafe 2.2. del presente Capítulo), sobre todo cuando las mismas se encontraban en momentos de crisis interna (Cuerda Arnau, 2004, p. 55).

## 6.2. NECESIDAD PREVENTIVA Y PENA

La menor necesidad de exigir responsabilidad penal por razones de eficacia y efectividad, se refleja a su vez en el ámbito de la aplicación de la pena (que aquí se diferencia del propio de la punibilidad)<sup>84</sup>, en la medida en que incide en la necesidad de la misma. En este sentido, resulta evidente que la realización de los comportamientos a los que alude el art. 579 *bis* 3 CP conlleva una reducción de la necesidad preventivo general y preventivo especial de la reacción penal.

Desde el punto de vista preventivo general, la necesidad de fortalecer la conciencia colectiva sobre la vigencia de la norma quebrantada y, con ello, reafirmar los valores ético-sociales que constituyen su trasfondo<sup>85</sup> es menor, en tanto en cuanto quien abandona la actividad delictiva, se presenta ante la autoridad confesado los hechos y coopera con la misma está actuando conforme a la norma quebrantada y de ese modo fortalece la conciencia sobre su vigencia y el valor ético social sobre el que la misma se asienta, máxime cuando ese mismo sujeto fue quién quebrantó la norma<sup>86</sup>. Al mismo tiempo, desde el punto de vista preventivo especial, parece lógico pensar que el pronóstico de peligrosidad criminal de quien así se comporta es más positivo que el de la persona que no lo hace<sup>87</sup>.

En otro orden de cosas, no obstante relevantes desde la perspectiva de la prevención general, y en atención a determinados estudios empíricos, la rebaja de pena que se realiza por razón de estos comportamientos positivos que el sujeto realiza con posterioridad al delito, es acorde con las intuiciones de justicia de la ciudadanía (Robinson/Jackowitz/Bartels, 2012, pp. 737-826). La muestra poblacional analizada en dichos trabajos se muestra mayoritariamente conforme a rebajar la pena que le correspondía al sujeto que lleve a cabo tales conductas por mucho que las mismas

84. Ver *supra* Capítulo II epígrafe 2.

85. Sobre esta noción de la prevención general positiva, ver, entre otros, Gil Gil, 2002, p. 22.

86. Se dice que el sujeto realiza un acto contrario a su acción delictiva y con el mismo contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado. La pena atenuada es acorde con la menor necesidad de fortalecimiento de la confianza en la norma que se ha visto en parte satisfecha con el comportamiento del sujeto (Amadeo Gadea, 2015, p. 924; Mendes de Carvalho, 2007, p. 416; García Pérez, 1997, p. 210; Cuerda Arnau, 1995, p. 329).

87. Así lo consideran, entre otros, Mendes de Carvalho, 2007, p. 416; García Pérez, 1997, p. 211; Cuerda Arnau, 1995, p. 330.

resulten ajenas a la gravedad de los hechos y a su culpabilidad<sup>88</sup>. Por el contrario, los sujetos de estudio no se mostraban, en general, conformes a agravar la pena por razón de una mayor exigencia de castigo por parte de la víctima<sup>89</sup>. En el estudio se insiste en la conveniencia de que el orden punitivo sea, en la medida de lo posible, acorde con las intuiciones de justicia de la ciudadanía pues ello se valora como un rasgo de racionalidad del mismo que fomenta su respeto<sup>90</sup>.

## 7. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DEL DEBATE EN TORNO AL PRECEPTO ANALIZADO

Desde su aparición, el precepto analizado ha sido objeto de una intensa polémica aunque la misma se atemperó en gran medida cuando desapareció la posibilidad de remisión total de la pena que contemplaba su antecedente más cercano del Código penal de 1973 (Faraldo Cabana, 2000, p. 297; Cuerda Arnau, 1995, p. 561 y ss.). En cualquier caso, son muchas las objeciones que se han planteado desde la doctrina con respecto a este tipo de mecanismos y conviene detenerse a valorar algunas de las más relevantes<sup>91</sup>.

### 7.1. ESCASA APLICACIÓN PRÁCTICA E INIDONEIDAD PARA LUCHAR CONTRA EL TERRORISMO YIHADISTA

Con carácter general se ha dicho que este precepto no es útil en la lucha contra el terrorismo y prueba de ello la escasa aplicación práctica que ha tenido (Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676; Cuerda Arnau, 2004, p. 9). Se ha afirmado también que ello responde a que los destinatarios de este mecanismo son delincuentes por convicción ideológica lo cual les hace poco permeables a este tipo de «ofertas» del legislador (García

88. El estudio analizaba, por ejemplo, el impacto del reconocimiento de los hechos y del arrepentimiento (*ibidem*, p. 816). Con todo, hay que tomar con cautela estos datos dado que los estudios de los que se obtienen no incluyen los delitos de terrorismo como parte de su análisis aunque sí otros delitos graves comunes como el homicidio y el asesinato.

89. *Ibidem*, pp. 818-819.

90. *Ibidem*, pp. 826.

91. Resulta útil en este sentido el trabajo de Garro Carrera en el que describe las diferentes críticas doctrinales que han suscitado las medidas premiales en el ámbito de la criminalidad organizada y terrorista (Garro Carrera, 2013, pp. 11 y ss.). También Aboso describe las objeciones que ha suscitado este precepto pero solo en relación con la delación como una de las conductas de colaboración que permiten la atenuación y haciendo más hincapié en los problemas de carácter procesal (Aboso, 2017, pp. 69-111).

del Blanco, 2017, p. García Albero, 2016, pp. 1943 y 1944). Ello resulta especialmente claro, según algunos, en el caso de terroristas islámicos quienes, al estar dispuestos a morir por sus ideas, demuestran ser poco o nada sensibles a la amenaza de la pena o a la rebaja de la misma que puedan obtener colaborando con las autoridades (Cuerda Arnau, 2004, p. 3). También se alude a la camaradería o estrecha fraternidad (Vázquez Iruzubieta, 2015, p. 786) que existe entre quienes forman parte de un grupo u organización terrorista de corte islámico, como elemento que dificulta la traición entre los mismos tal y como requiere, en algunos casos, el precepto analizado.

Con respecto a todas estas objeciones cabe plantear algunas consideraciones.

En primer lugar, la escasa aplicación en la práctica de preceptos como el analizado puede responder más a la dificultad de cumplir con todo lo que exige y en el momento en que lo exige<sup>92</sup>, a que el mismo se base en una idea equivocada dada la supuesta escasez o práctica inexistencia de sujetos condenados por terrorismo que abandonen su actividad delictiva y colaboren con las autoridades.

A este respecto cabe decir, por un lado, que es muy complicado que en la práctica se puedan cumplir y más en el orden en el que se exigen, todos

92. Un número considerable de autores ha destacado la dificultad que entraña cumplir con todos los requisitos que la ley exige de cara que se pueda atenuar la pena. Entre otros, García Albero, 2016, pp. 1943 y 1944; Vázquez González, 2015, p. 879; Cano Paños, 2015, p. 948; Zaragoza Aguado, 2015 b, p. 676; Bueno Arús, 2005, p. 95.

Por su parte, algunos autores como Muñoz Conde, consideran que la escasa aplicación del precepto se debe a que las conductas de colaboración, concretamente la delación, rara vez da lugar a la condena de otros responsables pues la misma debe ser corroborada (Muñoz Conde, 1996, p. 153). Así las cosas, este autor parece sugerir que la delación requiere la condena del delatado para que se pueda proceder a la atenuación de la pena cuando ello no es así, ya que a tal efecto basta con que la ayuda prestada por el sujeto sea eficaz para «la identificación» o «captura» de otros responsables. Por otro lado, otro sector doctrinal habla de la delación como si fuera la única opción que tiene el sujeto dispuesto a colaborar (así, entre otros, Vázquez Iruzubieta, 2015, p. 786; Bueno Arús, 2005, pp. 95 y 96) cuando, como hemos podido comprobar, el precepto ofrece más alternativas.

Con ello se quiere poner de relieve que a veces la doctrina añade a las dificultades existentes, otras que no lo son y quizá de este modo contribuye a aumentar injustificadamente el pesimismo con el que se concibe el precepto analizado. Pesimismo que contrasta con algunas sentencias en las que se detecta a veces un voluntarismo por conceder la atenuación incluso cuando no se cumplen los requisitos tal y como los exige la ley y se construyen atenuantes por analogía tomando como referencia no una atenuante genérica sino la propia atenuante específica que nos ocupa y aplicando el precepto que recoge la misma (ver *supra* el epígrafe 5.2 del presente Capítulo).

los comportamientos requeridos<sup>93</sup>. Resulta igualmente desmotivador y en este sentido contrario al fundamento en parte pragmático que informa la medida premial, que en el ámbito de la ejecución penitenciaria se exijan de nuevo parte de estos comportamientos además de otros distintos, no ya para obtener ventajas, sino como requerimientos adicionales para acceder al en tercer grado u obtener la libertad condicional<sup>94</sup>. Por otro lado, tampoco ayuda el hecho de que el Estado no sea capaz de ofrecer la adecuada protección a las personas que decidan colaborar por el peligro que corren con ello<sup>95</sup>. De igual modo, que la rebaja de la pena se prevea en todo caso como potestativa no contribuye a motivar la colaboración de los que cometen delitos de terrorismo<sup>96</sup>.

Por otro lado, el estudio jurisprudencial revela que no son tan infrecuentes las conductas de abandono y colaboración con las autoridades, lo que sucede es que las mismas no se ajustan, en la mayoría de los casos, a los estrictos requerimientos del precepto analizado. Con ello simplemente se quiere decir que quizá la idea o el fundamento que lo informa resulta acertado<sup>97</sup>, y es más bien su concreta configuración legal la que puede estar detrás de su escasa aplicación práctica.

- 
93. Sobre todo teniendo en cuenta que el abandono tiene que ser previo a la detención, cuando es lo contrario lo que sucede la mayoría de las veces (Garro Carrera, 2013, p. 21; Quintanar Díez, 1996, p. 302). El análisis del Derecho comparado refleja que otros ordenamientos como el alemán y el italiano, son mucho más flexibles en este sentido y permiten la aplicación de la medida premial con posterioridad a la detención e incluso durante la ejecución penitenciaria (ver *supra* epígrafe 2.2 del presente Capítulo).
94. Ver *supra* Capítulo I, epígrafe 3.1.3 y nota al pie n.º 74; apartado 4.1. del presente Capítulo y ampliamente, Cuerda Arnau, 2004, pp. 27 y ss.
95. Sobre las represalias que pueden sufrir los colaboradores por parte de los miembros de la organización terrorista o personas afines a la misma, Moral de la Rosa, 2005, p. 242; Cuerda Arnau, 2004, pp. 35 y ss. Sobre la escasa protección que en este sentido ofrece el vigente ordenamiento jurídico en España, ver, entre otros, García del Blanco, 2017, p. 283; Ortiz, 2017, pp. 46-50; Sánchez García de Paz, 2005, pp. 19-22; Cuerda Arnau, 2004, pp. 37 y 39.
96. Ello permite que el juez no proceda a rebajar la pena aun en el caso de que se cumplan los requisitos que el precepto establece, por mucho que ello resulte complicado en la práctica teniendo en cuenta que es necesario motivar semejante decisión. Quizá si la rebaja de pena fuese obligatoria, ello podría motivar a un mayor número de sujetos a colaborar al conocer estas las consecuencias seguras de su aportación. En este mismo sentido, Garro Carrera, 2013, pp. 20 y ss.
97. Como han indicados algunos (Muñoz Conde, 1996, p. 143), cualquier Código penal del mundo civilizado, por lo menos desde la Codificación Napoleónica de principios del siglo XIX, prevé rebaja o atenuación de pena por comportamientos post-delictivos positivos sobre todo en el ámbito de la criminalidad organizada (Cuerda Arnau, 1995, pp. 27-127). Un instituto con semejante arraigo en el orden punitivo y al que desde hace décadas alientan organismos internacionales (ver *supra* epígrafe 2.1 del presente Capítulo) no puede ser tan descabellado. Por otro lado, es necesario

Con respecto a lo afirmado sobre el terrorismo yihadista, es preciso, en primer lugar, dejar constancia de que las opiniones reflejadas *supra* no cuentan con respaldo empírico alguno (al menos no dentro de las publicaciones donde fueron expresadas). Asimismo, el terrorismo yihadista es un fenómeno tremendamente complejo<sup>98</sup> y estrechamente ligado a formas de criminalidad que no constituyen terrorismo<sup>99</sup>. Es por ello que no se debería generalizar sobre esta realidad y máxime cuando se trata de valorar el perfil ideológico de sus integrantes.

Hoy día, y simplemente por ilustrar este planteamiento, asistimos a procesos rápidos de radicalización de individuos perfectamente integrados en países occidentales, que proceden de entornos familiares y culturales completamente desvinculados del integrismo islámico de cariz terrorista<sup>100</sup>. Es razonable dudar de la firmeza de sus convicciones si las comparamos, por ejemplo, con las de quienes han estado expuestos desde su infancia a un determinado credo ideológico favorable a conquistar,

---

tener en cuenta el éxito que han tenido estas medidas en otros países que han regulado las mismas de forma más adecuada (ver *supra* epígrafe 2.2. del presente Capítulo).

98. En este sentido, algunos expertos lo definen como un fenómeno polimorfo (Reinares, 2008).
99. La relación entre el terrorismo yihadista y la criminalidad organizada es, desde hace lustros, una realidad incontrovertida. Prueba de ello es que tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó una resolución anti-terrorista en la que hacía referencia expresa a la «*estrecha conexión que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transnacional*» [Resolución 1373 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001; disponible en red: <https://www.boe.es/boe/dias/2001/11/23/pdfs/A43030-43032.pdf> (último acceso el 27 de abril de 2017)]. De ello da buena cuenta también la doctrina especializada, entre otros, Bovenkernk/Chakra, 2010, p. 32; Holmes, 2010, pp. 27 y ss.
100. Existen bastantes casos concretos documentados. Entre otros, el de una joven de 22 años de nacionalidad española, procedente de una familia de clase media y tradición católica, que fue detenida en el momento en que iba a desplazarse a Siria para ingresar en las filas del Estado Islámico, cuando un año antes de esta detención estaba completamente desvinculada de entornos de islamismo radical y era ferviente admiradora del movimiento gótico (Reinares/García-Calvo, 2016, pp. 29 y 30). También se encuentra el caso de otro joven nacido en Paraguay, residente en Cataluña y perteneciente a una familia sin problemas económicos o de exclusión social y por completo desvinculada tanto ideológica como culturalmente del radicalismo islamista (*ibidem*, p. 30). Pero más allá de casos concretos, el dato más relevante quizá consista en el hecho de que, desde 2013, el porcentaje de conversos al islam nacidos en España y detenidos por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista, está por encima de la tercera parte del total de los sujetos detenidos por ese motivo (*ibidem*, p. 28).

Otro dato relevante lo constituye el que solo un 11% del total de los individuos detenidos en España desde 2013 por actividades relacionadas con terrorismo yihadista tenía un conocimiento relevante del islam y de la ley islámica. El 89% restante prestaba, a este respecto, un conocimiento elemental. Todo ello sin perder de vista

mediante el empleo de la violencia, la independencia de la región de un determinado estado<sup>101</sup>. También cabe dudar ya no de la firmeza, sino de la existencia de una motivación ideológica en sujetos que contribuyen a financiar el terrorismo<sup>102</sup> a través de la práctica de otras actividades delictivas como el narcotráfico<sup>103</sup>.

Por último, es asimismo razonable poner en duda la cohesión o la fraternidad de los que comenten delitos de terrorismo cuando este fenómeno ha dejado de estar necesariamente ligado a la existencia de una estructura organizativa, como demuestra la más que acreditada existencia de lobos solitarios<sup>104</sup>.

En conclusión, el perfil ideológico no se puede concebir como un aspecto invariable del terrorista o como un escudo impermeable a las medidas

---

que la información con que cuenta el estudio citado sobre esta cuestión en particular es limitada (*ibidem*, p. 30).

Asimismo, también es importante destacar que en un estudio realizado sobre personas puestas a disposición judicial por actividades relacionadas con terrorismo yihadista y que, a su vez, se habían desplazado o intentado desplazarse a Siria e Irak o se habían integrado en células, grupos o redes con funciones operativas, el 37,2% de las mismas no se había radicalizado por motivos ideológicos o religiosos sino de carácter afectivo, existencial o identitario (*ibidem*, p. 49).

101. Como pudiera ser el caso de algunos terroristas pertenecientes a ETA, cuyo perfil ideológico no ha resultado precisamente efímero (Garro Carrera, 2013, p. 14).
102. De hecho, la acción terrorista de corte yihadista va progresivamente consolidándose gracias al apoyo que recibe de sectores financieros e incluso de ciertos Estados que buscan un grado de entendimiento con los radicales para fortalecer su posición en el contexto internacional. Sobre esta cuestión, Abuza, 2004, pp. 223-269.
103. Se pueden encontrar infinidad de ejemplos de esta concreta conexión. Solo por poner uno: Las autoridades de Ecuador descubrieron en 2005 una red de narcotráfico que destinaba parte de sus beneficios a financiar un grupo libanés islámico considerado como grupo terrorista (Hizbullah) y acusado de ser responsable de muchos atentados en América Latina, entre otros, del atentado contra un centro de judíos en Buenos Aires que costó la vida a 80 personas (Holmes, 2010, p. 25).
104. De acuerdo con algunas investigaciones, la acción terrorista individual de corte yihadista se ha incrementado en los últimos cinco años en los países occidentales. Ello se debe, al parecer, a una serie de factores. Por un lado los constantes llamamientos que se dirigen a los jóvenes musulmanes residentes en occidente para que realicen este tipo de ataques por parte de entidades como al-Qaeda y, más recientemente, del Estado Islámico. Ello debido a la progresiva dificultad que encuentran estas entidades en organizar y llevar a la práctica atentados a gran escala. Otro de los factores que explica la proliferación de estas acciones «solitarias» lo constituye la intensificación de la actividad yihadista detectada en determinados países europeos desde 2012 (entre otros, Bélgica, Francia y Dinamarca), lo cual incrementa el riesgo de éxito de los referidos llamamientos. Al respecto ver, entre otros, Reinares, 2015. Sobre la base de estos datos, pudiera suceder que el que actúa en solitario puede delatar la fuente de la que recibió el llamamiento sin que necesariamente exista un lazo de fraternidad con la misma, máxime cuando ese llamamiento se realiza normalmente de forma despersonalizada.



premiales analizadas. El análisis jurisprudencial revela que ello no es así y que se constatan comportamientos de eficaz colaboración con las autoridades por parte de terroristas yihadistas (ver *supra* epígrafe 5.2 del presente capítulo y concretamente la reciente SAN n.º 38/2016, de 15 de noviembre). Y ello no solo cabe afirmarlo en relación con este fenómeno ya que la historia ofrece ejemplos que así lo acreditan. Cabe pensar en los jóvenes italianos que se adhirieron a las Brigadas Rojas en los años 60 del pasado siglo y, decepcionados por la falta de resultados tangibles, llegaron a colaborar masivamente con las autoridades (Garro Carrera, 2013, p. 14). Por otro lado lo normal es que el cambio en el sujeto (al menos al que se puede aspirar legítimamente desde la autoridad estatal como pudiera ser la renuncia a la violencia para conseguir fines políticos y su desvinculación de la organización criminal), se produzca con el tiempo y que la detención y posterior ejecución penitenciaria constituyan factores relevantes en este sentido. Todas estas circunstancias aconsejan un cambio de la legislación actual que pase por flexibilizar el margen temporal en el que deben producirse los comportamientos de colaboración de cara a aplicar las medidas premiales. Sobre este aspecto volveré más adelante.

## 7.2. INSEGURIDAD JURÍDICA, DESIGUALDAD, AMORALIDAD Y PROBLEMAS DE REINSERCIÓN

Por otro lado y también desde un plano general, se ha dicho que el precepto compromete la seguridad jurídica ya que en su virtud, la pena no va a depender de los hechos cometidos sino de comportamientos del sujeto que no tienen nada que ver con los mismos<sup>105</sup>. En esta línea también se ha denunciado la anómala expansión de los efectos de la atenuante que se extienden sobre delitos completamente desconectados de la conducta colaboradora del sujeto, algo que resulta particularmente evidente si tenemos en cuenta la delación de otros responsables relativa a delitos en los que no ha intervenido el delator (Cuerda Arnau, 1995, pp. 357-399).

En relación con estas críticas se puede decir que no hay quiebra en la seguridad jurídica en la medida en que la posibilidad de atenuación está prevista por la ley que vincula la misma a la realización de determinadas conductas. Lo que no contribuye a la seguridad jurídica es el hecho de que

105. Así, entre otros, Lamarca Pérez, 2015, p. 880. Se ha llegado a decir incluso que en estos casos se rebaja la pena sobre la base de comportamientos que no son meritorios del bien jurídico protegido constitucionalmente (Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1153). Ello no resulta convincente toda vez que los comportamientos que recoge el art. 579 bis 3 CP fomentan la aplicación coactiva del Derecho penal y están orientados a evitar la comisión de delitos de terrorismo en el futuro y, al menos en parte, a proteger o reparar los bienes jurídicos afectados por el terrorismo, como ya se explicó.

la rebaja de la pena sea en todo caso potestativa. Es esa característica del precepto la que resulta problemática en este sentido y no que el mismo vincule la rebaja de pena a comportamientos que el mismo especifica, por mucho que estas conductas puedan no guardar relación directa con el delito cometido por el colaborador.

En lo que respecta a la otra cuestión apuntada, hay que decir que, desde un punto de vista dogmático, la delación de otros responsables no tiene nada que ver con el comportamiento delictivo llevado a cabo por el delator. No obstante, la cuestión cambia desde la perspectiva fenomenológica. Ya se ha dicho que el terrorismo importa sobre todo como forma de violencia colectiva, como fenómeno que pese a no englobar necesariamente a sujetos ligados por una estructura organizativa, entraña la realización de diferentes conductas que persiguen unos mismos objetivos o que al menos se inspiran en una misma ideología para conseguir aquellos a través de la violencia. Desde este prisma, sí se puede encontrar una ligazón entre la delación de los delitos de otros responsables y el delito cometido por el delator<sup>106</sup>.

Igualmente dentro de esta perspectiva general, se ha criticado el precepto por considerar que el mismo exige una transformación interna del sujeto que debe cambiar su ideología para ser destinatario de la rebaja de pena. Como hubo ocasión de comprobar *supra* ello no se corresponde con el tenor del precepto ni con los principios constitucionales que el mismo debe respetar<sup>107</sup>.

En un plano más específico, ha recibido muchas críticas el hecho de que una de las conductas de colaboración que se exigen de forma alternativa para que se pueda proceder a la rebaja de pena consista en la delación de otros responsables. Se ha considerado que es inmoral exigir este tipo de traición entre los que forman parte de un mismo grupo u organización<sup>108</sup>; que ello es contrario al principio de igualdad ya que solo los que ocupan posiciones de alto rango dentro de la organización podrán aportar

---

106. Ello es acorde con la opinión de ciertos sectores doctrinales que consideran que es necesario reinterpretar determinados institutos en el marco de la criminalidad organizada para justificar su alcance, concretamente aquellos que encuentran su base en comportamientos post-delictivos del sujeto que no se pueden conectar con el hecho delictivo que este cometió (Muñoz Conde, 1996, p. 152). Planteamiento este que también está presente en la jurisprudencia analizada (cfr. STS 977/2012, de 30 de octubre, entre otras).

107. Ver *supra* epígrafe 4.1. del presente Capítulo.

108. Objeción esta que procede de la época en la que se aprobó el antiguo art. 75 bis b) CP 1973 (para un estudio de estas críticas, Cuerda Arnau, 1995, p. 561; Faraldo Cabana, 2000, p. 294 y ss.), pero que sigue presente en la actualidad (Lamarca Pérez, 2015, p. 879).

las pruebas que exige el precepto<sup>109</sup>; que esta exigencia es contraria a la re-inserción porque el delator recibirá el rechazo por parte del entorno social al que regrese y también porque la inmoralidad de la delación afectará negativamente a su personalidad (Bueno Arús, 2005, pp. 95 y 96); que ello provoca además graves problemas procesales entre los cuales destaca la posible conculcación del principio de presunción de inocencia al convertirse en prueba de cargo una declaración interesada como pueda ser la delación<sup>110</sup>.

No obstante, estos planteamientos se pueden rebatir, al menos en parte, por varias razones.

En primer lugar y como ya han apuntado otros, no tiene mucho sentido preocuparse por la lealtad que deban guardarse entre sí los integrantes de una banda, grupo u organización terrorista para considerar amoral la «traición» que la delación entraña (Cuerda Arnau, 1995, pp. 561 y ss.). En este sentido, como indica Garro Carrera, es «conveniente desmitificar el valor de la solidaridad y fidelidad y asumir que no se trata de conductas encomiables ni de valores predicables en ámbitos en los que una adhesión inquebrantable a ellas conlleve serios daños a terceros» (Garro Carrera, 2013, p. 12).

Por otro lado, teniendo en cuenta el pragmatismo en el que se inspira el precepto como herramienta de lucha contra el terrorismo, es lógico que el mismo se destine a aquellos sujetos que más información tengan<sup>111</sup> sin que se advierta en ello una quiebra del principio de igualdad dado que la diferente posición que una persona ocupe en el seno de una organización criminal no es un factor que se pueda tener en cuenta en ese sentido<sup>112</sup>. Además, en relación con esta cuestión, se detecta quizá una interpretación un tanto exagerada de los requerimientos legales que no van más allá de

109. Así, entre otros, Cano Paños, 2015, p. 94; Lamarca Pérez, 2015, p. 879; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, 2005, p. 1153.

110. Sobre esta cuestión, ver, ampliamente, Cuerda Arnau, 1995, pp. 578-667. Más recientemente, Ortiz, 2017, pp. 43-46; Sánchez García de Paz, 2005, pp. 22-25.

111. Así lo considera, entre otros, Olmedo Cardenete, 2016, p. 1444.

112. Como indica Cuerda Arnau: «... la diferencia –real– que existe entre ambas clases de individuos es, desde el punto de vista del principio de igualdad, jurídicamente irrelevante. El art. 14 CE... reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no a imponer diferencias de trato cuando las diferencias que existan entre las situaciones de que se trate deban estimarse jurídicamente irrelevantes, esto es, cuando carezcan de sentido desde lo que es la finalidad que la norma cuestionada persigue que es, precisamente, lo que en este caso sucede» (Cuerda Arnau, 1995, p. 572). La autora resalta además lo descabellado que resulta el reprochar al legislador el que no tome en cuenta la desigualdad de situaciones cuando todas ellas son contrarias al ordenamiento jurídico.

aportar pruebas que permitan la «identificación o captura de otros responsables», lo cual no tiene por qué quedar reservado en todos los casos a quienes ocupen la cúspide de la organización terrorista<sup>113</sup>.

Tampoco tiene mucho sentido denunciar la quiebra del principio de proporcionalidad que implican las medidas premiales analizadas afirmando que lo que se puede obtener del colaborador no compensa la gravedad de sus delitos (Garro Carrera, 2013, p. 13). Ello porque precisamente estamos ante consideraciones de punibilidad que son necesariamente ajenas a la gravedad de los hechos y la culpabilidad del autor y que sin embargo, por todo lo apuntado, reducen la necesidad de exigir responsabilidad penal, así como la necesidad de la pena desde el punto de vista preventivo<sup>114</sup>.

En otro orden de cosas, no necesariamente el delator regresa a un entorno social hostil que lo concibe como un traidor. Ello se corresponde o se correspondía quizá con la realidad del terrorismo etarra pero no, por ejemplo, con la del terrorismo yihadista, teniendo en cuenta la variedad de perfiles de sus integrantes así como el entorno social de los mismos. En muchos casos la colaboración con las autoridades podrá justamente facilitar la integración en un medio social no radicalizado y contrario al empleo de violencia del que el sujeto procede<sup>115</sup>. Todo ello hace también dudar de

---

113. En los casos planteados *supra* sobre procesos de radicalización de personas jóvenes, no resulta descabellado pensar que los sujetos reclutados puedan aportar pruebas que permitan la identificación del individuo que les reclutó o incluso de otros compañeros reclutados. A este respecto, se detecta de nuevo ese afán de algunos sectores doctrinales por encontrar más dificultades o más trabas de las que la ley en efecto pone y al que se hizo referencia *supra*. De acuerdo con estas opiniones, pareciera que la ley exige del sujeto en todo caso un aporte probatorio necesario para que se pudiera proceder al desmantelamiento de la organización terrorista.

114. Se dice que el «principio de proporcionalidad remite a valorar si hay una adecuada relación entre la finalidad perseguida y los medios empleados para ello» (Garro Carrera, 2013, p. 13). En mi opinión lo afirmado va referido a la eficacia y no a la proporcionalidad, que alude más bien a que la gravedad de la pena se ajuste a la de los hechos cometidos y a la culpabilidad del autor, es decir, al injusto culpable. Por otro lado, la pena resulta eficaz cuando sirve para conseguir los fines que persigue, entre otros proteger bienes jurídicos. En la medida en que la colaboración del sujeto consiga en parte los fines a los que la pena se orienta, esta no resultará tan necesaria para la obtención de los mismos en tanto en cuanto estos ya se han conseguido aunque sea parcialmente. Es por eso que la exigencia de responsabilidad penal se podrá reducir y con ello la pena obviamente ya no guardará exacta proporción con el injusto culpable.

115. Solo hay que pensar en los casos documentados y tener en cuenta el considerable porcentaje de personas conversas de nacionalidad española que se involucran en actividades relacionadas con el terrorismo islámico (ver *supra* epígrafe 7.1. del presente Capítulo).

Por otro lado, no se debe olvidar que el radicalismo islámico favorable al empleo de violencia para lograr sus objetivos constituye un parte minoritaria aunque

que la delación haga mella en la personalidad del delator puesto que, más allá de que ello no cuente con respaldo empírico, el delator, en algunos casos, podrá regresar a un entorno social que le apoye.

Por último, los problemas procesales que se pueden derivar de las declaraciones inculpativas de coimputados se han resuelto, al menos en parte, desde hace casi dos décadas por el Tribunal Constitucional al exigir que dichas declaraciones fuesen corroboradas por actividad acreditativa adicional para que se les pudiese otorgar valor probatorio<sup>116</sup>.

En definitiva, se advierte que las objeciones que se han planteado contra el precepto analizado son hasta cierto punto rebatibles y que el mismo puede o podría resultar útil en la lucha preventiva contra el terrorismo<sup>117</sup>. Voces autorizadas e instrumentos internacionales consideran que su utilidad será mayor en momentos de crisis interna de las organizaciones terroristas como así sucedió en Irlanda, Italia o Alemania, países en los que, como hubo ocasión de comprobar, se implantaron mecanismos semejantes o en los que se incentivó la colaboración de los terroristas por otras vías<sup>118</sup>.

En cualquier caso, lo que no resulta nocivo es la existencia misma del precepto que, aunque mejorable en muchos aspectos, forma parte de las herramientas que necesita el orden punitivo para luchar contra un fenómeno tan complejo y tan relevante para la sociedad en su conjunto como es el terrorismo. Es decir, que no se trata de defender las medidas premiales como si las mismas constituyesen la única apuesta estatal en la lucha antiterrorista. Estas solo constituyen una herramienta más con la que en

---

significativa del entorno político, social y religioso de los países árabes y musulmanes que también engloba, entre otros componentes, a grupos religiosos y políticos igualmente integristas pero no violentos, a estados islámicos, como la República Islámica de Irán, y a formas de gobiernos laicas que están presentes en muchos estados del mundo árabe y musulmán. No obstante, la acción armada de estos movimientos, que se ha concretado en numerosos atentados tanto en los países árabes y musulmanes como en estados occidentales y que ha causado un elevadísimo número de muertes, ha tenido como consecuencia que la diversa y compleja realidad del mundo musulmán y árabe se asocie exclusiva o mayoritariamente con los mismos desde la perspectiva occidental, sobre todo desde la que reflejan los medios de información (Saleh Alkhalifa, 2007, pp. 3 y ss.).

116. Así es desde la STC 153/1997, de 29 de agosto. Para un análisis detenido de esta cuestión, ver ampliamente, Sánchez García de Paz, 2005, pp. 22-25; Cuerda Arnau, 2004, pp. 50 y ss.

117. En este sentido se manifiesta Faraldo Cabana, quien entiende que se trata de una solución coherente con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la evitación de futuros delitos. Faraldo Cabana, 2000, p. 297.

118. Sobre esta cuestión, ampliamente, Moral de la Rosa, 2005, p. 242; Cuerda Arnau, 2004, pp. 9 y ss. También ver *supra* epígrafe 2.2. del presente Capítulo.

determinados contextos y en determinadas circunstancias se pueden conseguir objetivos quizá de otro modo inalcanzables teniendo en cuenta la dificultad que entraña la persecución y castigo de los delitos de terrorismo cometidos a través de organizaciones o grupos criminales.

## 8. PROPUESTAS DE MEJORA

Gran parte de lo que se ha plasmado en el presente capítulo apunta a que el art. 579 *bis* 3 CP es ciertamente mejorable. Sin entrar a valorar cuestiones ajenas al plano puramente sustantivo que resultan igualmente relevantes y están también necesitadas de reforma<sup>119</sup>, son muchos los aspectos del precepto analizado que se podrían modificar para hacerlo más coherente con el fundamento pragmático que lo inspira lo que probablemente conduciría a que el mismo se aplicara con mayor frecuencia. También se insiste en dar más peso o introducir motivos de atenuación que pudieran tener relevancia desde el punto de vista preventivo y de protección de bienes jurídicos y de este modo atemperar, hasta cierto punto, lo que algunos consideran la excesiva carga utilitarista del precepto que resulta anómala en comparación con las reglas que rigen en materia de criminalidad común (Garro Carrera, 2013, pp. 17 y ss.)<sup>120</sup>. A mi modo de ver y teniendo en cuenta todo lo apuntado hasta ahora, la orientación utilitaria puede servir a los otros objetivos apuntados de manera que es posible identificar entre estos y aquella una cierta ligazón. No obstante, y en aras de la claridad expositiva, analizaré las diferentes cuestiones por separado.

### 8.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA PRAGMÁTICO

Son varios los aspectos que podrían facilitar la aplicación del precepto en la práctica.

En este sentido, se insiste en la necesidad de flexibilizar la exigencia relativa al momento del abandono, de manera que se pudiera premiar el que sucede con posterioridad a la detención e incluso durante la ejecución penitenciaria<sup>121</sup>, algo que además está presente en el Derecho comparado<sup>122</sup>.

119. Como el problema procesal relativo a las declaraciones inculpativas de imputados y el de la protección que el Estado ofrece al terrorista colaborador (García del Blanco, 2017, pp. 283-285; Ortiz, 2017, pp. 46-50; Sánchez García de Paz, 2005, pp. 19-22).

120. La autora se refiere al mayor peso que tienen otras consideraciones no estrictamente utilitarias en las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño.

121. Así, entre otros, Garro Carrera, 2013, p. 19; Quintanar Díez, 1996, p. 302.

122. Como hubo ocasión de comprobar (ver *supra* epígrafe 2.2.2. del presente Capítulo), el StGB permite aplicar la medida premial durante toda la instrucción, concretamente hasta que se dicta contra el sujeto lo equivalente al auto de apertura de juicio oral

Igualmente se apuesta por la conveniencia de prever una rebaja obligatoria de la pena que redujera el margen de discrecionalidad judicial<sup>123</sup>.

También se sugiere arbitrar una fórmula que permita valorar la colaboración del sujeto en atención a su posición dentro de la organización a fin de que los que ocupen un rango de menor importancia dentro de la misma no queden excluidos del ámbito de la atenuante (Garro Carrera, 2013, pp. 20 y 21). En este orden de cosas se sugiere que el riesgo que asume el sujeto con su colaboración se valore como criterio de ponderación de la misma (*ibidem*, p. 21).

Todas estas propuestas son respetuosas con las recomendaciones reflejadas en los instrumentos internacionales analizados *supra* (ver epígrafe 2.1 del presente Capítulo) y algunas de las mismas están ya presentes en otros ordenamientos, sobre todo lo relativo a la previsión más flexible del momento del abandono (ver *supra* epígrafe 2.2. del presente Capítulo).

## 8.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y LA PREVENCIÓN

Se considera igualmente conveniente prever las conductas de colaboración con las autoridades prescindiendo de la fórmula de *numerus clausus* así como añadir nuevas conductas a las ya existentes siempre que las mismas fuesen relevantes desde el punto de vista preventivo especial y estuviesen orientadas a la reparación del daño de forma que se pudiesen satisfacer, al menos en parte, los intereses de las víctimas. A este respecto se insiste en que «el papel de la reparación de la víctima en esta clase de delito no queda adecuadamente resuelto en las disposiciones premiales vigentes» (Garro Carrera, 2013, p. 20).

En relación con esta propuesta, es importante plantear algunas consideraciones. En primer lugar es necesario tener claro, por lo que ya expliqué, que la actual regulación no es incompatible con los intereses de la víctima en la medida en que incentiva conductas que pueden resultar reparadoras del daño que les provocan los delitos de terrorismo, tales como el esclarecimiento de los hechos y la identificación de otros responsables. Por otro lado, me parece complicado pensar en comportamientos distintos de los descritos que pudieran tener esa virtualidad reparadora y que

---

(art. 632 LECrim). Similar previsión se puede encontrar en el derecho argentino (Abo-so, 2017, pp. 113 y ss.). Por su parte, el ordenamiento italiano, extiende el margen temporal hasta abarcar incluso la ejecución penitenciaria (ver *supra* epígrafe 2.2.1. del presente Capítulo).

123. Algo que plantean, entre otros, Garro Carrera, 2013, p. 19 y Cuerda Arnau, 1995, p. 508 y ss.

no corran el riesgo de quedarse en declaraciones de mero valor simbólico cuando no interesado, como pudiera ser la petición de perdón o el mero reconocimiento del daño causado que se prestaran a cambio de beneficios premiales<sup>124</sup>. Asimismo, recurrir a una fórmula de *numerus apertus* puede entrañar el riesgo de aumentar la inseguridad jurídica en un ámbito tan polémico.

Con todo y siguiendo este planteamiento doctrinal, quizá podría resultar útil la alusión a algunos de los comportamientos a los que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 90 y que permiten un adelantamiento de la concesión de la libertad condicional para todos los presos a excepción, entre otros, de los condenados por terrorismo (art. 90.8 CP). Sobre esta cuestión volveré en el apartado siguiente para enfocarla desde otro punto de vista. En este momento, me parece oportuno hacer alusión a alguno de los referidos comportamientos, como puede ser «*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas*» al que alude el último párrafo del apartado 2 del art. 90 CP. Semejante conducta sí que puede implicar un compromiso de reparación del daño causado a las víctimas y de asunción de la responsabilidad que quizá resulte mucho más satisfactorio que la mera petición de perdón o reconocimiento del daño causado. Como explico en el apartado siguiente, es de lamentar que el legislador haya perdido la ocasión de incentivar estos comportamientos al excluir, entre otros, a los condenados por terrorismo de estas previsiones que en mi opinión constituyen materialmente medidas premiales y que, entre otras cosas, podrían redundar en el interés de las víctimas.

### 8.3. ¿ES CONVENIENTE INTRODUCIR MEDIDAS PREMIALES EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA?

De todos los aspectos comentados, entiendo que el más necesitado de reforma es el relativo al margen temporal en el que puede tener lugar el abandono y las conductas de colaboración con las autoridades, a fin de que las mismas permitan la aplicación de la medida premial. Por todo lo apuntado, considero que estas circunstancias pueden tener valor cuando se producen tras la detención e incluso durante la ejecución penitenciaria tanto desde el punto de vista pragmático, como desde el punto de vista de protección de bienes jurídicos y de necesidad preventiva. Es verdad que,

---

124. Como ya se puso de manifiesto *supra* (Capítulo I, epígrafe 3.1.3. nota al pie n.º 74) la experiencia demuestra que este tipo de comportamientos suelen tener verdadero efecto reparador cuando se producen en el seno de encuentros restaurativos y de manera desinteresada. Al respecto ver también, Pascual Rodríguez/Ríos Martín, pp. 432-436.



como ya he explicado, tales conductas tienen más valor cuando se inician estando el sujeto en libertad (Cuerda Arnau, 1995, p. 424) pero ello no es lo que normalmente sucede en la práctica. Además, esta circunstancia no debería servir como pretexto para privar al sujeto de cualquier posibilidad de reconocer los hechos y tratar de colaborar con las autoridades, lo que supondría «tratarle como un objeto estático que puede ser etiquetado definitivamente como irreductible» (Garro Carrera, 2013, p. 22). En esta postura se advierten de nuevo rasgos de esa política criminal inspirada en el Derecho penal del enemigo incompatible con el consabido mandato constitucional del art. 25.2 CE que exige que las penas privativas de libertad se orienten a la reeducación y reinserción social.

El ámbito de la ejecución penitenciaria constituye por tanto un espacio en el que se pueden introducir importantes y, a mi modo de ver, necesarias modificaciones. En la actualidad como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo de forma reiterada, a los presos por terrorismo se les exige colaborar con las autoridades y renunciar al menos formalmente a su credo ideológico (no solo a la violencia como forma de conseguir sus objetivos políticos, sino también a los objetivos mismos) como requerimientos adicionales para acceder al tercer grado o a la libertad condicional<sup>125</sup>. No estamos, por tanto, ante una medida premial, sino ante un endurecimiento de la ejecución penitenciaria para acceder a tramos de la misma absolutamente imprescindibles desde el punto de vista de la reinserción. Las graves objeciones que suscita esta normativa ya han sido puestas de manifiesto en este y otros muchos trabajos<sup>126</sup> por lo que no es momento ahora de detenerse en ellos, más allá de nombrarlas para plantear una reforma que implique la introducción de una verdadera medida premial en el ámbito penitenciario sin los inconvenientes de inconstitucionalidad que presenta la vigente normativa en relación con los sujetos condenados por delitos de terrorismo.

Desde estas líneas y consciente de la necesidad de reflexionar con mayor profundidad y detalle sobre ello a fin de valorar todas sus implicaciones, propongo iniciar un debate sobre la posibilidad de arbitrar un sistema que permita adelantar el acceso al tercer grado o la concesión de

125. Ver *supra* Capítulo I, epígrafe 3.1.3. nota al pie n.º 74. Algo que además, como ya se advirtió, va en detrimento de la utilidad del art. 579 *bis* 3 CP, en la medida en que desincentiva la colaboración por parte del sujeto toda vez que esa misma colaboración se le va a exigir después cuando se ejecute la pena, además de otros requerimientos (Cuerda Arnau, 2004, p. 28).

126. Solo por citar algunos a los que ya me he referido: García del Blanco, 2017, p. 286; Núñez Fernández, 2014, pp. 58 y ss.; Faraldo Cabana, 2004, p. 305; Cuerda Arnau, 2004, p. 28 y ss.

la libertad condicional a los presos condenados por terrorismo que se desvinculen de la organización terrorista, renuncien al empleo de la violencia para alcanzar fines políticos, reconozcan los hechos cometidos, colaboren con las autoridades de cualquiera de las formas que prevé el art. 579 bis 3 CP<sup>127</sup>, y/o participen de forma efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas. Es decir, propongo abrir un debate sobre la posibilidad de incorporar, de forma similar a como se ha hecho en Italia, una verdadera medida premial en el ámbito de la ejecución penitenciaria que no exija la renuncia ideológica del sujeto más allá de lo que implica el rechazo a la violencia como forma de lucha política y la desvinculación del grupo terrorista al que hubiera pertenecido.

Se trata de algo que en cierto modo ya existe para el resto de los presos teniendo en cuenta los regímenes privilegiados de concesión de libertad condicional regulados por los apartados 2 y 3 del art. 90 CP, de los que quedan excluidos, entre otros, los presos condenados por terrorismo en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 8 del art. 90 CP<sup>128</sup>. En este sentido, la reforma propuesta supondría simplemente extender el ámbito subjetivo de aplicación de estos regímenes, con las particularidades que fuese preciso introducir<sup>129</sup>, lo que no implica una modificación sustancial de la ejecución penitenciaria que además, con este cambio, resultaría más coherente con el mandato constitucional de reinserción y consecuentemente se alejaría de la lógica del Derecho penal del enemigo.

---

127. A este respecto podría resultar útil tomar como referente el concepto normativo de disociación que prevé la ley italiana n.º 34, de 18 de febrero de 1987 (ver *supra* epígrafe 2.2.1. del presente Capítulo y nota al pie n.º 15).

128. Efectivamente, en virtud de los apartados 2 y 3 cabe adelantar la concesión de la libertad condicional por circunstancias que apuntan a una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial de vertiente resocializadora como por ejemplo, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas. ¿No estamos, desde un punto de vista material, ante una medida premial por comportamientos post-delictivos positivos que mejoran el pronóstico de peligrosidad del sujeto y al tiempo redundan en la protección del bien jurídico en atención a su naturaleza reparadora del daño causado?, ¿no se trata acaso de comportamientos ajenos a la gravedad de los hechos cometidos y a la culpabilidad de su autor?; ¿por qué no aplicar estos regímenes a presos por terrorismo con las particularidades que a tal efecto se consideren necesarias? Como puse de manifiesto en el apartado anterior, la exclusión de presos por categorías delictivas no resulta en absoluto coherente con el mandato constitucional relativo a la reinserción ni con los principios que informan nuestro sistema penitenciario (progresivo y de individualización científica en virtud del art. 1 LOGP) y supone desperdiciar una buena ocasión para incentivar comportamientos necesarios y deseables.

129. Habría que tener en cuenta, entre otras cosas, la LO 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima*. Sobre el nuevo papel de la víctima en materia de ejecución penal ver, entre otros muchos, García del Blanco, 2017, pp. 290 y ss.

Creo que el momento que vivimos en España es adecuado como para plantear algo así, sobre todo si pensamos en el terrorismo de ETA y la situación actual de la banda. El escenario recuerda, en cierto modo, a los que se vivieron en Italia y en Alemania hace unas décadas y en los que las medidas premiales resultaron eficaces para la desarticulación e incluso disolución de algunos grupos terroristas (ver *supra* epígrafe 2.1.1. del presente Capítulo).

Hoy día algunas fuentes afirman que hasta 324 asesinatos de ETA no tienen todavía autor conocido ni condenado<sup>130</sup>, cuando han pasado casi 6 años desde que la banda anunciara el cese definitivo de su actividad el pasado 20 de octubre de 2011<sup>131</sup>. Algunos consideran que la entrega de armas que esta organización terrorista llevó a cabo recientemente a las autoridades francesas, no va a ayudar a esclarecer los hechos dado que es muy probable que las huellas y restos de ADN que hubiera en las mismas se hayan borrado. Más allá de que muchos dudan del carácter cabal y honesto de esta entrega<sup>132</sup>, se explica que, en el mejor de los casos, se podrá vincular arma con asesinato pero no arma con asesino<sup>133</sup>. Por otro lado, al parecer ETA ha lanzado la consigna a sus presos de no cumplir los requisitos que hoy día se exigen para acceder al tercer grado y a la libertad condicional y, al tiempo, pide la mejora de sus condiciones de cumplimiento de condena, entre otras, su traslado a cárceles del País Vasco. La postura oficial del Gobierno es radicalmente contraria a estas reivindicaciones y desde esta instancia se aboga por un «fin de ETA sin impunidad»<sup>134</sup>.

Así, son varias las circunstancias de la situación actual que se deben tener en cuenta: el elevado número de crímenes sin resolver, el transcurso de casi 6 años desde el cese oficial de la actividad armada de ETA y

130. Así lo expuso Carmen Ladrón de Guevara, abogada de la Asociación de Víctimas del Terrorismo en 2011 [<http://www.elmundo.es/espana/2017/04/10/58ea8893e2704e02178b45a6.html> (último acceso el 21 de abril de 2017)].

131. De ello dan muestra muchas noticias de prensa [[http://politica.elpais.com/politica/2011/10/19/actualidad/1319056094\\_153776.html](http://politica.elpais.com/politica/2011/10/19/actualidad/1319056094_153776.html) (último acceso el 21 de abril de 2017); <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html> (último acceso el 21 de abril de 2017)].

132. <http://www.elmundo.es/espana/2017/04/24/58fce31c22601da7448b457f.html> (último acceso el 24 de abril de 2017); [http://www.elconfidencial.com/espana/2017-04-11/analisis-armas-eta-sin-huellas-nunca-disparadas\\_1364773/](http://www.elconfidencial.com/espana/2017-04-11/analisis-armas-eta-sin-huellas-nunca-disparadas_1364773/) (último acceso el 24 de abril de 2017).

133. Así lo explicó, al parecer, la letrada Carmen Ladrón de Guevara [<http://www.elmundo.es/espana/2017/04/10/58ea8893e2704e02178b45a6.html> (último acceso el 21 de abril de 2017)].

134. <http://www.abc.es/20110213/espana/abci-vasco-final-impunidad-201102131650.html> (última visita el 22 de abril de 2017).

la posibilidad de su próxima disolución<sup>135</sup>. En este contexto quizá habría que plantearse si la aplicación de medidas premiales a los presos de ETA podría contribuir a esclarecer al menos parte de los asesinatos sin autor conocido, agilizar la disolución del grupo terrorista<sup>136</sup> y dar respuesta resocializadora a algunos de sus presos a través de fórmulas que también tengan en cuenta los intereses de las víctimas. Habrá quienes vean en esto una claudicación intolerable del Estado de Derecho y volverán a poner de manifiesto las múltiples críticas que han suscitado las medidas premiales y que fueron analizadas *supra*. Desde un punto de vista más pragmático, también se puede pensar que el resultado de las delaciones podría terminar con la detención, enjuiciamiento y potencial codena de terroristas huidos, lo que podría dificultar el aún incierto proceso de disolución de la banda por las presiones que los «nuevos condenados» podrían ejercer sobre la misma. Con todo, esta objeción no resulta muy convincente teniendo en cuenta la más que débil situación en que la ETA parece encontrarse desde hace tiempo<sup>137</sup>.

En cualquier caso, soy consciente de la complejidad del problema e ignoro cuál podría ser la mejor fórmula para abordarlo. Aun así, mantener la situación actual so pretexto de evitar «la impunidad» parece falaz, dado que nada hace pensar que los asesinatos sin respuesta se vayan a resolver con la estricta aplicación de la legalidad vigente. La experiencia apunta justamente a lo contrario. Además es importante volver a insistir en que la medida premial no es sinónimo de «impunidad fáctica» y menos si se aplica en el ámbito penitenciario pues necesariamente afectaría personas que han cumplido ya parte de su condena en prisión mejorando las condiciones de ejecución de la misma. En este caso, ni si quiera se puede hablar de una «impunidad legal o normativa» en sentido estricto, dado que la mejora en las condiciones de ejecución penitenciaria no altera la pena impuesta. El sujeto sigue condenado pese a ser clasificado en el tercer grado o haber accedido a la libertad condicional. Además, mientras dure la

135. Sobre esta cuestión versan muchas noticias publicadas recientemente en la prensa: [<http://www.elmundo.es/espana/2017/04/10/58ea6ca7e2704ea0428b45e4.html> (último acceso el 22 de abril de 2017); [http://politica.elpais.com/politica/2017/04/16/actualidad/1492334006\\_378057.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/04/16/actualidad/1492334006_378057.html) (último acceso el 22 de abril de 2017)].

136. Circunstancias muy similares en Alemania abocaron a la disolución del RAF en 1998 (Cano Paños, 2017, p. 18).

137. De hecho se dice que la difusión que ETA ha dado a la entrega de las armas y la manera en que ha escenificado la misma, forma parte de una estrategia para ocultar la situación de debilidad en la que realmente se encuentra la banda [<http://www.elmundo.es/espana/2017/04/24/58fce31c22601da7448b457f.html> (último acceso el 24 de abril de 2017); [http://www.elconfidencial.com/espana/2017-04-11/analisis-armas-eta-sin-huellas-nunca-disparadas\\_1364773/](http://www.elconfidencial.com/espana/2017-04-11/analisis-armas-eta-sin-huellas-nunca-disparadas_1364773/) (último acceso el 24 de abril de 2017)].

condena, estos estados son revocables si se quebrantan las condiciones a las que se sometieron los mismos (art. 86 CP). Los efectos por tanto y por otro lado, son mucho más limitados que los previstos en el modelo italiano y alemán que permiten, en determinados supuestos, hasta la exención de pena.

De todos modos, evidentemente no se trata de limitar la aplicación de una posible reforma penitenciaria como la planteada a los terroristas de una determinada organización, sino que la idea es que la misma se aplique con carácter general por la utilidad que pueda tener en la lucha anti-terrorista y por su coherencia con un modelo penitenciario de verdadera orientación resocializadora ajustado a los mandatos de la Constitución.



# UNIDAD 4

## **DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL**





# Competencias

- Analizar las principales características del delito de traición a la patria en el contexto penal peruano, comprendiendo sus fundamentos teóricos.



## **PRIMERA LECTURA**

**García Navarro, E. (2020).** Atentados contra la independencia e integridad del Estado. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 51-65.

El delito de atentados contra la independencia e integridad del Estado se encuentra previsto en el artículo 325 del Código Penal, sancionándose a quien practique un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma. Se protegen los intereses nacionales del Estado como ente con personalidad jurídica frente a la comunidad internacional (seguridad exterior).



Edward García Navarro

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Tomo I

Parte Especial del Derecho Penal

Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional

Los Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional

Delitos contra la Voluntad Popular

Parte General de los Delitos contra la Administración Pública

Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares



Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos  
y jurisprudencias

con códigos QR y  
códigos Bitly en la obra



EDITORIAL  
IUSTITIA



EDWARD GARCÍA NAVARRO

# DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo I



I U S T I T I A

Primera edición: julio de 2020

© 2020, Derecho Penal • Parte Especial  
Tomo I

© 2020, Edward García Navarro

© 2020, Editorial Justitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e impresión**

Editora Grijley E. I. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y diagramación**

Libia Huamali Sánchez

**Tiraje:** 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2020-03934

Registro del Proyecto Editorial: 31501012000246

ISBN: 978-612-4362-24-8

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.



## ATENTADOS CONTRA LA INDEPENDENCIA E INTEGRIDAD DEL ESTADO

(Artículo 325, Código Penal)

**SUMARIO:** §1. Descripción, fuente y antecedentes legales. §2. Bien jurídico protegido. §3. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §4. Imputación subjetiva. §5. Ampliación de la imputación. 5.1. Consumación y tentativa. 5.2. Autoría y participación. 5.3. Concurso de imputaciones. §6. Justificación. §7. Imputación personal. §8. Pena.

### §1. DESCRIPCIÓN, FUENTE Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **atentados contra la independencia e integridad del Estado** se encuentra previsto en el **artículo 325** del Código Penal conforme al siguiente texto legal: 90.  
Art. 235

*«El que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años».*

La fórmula legal tiene como **fuente** al texto del artículo 230.1 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal suizo de 1918<sup>(40)</sup>, que es la misma que acogió su antecedente inmediato, el artículo 289 del Código Penal de 1924<sup>(41)</sup>. Entre sus **antecedentes nacionales** se encuentran el artículo 108.1 y 3 del Código Penal de 1863<sup>(42)</sup>; el artículo 126.1 del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 1877; el artículo 287 del Proyecto de Código Penal de 1916; el artículo 573.1 del Anteproyecto de Código Penal de 1927, y el artículo 426.1 del Proyecto de Código Penal de 1928.

91.  
Fuente y  
antecedentes  
legales

<sup>(40)</sup> «El que haya cometido un acto tendiente a interferir con la independencia de la Confederación o pone en peligro su independencia, a provocar de parte de una potencia extranjera una interferencia en los asuntos de la Confederación que puedan poner en peligro su independencia».

<sup>(41)</sup> «El que practicare un acto dirigido a someter la República en su totalidad o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma».

<sup>(42)</sup> «Cometen delito de traición: 1. El peruano que entregue o trate de entregar su patria a una potencia extranjera (...) 3. El peruano que entregue a otro Estado algún departamento, provincia o distrito, desmembrándolo del territorio nacional».

## §2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

92. Bien Jurídico Se protegen los intereses nacionales del Estado como ente con personalidad jurídica frente a la comunidad internacional (seguridad exterior)<sup>(43)</sup>, es decir, la tutela se asienta en sus principales elementos constitutivos: soberanía, independencia e integridad. De hecho, en el tipo penal se alude una mayor preponderancia de la protección en la soberanía, independencia e integridad del Estado<sup>(44)</sup> <sup>(45)</sup>. Así, ÁNGEL GUSTAVO CORNEJO planteaba que se tiene por «objeto la incriminación de los atentados contra la independencia e integridad de la República, vale decir, contra su existencia, que necesariamente quedaría afectado si se le sometiera, en todo o en parte, a la dominación extranjera, o si se le desmembrase declarando independiente una de las regiones que la integran: la independencia es la base de la normalidad del Estado»<sup>(46)</sup>. Entre los autores italianos, SILVIO RANIERI señalaba que el objeto jurídico «es el interés del Estado tanto por la integridad de su territorio, por su independencia y unidad, como por la conservación de sus relaciones internacionales normales, de la autonomía de sus decisiones y de su libertad frente a injerencias extranjeras»<sup>(47)</sup>. Por ello, se presenta esta forma delictiva (modalidad típica de **traición a la Patria**) como la más grave en relación con los delitos contra el Estado; ya que su objeto de ataque recae en los elementos base para la existencia estatal: la soberanía, la independencia y la integridad<sup>(48)</sup>.

## §3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

93. Sujeto activo En principio, cualquier persona física puede ser **sujeto activo** de este delito, esto en razón de que el texto penal solo hace referencia a la expresión *el que* sin hacer mención de algún calificativo específico (**delito de dominio**)<sup>(49)</sup>. Pero a esta regla general es

<sup>(43)</sup> Vid. TAZZA II, 2018, p. 609; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 22; BOUMPADRE 2, 2004, p. 395; TERRAGNI III.II, 2012, p. 235; RAIMONDI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1037; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 573; BASILICO/VILLADA *et al.*, 2019, p. 775.

<sup>(44)</sup> Cfr. CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 8; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 711; ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 216; MOMETHIANO, 2003, p. 696. Vid. MAGGIORE III, 1955, p. 38; MANZINI 6.I, 1957, p. 29; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 616; GÓMEZ V, 1941, p. 267; CREUS II, 1996, p. 135; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 22; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1384; CAMPOS, 1946, p. 88; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 13; HARB II, 1996, p. 11; VILLAMOR LUCIA II, 2007, p. 4; VALENCIA, 2007, p. 217; GONZÁLEZ DE LA VEGA I, 2003, p. 515.

<sup>(45)</sup> Algunas legislaciones resaltan el componente normativo de la *integridad* del Estado: artículo 412-1 del Código Penal francés, artículo 455 del Código Penal colombiano, artículo 410 del Código Penal nicaragüense y artículo 350 del Código Penal salvadoreño. Otras legislaciones coinciden en los componentes «*independencia*», «*integridad*» y «*unidad*»: artículo 241 del Código Penal italiano y artículo 132.1 del Código Penal uruguayo. Algunas legislaciones identifican a los componentes «*integridad*» e «*independencia*»: artículo 360 del Código Penal guatemalteco y artículo 91 del Código Penal cubano.

<sup>(46)</sup> CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 8.

<sup>(47)</sup> RANIERI III, 1975, p. 9.

<sup>(48)</sup> Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 38.

<sup>(49)</sup> Esta expresión legal es acogida ampliamente en la legislación comparada, debiendo hacer mención especial al parágrafo 82.1 del Código Penal alemán, el artículo 241 del Código Penal italiano y

menester precisar ciertas circunstancias. La referencia singular del sujeto activo permite la imputación individualizada<sup>(50)</sup>, pero, por la intensidad de injusto, es habitual que se tenga una imputación plural de sujetos activos. MARCO ANTONIO TERRAGNI considera que «no cualquier persona tiene el poder suficiente como para colocar la Nación bajo el dominio extranjero o poner en peligro su independencia o su integridad<sup>(51)</sup>».

Ya que el texto legal no precisa la **nacionalidad** que pueda ostentar el sujeto activo, entonces, no hay problemas en la imputación contra un ciudadano peruano o un extranjero<sup>(52)</sup> (ningún tipo de desigualdades o privilegios); aunque resulta cierto lo afirmado por ANSELM VON FEUERBACH, en el cual el nacional —traidor de una patria— genera mayor injuria que el de un extranjero<sup>(53)</sup>. No obstante, al tratarse de un nacional funcionario o servidor público, la respuesta punitiva se agrava conforme al artículo 46-A del Código Penal. Atendiendo a que nos encontramos ante un delito de dominio (delito común), dejamos de lado la **concepción germánica** de la traición —en la que solo eran considerados sujetos activos los nacionales, ya que estos delitos van a implicar siempre la ruptura del vínculo de fidelidad (*untreire*)—, y asumimos la **concepción romana** donde el ámbito de agentes se hace extensivo a los extranjeros; aunque, en nuestro caso, sin establecer privilegios penales como suele suceder con la **concepción española**<sup>(54)</sup>. En ese sentido, si bien se equipara la figura delictiva como una traición a la patria, la comisión del delito también se extiende a los extranjeros y, por ende, el sujeto activo no siempre es un *traidor*.

Un **nacional** es aquella persona natural que ha obtenido la nacionalidad peruana. Esta **nacionalidad** debe haber sido obtenida por origen, naturalización u opción. La primera se obtiene (**nacionalidad de origen**): **a.** tan solo por nacer dentro del territorio peruano (*ius soli*); **b.** los menores en estado de abandono que residen en el Perú con padres desconocidos, y **c.** por ser hijos de padres de nacionalidad peruana que se inscriben como tales durante su minoría de edad (*ius sanguínis*) (artículo 2, Ley n.º 26574). La segunda es aquella derivada de la decisión propia del extranjero que ya tiene residencia en territorio peruano (**nacionalidad por naturalización**) y cumple los requisitos establecidos en los artículos 3 de la Ley n.º 26574 (*i.* residir legalmente en territorio nacional por lo menos dos años consecutivos. *ii.* ejercer regularmente una profesión, arte, oficio o actividad empresarial. *iii.* carecer de

el artículo 266 del Código Penal suizo. Otros modelos legislativos precisan como agravante la condición de funcionario público: artículo 241 del Código Penal italiano («si el hecho es cometido violando el deber inherente en el ejercicio de las funciones públicas»), artículo 412-1 del Código Penal francés («cuando el atentado sea cometido por una persona depositaria de la autoridad pública») y artículo 425 del Código Penal panameño («cuando la conducta descrita fuera realizada por un servidor público»).

(50) Vid. PABÓN PARRA, 1994, p. 252; VALENCIA, 2007, p. 216.

(51) TERRAGNI III.II, 2012, p. 240.

(52) Vid. CHIRINOS SOTO, 2004, p. 712.

(53) FEUERBACH, 1980, p. 140.

(54) Cfr. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 672. Vid. TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 46.

94.  
Nacionalidad

95.  
Tipos de  
nacionalidad

antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral)<sup>(55)</sup>. La tercera es la **nacionalidad por opción** y la obtienen las personas que toman la decisión de ser peruanos (artículo 4, Ley n.º 26574): **a.** extranjeros residentes en el Perú desde los cinco años y que, al momento de alcanzar la mayoría de edad, manifiesta su voluntad de ser peruanos. **b.** extranjeros casados con nacionales por lo menos dos años. **c.** los nacidos en el extranjero de padres peruanos que no se han inscrito como tales en su minoría de edad. Mientras no haya una cobertura legal de un concepto penal del nacional y del extranjero, nos ceñimos a lo establecido en la Ley n.º 26574.

96.  
Extranjero

Un **extranjero**, como es lógico, es la persona que no tiene nacionalidad peruana. Se suele hablar de **traición impropia a la Patria** si es cometido por el extranjero. Es indiferente que el extranjero resida<sup>(56)</sup> o no en nuestro territorio<sup>(57)</sup>, o que tenga o no un deber funcional o laboral para con el Estado peruano. «El extranjero sin vínculo alguno no debe obediencia a la Constitución ni lo atan sus leyes, pero como habitante de una comunidad universal, el orden jurídico internacional le obliga a respetar su independencia»<sup>(58)</sup>. En comparación con los Códigos Penales de 1991 y 1924, el viejo Código Penal de 1863 (artículo 114) señalaba expresamente a los extranjeros como agentes delictivos, fueran transeúntes (turistas) o domiciliados. En algunas legislaciones (*v. gr.*, Código Penales de Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Uruguay) se acoge una fórmula especial para los extranjeros con sanciones penales menores a la de un nacional. En nuestro caso, es factible la reducción de la pena, pero dentro del marco punitivo establecido por ley. Debe tenerse presente que la mención del extranjero como sujeto activo no implica atribuirle deberes propios de una nacionalidad ajena, como así lo ha establecido la Sentencia, del 30 de mayo de 1999, de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (*Caso Castillo Petruzzi y otros*)<sup>(59)</sup>. Por

<sup>(55)</sup> Inclusive, existe en otras legislaciones la previsión como delito de traición a la Patria quien obtenga la nacionalidad siguiendo procedimientos ilícitos. *Vid.* artículo 310-B del Código Penal hondureño.

<sup>(56)</sup> En sentido contrario: NÚÑEZ, 1999, p. 375; LEÓN PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 172; MOMETHIANO, 2003, p. 696. En el Código Penal costarricense (artículo 287), el Código Penal nicaragüense (artículo 411) y el Código Penal guatemalteco (artículo 361) solo se imputan a extranjeros residentes en territorio nacional.

<sup>(57)</sup> Mención especial es el artículo 136 del Código Penal uruguayo que permite calificar como sujeto activo al extranjero que vive fuera del territorio nacional, mas no en el país enemigo. *Cfr.* SOSA DÍAS, 1979, p. 47.

<sup>(58)</sup> FERREIRA DELGADO, 2006, p. 602.

<sup>(59)</sup> «Cualesquiera consecuencias jurídicas inherentes a ella, existen solamente con respecto a Chile y no al Perú, y no se alteran por el hecho de que se aplique un tipo penal denominado traición a la patria, lo cual solo plantea el problema de un *nomem juris* que el Estado utiliza en su legislación, y sin que ello suponga que los inculpados adquieran deberes de nacionalidad propios de los peruanos» (fundamento 102). Este argumento desestimó lo planteado por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que estableció que el delito de traición a la patria «es un delito especial, en el sentido de que está dirigido a una categoría particular de personas (...); es decir, es un tipo penal dirigido a una persona que ostenta la nacionalidad del país» (fundamento 97).

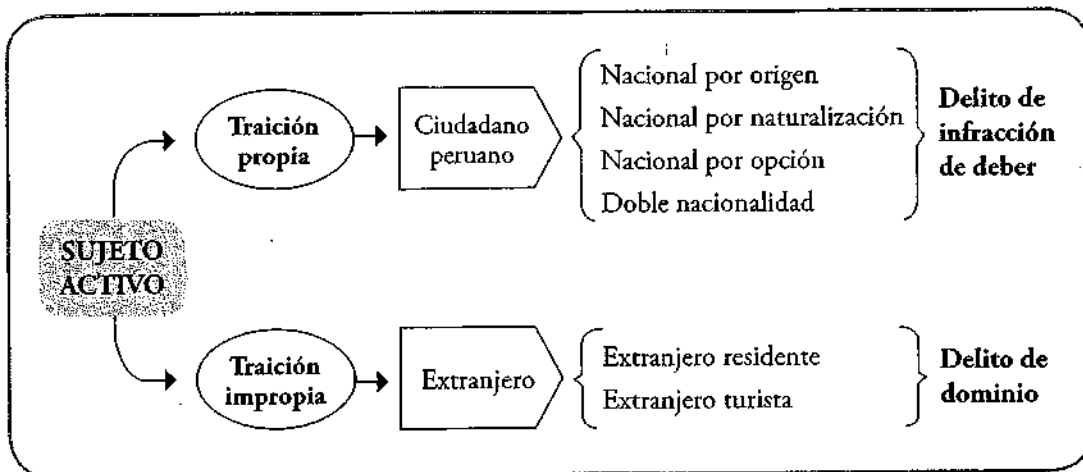
ello, es importante distinguir las sanciones penales del nacional y del extranjero al momento de su individualización.

Los casos de **doble nacionalidad** (artículo 9, Ley n.º 26574) no generan ningún tipo de problemas en la imputación típica. Sea una persona que tenga nacionalidad peruana, y a la vez otra extranjera, es apta para ser calificada como sujeto activo. Debe tenerse presente el lugar de residencia, ya que si la persona no reside en el Perú, conforme al artículo 10 de la Ley n.º 26574, solo se le puede exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones del país donde vive. Si bien en ambos casos cabe la imputación, no obstante, sirve la misma para la delimitación de la pena.

97.  
Doble nacionalidad

No tiene interés penal la suspensión de la ciudadanía, pero la pérdida de la nacionalidad si bien no acarrea problemas de tipicidad<sup>(60)</sup>, sí nos llevaría a delimitar la pena individualizada por la ausencia del deber que tienen los nacionales con su Patria. En todo caso, se le trataría como un extranjero<sup>(61)</sup>.

98.  
Pérdida de ciudadanía



Por otro lado, sean nacionales o extranjeros, si estos integran las **fuerzas armadas o policiales** (militares y policías nacionales) de nuestra Patria, quedan excluidos del ámbito de autores si durante la comisión delictiva se encontraban en cumplimiento de sus funciones<sup>(62)</sup>. Los **militares o policías extranjeros** muy bien pueden ser considerados agentes delictivos, pero no los **militares o policías nacionales** a los cuales se les aplica los tipos penales previstos en el Código Penal Militar Policial (artículos 58 y 59), siempre que el ilícito se cometió en el ejercicio de sus funciones. Así, un militar o policía que no se halle en servicio o haya renunciado, o ha sido despedido o expulsado, de las fuerzas armadas o policiales es un ciudadano común capaz de ser considerado sujeto activo para este delito.

99.  
Militar y policía

<sup>(60)</sup> Vid. CAMAÑO ROSA, 1967, p. 16.

<sup>(61)</sup> CAMPOS, 1946, p. 94.

<sup>(62)</sup> Vid. CHOCLÁN MONTALVO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 680; CAMPOS, 1946, p. 95.

100. Sujeto pasivo Es evidente que solo el Estado peruano puede ser calificado como **sujeto pasivo** del delito. Si bien el texto penal hace alusión a la «*República*», que es la forma de gobierno vigente, se debe entender al Estado peruano<sup>(63)</sup>. A diferencia de otras legislaciones (como el Código Penal español de 1995), no hay posibilidad de que otros Estados ingresen al círculo de sujetos pasivos.
101. Traición a la Patria Nos encontramos frente a una de las formas más graves de los delitos de traición a la patria<sup>(64)</sup>. La **traición** conlleva a la idea de una conducta desleal, de quebrantamiento de la fe y la confianza, traducida en actitudes de entrega<sup>(65)</sup>. Etimológicamente, dicha palabra se deriva de la expresión *traditio* (traición) y *traditor* (traidor), siendo que ambas expresiones derivan del latín *traditiore* —término que se deriva del vulgar *tradere*— que significa *entregar*. Todo acto de vulneración del **deber de lealtad y fidelidad nacional** lleva aparejada la idea de *traición*<sup>(66)</sup>, por eso se ha estimado resaltar dicho deber como uno especial (proveniente de su vinculación con el Estado, por la nacionalidad) queriendo, con ello, entender que nos encontramos ante un **delito de infracción de deber propio** exclusivo para peruanos o, mejor dicho, un delito de deber del ciudadano peruano<sup>(67)</sup>. Dicho deber se rescata del artículo 38 de la Constitución Política: «*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y*

(63) El Proyecto de Código Penal de 2016 (artículo 501) reemplaza acertadamente el término *República* por el de *Estado peruano*. En la legislación comparada, algunos identifican al sujeto pasivo con el término *Estado* (parágrafo 82.1 del Código Penal alemán, artículo 241 del Código Penal italiano, artículo 132.1 del Código Penal uruguayo, y artículo 350 del Código Penal salvadoreño); otros usan el nombre propio del país (artículo 455 del Código Penal colombiano y artículo 410 del Código Penal nicaragüense); otros emplean la denominación *Nación* (artículo 215.1 del Código Penal argentino, artículo 285.1 del Código Penal costarricense y artículo 110 del Código Penal boliviano) y, por último, algunos persisten con emplear la palabra *República* (artículo 302 del Código Penal hondureño, artículo 360 del Código Penal guatemalteco y artículo 425 del Código Penal panameño).

(64) En algunas legislaciones, ubican a este delito como una modalidad de traición a la patria: parágrafo 82.1 del Código Penal alemán, artículo 215.1 del Código Penal argentino, artículo 455 del Código Penal colombiano, artículo 123 del Código Penal federal mexicano, artículo 128 del Código Penal venezolano, artículo 285.1 del Código Penal costarricense, artículo 410 del Código Penal nicaragüense y artículo 302 del Código Penal hondureño. Así también lo identificaba el artículo 108 del Código Penal de 1863.

(65) Cfr. PACHECO en FONTÁN BALESTRA, 1998, p. 743; CHOCLÁN MONTALVO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, pp. 679-680; ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 215; CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 7. ERNEST VON BELING hacía mención de la *traición del país* que es el «ataque doloso al Estado en sus relaciones con otros Estados, a saber, a) traición militar (...); b) traición diplomática» (2002, p. 198). En el primero, solo los nacionales son autores, pero los extranjeros lo serán en determinadas condiciones.

(66) Vid. NÚÑEZ, 1999, p. 375; DONNA II-C, 2002, p. 369; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 23; TAZZA II, 2018, p. 605; ABOSO, 2018, p. 1274; MARÍN, 2008, p. 679; ARIAS en Levene, 1978, p. 449; CORSO MASÍAS IV, 1957, p. 200.

(67) Cfr. DONNA II-C, 2002, p. 374; ABOSO, 2018, p. 1274. Por su parte, MARCO ANTONIO TERRAGNI indica que «el delito no está constituido por una simple desobediencia al deber filial de amor a la patria, sino que la seguridad de la Nación tiene que estar comprometida por la conducta del traidor» (III.II, 2012, p. 237).

*de proteger los intereses nacionales». Ante los extranjeros, la imputación sería por un delito de dominio.*

El delito implica practicar un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o hacer independiente una parte de la misma. Se constituye en un delito autónomo —a diferencia de la fórmula argentina que la construye como un delito agravado— y un delito de tendencia<sup>(68)</sup> que se especializa según los objetivos del sujeto activo. La **conducta típica** se orienta a ejecutar actos dirigidos o encaminados a realizar alguno de los fines especiales. Se entiende que los actos ejecutados deben hallarse orientados conforme a los fines precisados en el texto penal<sup>(69)</sup> (por la mención expresa *dirigido a*), aunque no se menciona expresamente cuáles son esos actos<sup>(70)</sup>. En la legislación penal italiana (artículo 241), se describen características para singularizar la imputación: los actos deben ser violentos, directos e idóneos<sup>(71)</sup>. Por nuestra parte, estos actos deben ser materiales (no proposiciones ni palabras) y pueden ser variados e innumerables; así, la toma de armas contra la patria, la celebración de acuerdos para la ejecución de conflictos bélicos o, inclusive, actos de revelación de secretos que interesan a la defensa nacional; todos ellos, siempre que resulten idóneos para concretizar los fines típicos, sin que esto implique su consumación material. Siendo así, cualquier acto puede ser típico solo que de ellos cabe identificar cierta eficacia para el cumplimiento de los fines atentatorios contra la integridad nacional<sup>(72)</sup>. No interesa saber si los actos ejecutados por el sujeto activo provienen o no de una orden o disposición de un representante del gobierno extranjero<sup>(73)</sup>.

102.  
Conducta  
típica

<sup>(68)</sup> Es común en la legislación comparada formular el presente ilícito como delito de tendencia. Así, *Vid.* artículo 241 del Código Penal italiano, parágrafo 82.1 del Código Penal alemán, artículo 266.1 del Código Penal suizo, artículo 215.1 del Código Penal argentino y artículo 455 del Código Penal colombiano. Entre los autores uruguayos, la exigencia normativa de una conducta entendida como «actos directos» los lleva a exigir en su descripción las características de materialidad e idoneidad. *Cfr.* CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1386; SOSA DÍAS, 1979, p. 45.

<sup>(69)</sup> RANIERI III, 1975, p. 10; CAIROLI MARTÍNEZ, 1992, p. 51.

<sup>(70)</sup> El Código Penal argentino de 1921, al adecuarlo como agravante, deriva la precisión de estos actos al tipo básico (artículo 214) que precisa tomar las armas, unirse al enemigo o prestarle ayuda o socorro. El artículo 110 del Código Penal boliviano sigue el mismo modelo.

<sup>(71)</sup> El parágrafo 82.1 del Código Penal alemán adiciona medios agresivos: «con violencia o por medio de amenaza con violencia». El artículo 412-1 de Reforma del Código Penal francés hace mención a «uno o varios actos de violencia». El artículo 230.1 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal suizo de 1918 —así como el artículo 266.1 del Código Penal suizo— emplean el medio «violencia» en la conducta de separar el territorio de la unidad nacional. Los Códigos Penales de Guatemala (artículo 360), Uruguay (artículo 132.1) y Honduras (artículo 302) exigen que los actos sean «directos».

<sup>(72)</sup> *Vid.* MAGGIORE III, 1955, p. 39; CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 9.

<sup>(73)</sup> A diferencia del artículo 589 del Código Penal español, cuya estructura típica del delito es «El que publicare o ejecutare en España cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado». La necesidad de contar con una orden o autorización del gobierno extranjero para la comisión del delito también es requerida en la fórmula del artículo 108 del Código Penal chileno («con la autorización de una potencia extranjera»).

- 103.** Pueden darse actos simultáneos o consecuentes de distintos sujetos activos que tengan similar finalidad (sometimiento a la Nación o independizar parte del territorio nacional) y que generen riesgos no permitidos que **interrumpan el nexos causal** o adelanten el objetivo (**relación de riesgos**). En el caso de los actos simultáneos, no se excluye la conducta que logró el objetivo, pues estamos ante un delito de tendencia, siendo que la otra conducta también es reprochable. En el caso de actos consecutivos, la que no logra el resultado será imputada objetivamente si el contexto en que se desenvuelve permite advertir que todavía se mantiene la soberanía peruana o no se ha independizado una provincia o región. Obviamente, lo contrario, nos llevaría ante una **tentativa inidónea**.
- 104.** Sobre el número de actos que el agente debe de ejecutar para que resulte necesario a los fines típicos, esto constituye un problema cuántico. Pero no podemos decir de manera determinante que el número de acciones resulte importante, como así parece afirmarlo ÁNGEL GUSTAVO CORNEJO<sup>(74)</sup>. Cuando el legislador hace referencia a la expresión *practicar actos dirigidos* va más allá de una simple conducta. Con el verbo **practicar**, se debe entender al ejercicio continuo y numérico de dichos actos, pero tomando en cuenta que el número de actos ejecutados sean idóneos para la concreción de los fines atentatorios contra la independencia e integridad del Estado.
- 105.** Por lo general, el ilícito suele presentarse como un **delito continuado**. Aun así, no se excluyen los casos en los que una conducta pueda responder a los requerimientos típicos —aunque solo es ideal—; por ello, es acertada la inclusión del verbo *practicar*. Su efectividad se cerciora valorando el conjunto de actos ejecutados. Por otro lado, comúnmente las conductas pueden ser **comisivas** aunque no resulte raro advertir la configuración delictiva por actos **omisivos**<sup>(75)</sup>.
- 106.** Alguna doctrina pretende relacionar a estos actos como **preparatorios**, ya que constituyen actos de tendencia, es decir, no requiere la concreción<sup>(76)</sup>. Si bien así responde su estructura típica, sí es importante siquiera advertir que la conducta ponga en riesgo al bien jurídico tutelado (**peligro concreto**)<sup>(77)</sup>. Si algunos autores califican el delito como actos preparatorios punibles, consideramos que la respuesta penal debe centrarse por la puesta en peligro al interés protegido<sup>(78)</sup>.
- 107.** No resulta necesario que anticipadamente a la comisión delictiva exista una declaración de guerra, menos un conflicto bélico en progreso. Puede analizarse

(74) CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 9.

(75) MAGGIORE III, 1955, p. 39; MANZINI G.I., 1957, p. 36; RANIERI III, 1975, p. 10; FERREIRA DELGADO II, 2006, p. 606; PACHECO OSORIO, 1986, p. 19; GONZÁLEZ DE LA VEGA I, 2003, p. 516.

(76) Vid. SOLER V, 1978, pp. 22-23.

(77) El artículo 230.1 del Anteproyecto del Código Penal suizo de 1918 —así como el artículo 266.1 del Código Penal suizo— hace mención expresa del que *«pone en peligro la independencia»*.

(78) Vid. PACHECO OSORIO, 1986, p. 18; CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 9.



perfectamente contemplándolo desde un modo realista<sup>(79)</sup>; un ámbito de tensión u hostilidad sería idóneo como **momento de comisión delictiva**. No descartamos la idea de que estos delitos puedan darse en momentos de paz<sup>(80)</sup>, aunque prácticamente no sea habitual. Sería innecesario para el análisis típico que la iniciativa del agente sea por título personal o alimentado (instigación) por representantes de un Estado extranjero. Sin duda, lo que sí es imprescindible es la preexistencia de un Estado peruano independiente, soberano e íntegro. Aun si perviviera en momentos en los que su *estatus* soberano e independiente se encuentre en vacilaciones, los actos a ejecutar son adecuados al tipo penal.

No tiene sentido hacer precisiones sobre el **lugar de comisión del delito**, ya que el sujeto activo puede encontrarse dentro o fuera del territorio nacional. Esto nos lleva a descartar también la necesidad de verificar si el infractor es residente o no<sup>(81)</sup>.

108.  
Lugar de  
comisión  
del delito

Es de tener en cuenta que por el **fin de protección de la norma** los efectos inmediatos de la conducta tendencial se dirigen contra la soberanía, independencia e integridad nacional. Hechos posteriores a esta no pueden ser atribuidos al sujeto activo por no ser abarcados en lo que prevé la norma penal. Esto nos lleva a la delimitación (**requisito previo**) de atentados contra un Estado autónomo<sup>(82)</sup>. Así, por ejemplo, si los nuevos gobernantes extranjeros proceden a la destrucción de grupos étnicos nacionales o se produce la destrucción o expropiación arbitraria del patrimonio de los nacionales, son acciones no abarcadas por el proceder del sujeto activo del presente delito.

109.  
Fin de pro-  
tección de  
la norma

En aquellas situaciones en las que el sujeto activo disponga o mantenga independiente una región o provincia peruana ante un Gobierno usurpador, podría evaluarse su conducta bajo el principio de **prohibición de regreso**, debido a que estaríamos ante una conducta permitida por el contexto en el que se desenvuelve. Justamente, el Gobierno de turno, que fue instaurado en violación de la Constitución, hace que el contexto en que se desenvuelve la conducta típica no sea claramente delictivo y conlleve a la atipicidad objetiva.

110.  
Prohibición  
de regreso

#### §4. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Nos encontramos frente a una **figura dolosa**, en la que el sujeto activo con conocimiento y voluntad practica los actos típicos. Además, este debe estar impulsado por cualquiera de los dos elementos subjetivos (**tipo de tendencia intensificada**): *i*) someter a la República, en todo o en parte a la dominación extranjera, o *ii*)

111.  
Dolo y  
elementos  
subjetivos

<sup>(79)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, p. 616.

<sup>(80)</sup> Vid. CAMPOS, 1946, p. 103; HARB II, 1996, p. 12.

<sup>(81)</sup> LAJE ANAYA IV, 1982, p. 83; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 45; RAIMONDI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1039.

<sup>(82)</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ I, 2009, p. 17; VALENCIA, 2007, p. 221.

hacer independiente una parte de la República<sup>(83)(84)</sup>. En ambos casos, se advierte que el beneficiado siempre sería un Estado extranjero<sup>(85)</sup>, aunque no forme parte esa intención especial en la imputación subjetiva. No se requiere de otro elemento subjetivo adicional (*v. gr.*, mejora económica), sea que se trate o no de un *animus hostilis* (favorecimiento al enemigo)<sup>(86)</sup>.

112.  
Primer  
elemento  
subjetivo

En relación con la **primera finalidad** —someter a la República—, el agente debe practicar actos con la intención de que el Estado peruano se encuentre en disposiciones de un Estado extranjero. Someter significa poner al Estado peruano al dominio de otro Estado; esto nos lleva a la idea de la dependencia, vasallaje o dominación foránea<sup>(87)</sup>. Se entiende como la búsqueda de la desaparición del

<sup>(83)</sup> En la legislación comparada, el artículo 215.1 del Código Penal argentino, artículo 285.1 del Código Penal costarricense y el artículo 110 del Código Penal boliviano, además de la finalidad de sometimiento en todo o en parte del Estado, prevén una finalidad más amplia: «*menoscabar su independencia o integridad*». Sobre esta última, en otras legislaciones se acogen similares fórmulas: el artículo 241 del Código Penal italiano («*para socavar la independencia o unidad del Estado*»), el artículo 132.1 del Código Penal uruguayo («*fin de menoscabar la integridad o alterar la unidad del Estado*»), el artículo 129 del Código Penal venezolano («*atente contra la independencia o la integridad del espacio geográfico de la República*»), el artículo 425 del Código Penal panameño («*aminorar su independencia o quebrantar su unidad e integridad*») y los artículos 350 («*suprimir o menoscabar su independencia*») y 351 («*disolver la unidad de Estado en su integridad territorial o constitucional*») del Código Penal salvadoreño. En otras legislaciones, se advierten tres elementos de tendencia: artículo 455 del Código Penal colombiano (*i.* menoscabo a la integridad territorial de Colombia *ii.* sometimiento al dominio extranjero. *iii.* afectación a la naturaleza de Estado soberano o a fraccionar la unidad nacional), artículo 302 del Código Penal hondureño (*i.* menoscabo a la integridad territorial de la República. *ii.* sometimiento al dominio extranjero. *iii.* comprometer a la soberanía o atentar contra la unidad del Estado), artículo 410 del Código Penal nicaragüense (*i.* menoscabo o fraccionamiento de la integridad territorial de Nicaragua. *ii.* sometimiento al dominio extranjero. *iii.* afectación a la naturaleza de Estado soberano e independiente) y artículo 360 del Código Penal guatemalteco (*i.* menoscabo a la integridad territorial de la República. *ii.* sometimiento al dominio extranjero. *iii.* comprometer a la soberanía o atentar contra la unidad nacional). También, se debe resaltar fórmulas más genéricas: artículo 412-1 del Código Penal francés («*el hecho de cometer uno o varios actos de violencia susceptibles (...) de atentar contra la integridad del territorio nacional*»), artículo 123 del Código Penal mexicano («*Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana*») y artículo 91 del Código Penal cubano («*ejecute un hecho con el objeto de que sufra detrimento la independencia del Estado cubano o la integridad de su territorio*»).

<sup>(84)</sup> El Código Penal salvadoreño contiene formulas autónomas para cada elemento de tendencia. Así, en la modalidad de sometimiento de la República (artículo 350) se plantea una pena más grave que la modalidad de atentado a la independencia (artículo 351).

<sup>(85)</sup> En el caso *Castillo Petruzzi* y otros (sentencia del 30 de mayo de 1999), la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS señaló que el «*delito de traición a la patria debe ser clasificado dentro de los delitos "contra la seguridad exterior de la Nación", en los cuales se atenta contra la soberanía, la independencia, la seguridad o el honor de la Nación (...) en beneficio de una potencia extranjera*» (fundamento 97).

<sup>(86)</sup> *Vid.* BOUMPADRE 2, 2004, p. 401; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 47; ARIAS en Levene, 1978, p. 451.

<sup>(87)</sup> Al respecto, RAMÓN ACEVEDO BLANCO precisa que someter «es un acto político que puede consistir en permitir la intromisión de otros países en la autonomía política, social o económica de la nación» (1983, p. 278). *Vid.* VALENCIA, 2007, p. 220.

Estado peruano como ente autónomo y soberano de la comunidad internacional<sup>(88)</sup>. Sin duda, se trata de la modalidad de traición a la patria más grave<sup>(89)</sup>. Si bien el legislador no precisa claramente en el texto penal al favorecido por el sometimiento, creemos que lo lógico es que lo sea un Estado extranjero, mas no una persona natural (*v. gr.*, ideólogos o extremistas)<sup>(90)</sup>. Dicho Estado extranjero puede estar reconocido internacionalmente o hallarse constituido conforme a su Constitución; incluso, de hecho (aunque estas formas de Estado son a la fecha inexistentes)<sup>(91)</sup>. El requerido sometimiento puede ser total (todo el pueblo y el territorio nacional) o parcial (solo algunas regiones o sectores poblaciones y territoriales del país). La finalidad del sometimiento de la República puede estar precisada con una ocupación territorial o en actos que necesariamente conlleven a ello. No configura el delito si el sometimiento extranjero recae en una extensión excepcional del territorio como una embajada, un consulado o una nave o aeronave peruanas<sup>(92)</sup>. Por otro lado, tampoco se debe manejar la idea del cercenamiento territorial<sup>(93)</sup>.

Téngase presente que la tendencia al sometimiento debe dirigirse a todos los intereses jurídicos de protección (soberanía, independencia e integridad). Si el sometimiento está dirigido a alguno de ellos, no califica el elemento subjetivo. Esto sucedería, por ejemplo, si se pretendiese una confederación de Estados independientes, que solo se afectaría su soberanía<sup>(94)</sup>.

Con la **segunda finalidad** —hacer independiente una parte de la República—, el sujeto activo debe practicar actos con la intención de formar nuevos Estados con las regiones, provincias, distritos o localidades del Estado peruano. Hacer independiente una parte de la República significa darle soberanía, independencia e integridad a una porción del país<sup>(95)</sup>. Con ello, el precepto constitucional que identifica al Estado peruano como uno e indivisible (artículo 43, segundo párrafo) se ve quebrantado. El objetivo es el atentado a la unidad del Estado. Ya MANUEL G. ABASTOS afirmaba que la finalidad sería la de dotar al territorio cercenado un gobierno y una administración autónoma con la cual se daría vida a un nuevo Estado independiente<sup>(96)</sup>. Obviamente, no forma parte de esta finalidad el hecho

113.  
Segundo  
elemento  
subjetivo

<sup>(88)</sup> Cfr. CREUS II, 1996, p. 141; BREGLIA ARIAS/GAUNA II, 2003, p. 486; TORRES/BARRITTA, 2012, p. 60; BOUMPADRE 2, 2004, p. 402; TAZZA II, 2018, p. 619; MARÍN, 2008, p. 682; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 576; FERREYRA/PONE en Balcarce II, 2014, p. 146; BASILICO/VILLADA *et al.*, 2019, p. 779.

<sup>(89)</sup> Cfr. LAJE ANAYA IV, 1982, p. 90.

<sup>(90)</sup> Cfr. MANZINI 6.I, 1957, p. 32; LAJE ANAYA IV, 1982, p. 91.

<sup>(91)</sup> MAGGIORE III, 1955, p. 40.

<sup>(92)</sup> Cfr. CAMAÑO ROSA, 1967, p. 21.

<sup>(93)</sup> PACHECO OSORIO, 1986, p. 19.

<sup>(94)</sup> CAMPOS, 1946, p. 100.

<sup>(95)</sup> Vid. ANTOLISEI II, 1960, p. 802.

<sup>(96)</sup> ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 216.

de ceder una parte del territorio (ciudad, departamento, provincia) a un Estado Extranjero, ya que no lo hace independiente.

114. **Elementos subjetivos no ejecutados** Así pues, los actos practicados deben estar guiados por cualquiera de estas dos finalidades delictivas, incluso, puede abarcarse a ambas como objetivo general, pero eso sí, sin necesidad de su concreción o logro<sup>(97)</sup>; pues, estaríamos ante un **delito de resultado cortado** que, en la realidad, un consecuente resultado podría resultar impune ante el nuevo régimen del Estado extranjero favorecido. Esto implicaría la desaparición virtual del Estado peruano<sup>(98)</sup>.

115. **Dolo eventual** En principio, el refuerzo del elemento voluntad con estos elementos subjetivos podría alejar la posibilidad de imputación por **dolo eventual**. Aunque, por el contexto (político) por el cual se desenvuelve la conducta de inminente quebrantamiento del Estado peruano (**conocimientos situacionales**), el ejercicio de la conducta que contribuya al sometimiento de esta a una dominación extranjera, puede que el sujeto activo tome como serio tal desenlace y conformase con ello<sup>(99)</sup>.

116. **Error de tipo** Cabe analizar casos de **error de tipo** cuando el agente yerra en la identificación actual del Estado peruano sobre su soberanía e independencia. Por ejemplo, puede suceder que el error del conocimiento recaiga en entender que un departamento o provincia ya se encuentra bajo la dominación extranjera. Consideramos que la medición de la vencibilidad dependerá de los conocimientos situacionales que le brinda el ámbito en que se desenvuelve la conducta; aunque no tendría ninguna significancia jurídica, al no haber una modalidad imprudente del presente delito.

## §5. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 5.1. Consumación y tentativa

117. **Consumación y tentativa** Con la ejecución de los actos dirigidos al cumplimiento de los fines atentatorio a la soberanía, integridad e independencia del Estado peruano se **consume** formalmente el delito. No hay que olvidar que es necesario acreditar la efectividad de dichos actos para con los fines ilícitos (idoneidad), menos la ejecución reiterada de estos (continuidad). El resultado que se responsabiliza es el de **peligro concreto**<sup>(100)</sup>; no siendo imperante esperar una consecuencia lesiva. Es posible que se configure la **tentativa**<sup>(101)</sup>, debido a que el tipo penal exige con el término *practicar* una reiterada

<sup>(97)</sup> Así tab. afirman: MAGGIORE III, 1955, p. 41; SOLER V, 1978, p. 22; TAZZA II, 2018, p. 619; GÓMEZ V, 1941, p. 267; CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 9.

<sup>(98)</sup> CHIRINOS SOTO, 2004, p. 713.

<sup>(99)</sup> Vid. DONNA II-C, 2002, p. 378; RAIMONDI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1040.

<sup>(100)</sup> Hacen referencia a un delito de peligro: MANZINI G.I, 1957, p. 29; PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ I, 2009, p. 18; PABÓN PARRA, 1994, p. 252; VALENCIA, 2007, p. 216; MOMETHIANO, 2003, p. 696.

<sup>(101)</sup> Así tab.: PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 20; CARRANCÁ Y RIVAS en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 351; AGUINAGA en Estrella/Godoy Lemos III, 2000, p. 261; ABOSO,

ejecución de los actos delictivos, pudiendo ser sorprendido o interrumpido el agente durante la ejecución de los actos típicos.

El **agotamiento** del delito solo interesa para los fines de determinación individual de la pena. El artículo 501 del Proyecto de Código Penal de 2016 criminaliza este estadio bajo la fórmula: «*El que somete al Estado peruano a tales fines*»<sup>(102)</sup>.

118.  
Agotamiento

## 5.2. Autoría y participación

Estas conductas suelen cometerse, por lo general, en agrupaciones u organizaciones. Ante ello, pueden darse casos de **autoría mediata** cuando el autor domina la voluntad de los ejecutores (intermediarios) de los actos tendientes a someter la soberanía nacional, quienes, por lo común, obran por obediencia jerárquica y son irresponsables penalmente; aunque muchas veces estos casos se configuran como **aparatos de poder**, en los que los líderes y los intermediarios ejecutores son responsables penalmente.

119.  
Autoría mediata

Los líderes calificarán como **coautores** y deberán intervenir en el plan en común (sometimiento de la Nación o independencia del territorio nacional) y realizar, por lo menos, actos contributivos a tal fin.

120.  
Coautoría

Los actos de **complicidad** son variados y la necesidad del aporte se mide en atención a la efectividad que puedan dar en torno al sometimiento del Estado peruano o la independencia de su territorio. Ejemplo: quien financia o suministra enseres y armas para la actividad de la agrupación. En la **instigación**, se pueden identificar a los asesores de los líderes o los ideólogos de las organizaciones que crean el dolo o refuerzan la decisión del plan criminal. Entre ellos, obviamente, nada descarta hallar a los extranjeros que buscan obtener el control del Perú a favor de su Nación.

121.  
Complicidad e instigación

## 5.3. Concurso de imputaciones

El presente delito es una figura genérica que abarca todas las modalidades ilícitas que contiene el grupo de delitos. Es una fórmula amplia que se aplica ante la imposibilidad de imputación del resto. En tal sentido, por concurso aparente de leyes (**principio de subsidiariedad**), deja de aplicarse esta ante la adecuación típica; por ejemplo, de la inteligencia desleal (artículo 329, Código Penal) o el espionaje (artículo 331, Código Penal).

122.  
Delito subsidiario

Esta figura penal también puede calificar como delito medio de otros. En un **concurso real**, por ejemplo, del genocidio (artículo 319, Código Penal), cuando

123.  
Concurso real

2018, p. 1276; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 575; BASILICO/VILLADA *et al.*, 2019, p. 778; CORSO MASÍAS IV, 1957, p. 200. GIUSEPPE MAGGIORE lo considera imposible (III, 1955, p. 41). *Vid.* MOMETHIANO, 2003, p. 696.

<sup>(102)</sup> El artículo 108.1 del Código Penal de 1863 también contaba con similar fórmula: «*El peruano que entregue (...) su patria a una potencia extranjera*».

el sometimiento de una parte del territorio nacional a la dominación extranjera es el medio para luego aniquilar a la población de la provincia o el distrito invadido.

## §6. JUSTIFICACIÓN

124. El que invoque el **derecho a la insurgencia** en defensa del orden constitucional ante los gobernantes de turno —que asumieron sus funciones en violación de la Constitución— y opta por mantener la independencia temporal de su región, provincia o distrito, se justifica por el **ejercicio legítimo de un derecho**. En estos casos, cabe evaluar si se cumplen los componentes para el ejercicio del derecho a la insurgencia (artículo 46, Constitución Política).

125. Por otro lado, el líder de una región o provincia peruana que opta por el sometimiento del invasor extranjero ante la imposibilidad de ejercer una defensa bélica y así evitar la amenaza de una masacre colectiva de sus connacionales, estaría ante una causal de **estado de necesidad justificante**; ya que la situación de peligro pone en conflicto la vida de los nacionales frente a la soberanía nacional de una parte del país, por lo que la acción necesaria de realizar actos para el sometimiento extranjero, si bien sacrifica el bien jurídico que se tutela en este delito, pone a resguardo un interés mucho mayor. Es importante analizar la imposibilidad de la defensa nacional antes de que se tome la decisión para el sometimiento.

## §7. IMPUTACIÓN PERSONAL

126. En situaciones en las que el sujeto activo opta por el ejercicio del derecho a la insurgencia, pueden suceder casos en los que existe una mala comprensión de lo que debe entenderse por gobernantes usurpadores o arbitrarios, que señala el artículo 46 de la Constitución Política (**error de prohibición indirecto**). Se medirá la vencibilidad del error en atención a los conocimientos especiales con los que se cuenta para poder evitarlo. Por lo pronto, aquellos versados en política o leyes pueden tener la posibilidad de salirse del error (**error de prohibición vencible**).

127. En otros supuestos, la comprensión de la ilicitud se afectaría por el condicionamiento cultural de poder entender los límites de la soberanía o la existencia de un gobernante oficial. Por lo común, en aldeas nativas alejadas o aisladas, a los agresores que defienden sus tierras como autónomas del Gobierno de turno no se les atribuiría el presente delito (**error de comprensión culturalmente condicionado**). Es importante medir el nivel de condicionamiento cultural.

128. Por otro lado, casos de influencia foránea en la toma de decisiones, como las amenazas reales pueden hacer irresponsable al líder de una región o provincia que hace actos para el sometimiento extranjero. Se tratan de situaciones de **miedo insuperable** donde, por ejemplo, los extranjeros amenazan al líder a dejarse someter a cambio de la vida de sus hijos.

## §8. PENA

Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de quince años hasta la pena de muerte si el delito se comete en tiempos de guerra; pero si la comisión se desarrolla durante tiempos de paz, el límite máximo del marco punitivo es de treinta y cinco años (conforme al artículo 29 del Código Penal)<sup>(103)</sup> <sup>(104)</sup>.

129.  
Sanción  
penal

En el primero supuesto, al tratarse de una forma de traición a la patria, el artículo 140 de la Constitución Política<sup>(105)</sup> autoriza al juez la aplicación de la **pena de muerte**, siempre y cuando la conducta se ejecute en tiempos de guerra (momento de comisión delictiva). No bastan los actos de hostilidad, el Estado peruano debe declarar oficialmente la guerra. Entiéndase guerra a los conflictos o las luchas armadas tanto internás como externas. Se debe tener presente que se haya declarado la guerra conforme al artículo 118.16 de la Constitución Política, es decir, que el Congreso de la República lo autorice y el presidente del Perú lo declare<sup>(106)</sup>.

130.  
Pena de  
muerte en  
tiempos de  
guerra

Antes, se adicionaba en la aplicación punitiva la **pena de expatriación** de conformidad con el derogado artículo 334 del Código Penal<sup>(107)</sup>. Sin embargo, la Ley n.º 29460 del 27 de noviembre de 2009 eliminó a la pena de expatriación del rubro de penas restrictivas del Código Penal por ser inconstitucional (*Vid.* los Proyectos de Leyes n.º 2102/2007-CR del 5 de febrero de 2008 y 2449/2007-CR del 27 de mayo de 2008)<sup>(108)</sup>. No obstante, queda vigente la aplicación de la pena de expulsión para los extranjeros, después de cumplida la pena privativa de libertad, con prohibición permanente del reingreso.

131.  
Pena de  
expatriación

<sup>(103)</sup> El artículo 289 del Código Penal de 1924 establece como sanción única la pena de muerte sin distinguir el momento comisión.

<sup>(104)</sup> El Proyecto de Código Penal de 2015 propone una pena máxima de veinte años; mientras que el Proyecto de Código Penal de 2016, una pena máxima de veinticinco años. Este último proyecto penaliza el agotamiento del delito con pena privativa de libertad indeterminada (cadena perpetua).

<sup>(105)</sup> La Constitución Política de 1979 (artículo 235) solo establecía la pena de muerte para casos de traición a la patria en tiempos de guerra externa.

<sup>(106)</sup> Por falta de estos procedimientos constitucionales, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en la Sentencia del 20 de junio de 2002 (Expediente n.º 1011-2002-HC/TC, caso *Elena Iparaguirre*) descalificó que el caso se haya realizado en tiempos de guerra externa.

<sup>(107)</sup> La sanción de expatriación también se aplicaba en el Código Penal de 1863 conforme al artículo 111.

<sup>(108)</sup> Se dio prevalencia al derecho del nacional a «transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él» (artículo 2.11, Constitución Política). Además, se tomó en cuenta al artículo 22.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos («Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo») y el artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país»).





# UNIDAD 5

## **DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**



# Competencias

- Analizar a profundidad las estructuras típicas de los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento penal peruano.



## PRIMERA LECTURA

**García Navarro, E. (2020).** Rebelión. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 253-293.

La rebelión es la conducta punible de mayor afectación al régimen constitucional, por ende, la más grave de su especie. Se constituye en un alzamiento armado que tiene por objetivo el cambio del régimen político-constitucional, violentando los principios constitucionales vigentes (atentado a la Constitución) y desconociendo la autoridad gubernamental y sus atribuciones (atentado a los Poderes del Estado).



Edward García Navarro

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Tomo I

Parte Especial del Derecho Penal

Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional

Los Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional

Delitos contra la Voluntad Popular

Parte General de los Delitos contra la Administración Pública

Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares



Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos  
y jurisprudencias  
con códigos QR y  
códigos Bitly en la obra



EDITORIAL  
IUSTITIA





EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL

Tomo I



IUSTITIA

Primera edición: julio de 2020

© 2020, Derecho Penal • Parte Especial  
Tomo I

© 2020, Edward García Navarro

© 2020, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e impresión**

Editora Grijley E. I. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y diagramación**

Libia Huamali Sánchez

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2020-03934

Registro del Proyecto Editorial: 31501012000246

ISBN: 978-612-4362-24-8

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

## REBELIÓN

(Artículo 346, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Descripción, fuente y antecedentes legales. §3. Bien jurídico protegido. §4. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §5. Imputación subjetiva. 5.1. Variar la forma de gobierno. 5.2. Deponer al gobierno legalmente constituido. 5.3. Suprimir o modificar el régimen constitucional. §6. Ampliación de la imputación. 6.1. Consumación y tentativa. 6.2. Autoría y participación. 6.3. Concurso de imputaciones. §7. Justificación. §8. Imputación personal. §9. Pena.

### §1. GENERALIDADES

Por cuestiones etimológicas el término *rebelión* deriva del latín «*rebellio*» o «*rebellionis*» (*re*: de; *bellium*: guerra)<sup>(34)</sup>. No obstante, la doctrina la define como **rebelión propia** siendo la conducta punible de mayor afectación al régimen constitucional, por ende, la más grave de su especie. Se constituye en un alzamiento armado que tiene por objetivo el cambio del régimen político-constitucional, violentando los principios constitucionales vigentes (atentado a la Constitución) y desconociendo la autoridad gubernamental y sus atribuciones (atentado a los Poderes del Estado)<sup>(35)</sup>. Su objetivo es la abolición o modificación del régimen constitucional imperante y/o las instituciones del Gobierno, sin tomar en cuenta

**718.**  
Definición  
de rebelión

<sup>(34)</sup> Según MONTULL en López De la Cámara Jiménez-Padilla en Llorente *et al.*, 1998 p. 270. Vid. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en Código Penal III, 1997, p. 4407.

<sup>(35)</sup> ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 6.

las vías constitucionales previstas<sup>(36)</sup>. En la práctica, suele aparejarse esta definición en los denominados «golpes de Estado»<sup>(37)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El delito de rebelión significa levantamiento, sublevación, insurrección contra las autoridades legítimas (...); asimismo, tenemos que la rebelión es definida —en la doctrina mayoritaria— como el hecho de alzarse en armas, consistente en un movimiento más o menos organizado de personas que disponen de armas» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A), <https://bit.ly/2YSVzEL>



719.  
Antecedentes

En el transcurrir de la historia de las legislaciones sancionadoras, se le ha asignado al delito de rebelión siempre marcos punitivos mayores al tratarse de los máximos crímenes por atentar lo que en esas épocas se entendía como el interés preponderante de la Sociedad (los soberanos). En el Derecho Romano, la rebelión formaba parte del *Crimen de majestad*<sup>(38)</sup>, aunque también se propusieron leyes especiales para los casos de insurgencia. Fue introducida por la *Lex Apuleja* y extendida por la *Lex Cornelia*<sup>(39)</sup>. A inicio del Derecho Germánico, los castigos impuestos no eran tan severos debido a que se contaba con el sistema de venganzas. También en el Derecho Hispánico se punía severamente la rebelión, así en el título preliminar de las Ley Sexta del Fuero Juzgo se sancionaba esta conducta bajo la calificación de traición, y otrora con las Partidas se asimilaba como la primera forma delictiva de traición. Asimismo, las Ordenanzas de Carlos V de 1535 castigaba a la rebelión con fuertes sanciones<sup>(40)</sup>.

<sup>(36)</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA I, 2003, p. 577.

<sup>(37)</sup> Lo que lo singulariza es que se llega a la toma del poder por un grupo que no siempre proviene del pueblo. *Vid.* ARIAS en Levene, 1978, p. 479.

<sup>(38)</sup> En nuestros antecedentes, se debe tener presente al Proyecto de Código Penal de MANUEL LORENZO DE VIDAURRE que en el rubro de los «*Delitos de Majestad en primer grado*» (Título 1) ubicaba, entre otros, al delito de rebelión.

<sup>(39)</sup> LÓPEZ BETANCOURT III, 2017, p. 189.

<sup>(40)</sup> PUIG PEÑA III, 1955, pp. 98-99. En cuestión de supuestos concretos de rebelión, cabe apreciar en la historia republicana de nuestro país, casos como, por ejemplo: 1.º El levantamiento militar ocurrido en Iquitos el 5 de agosto de 1921 al inicio del Gobierno de AUGUSTO B. LEGUÍA («*Oncenio*») dirigido por el capitán GUILLERMO CERVANTES, pronunciándose contra la corrupción política y militar, el cual duraría alrededor de cinco meses. 2.º El levantamiento de clases y soldados del Regimiento de Infantería n.º 5 en el Cuartel de Santa Catalina en Barrios Altos del 23 de marzo de 1931 comandado por el sargento VÍCTOR FAUSTINO HUAPAYA que la final, luego de su fracaso, se les concedería amnistía por la Junta de Gobierno de DAVID SAMANEZ OCAMPO. 3.º La sublevación de la marinería de los cruceros «*Gratu*» y «*Bolognesi*» del 2 de enero de 1932, que posteriormente son vencidos y juzgados. 4.º El levantamiento militar del general MARCIAL MERINO REYNA, jefe de la División de la Selva del Ejército peruano ocasionado en Iquitos el 16 de febrero de 1956 contra la dictadura de MANUEL ODRÍA AMORETTI que durara nueve días. 5.º La sublevación producida por el general del Ejército peruano JAIME SALINAS SEDÓ contra el gobierno de ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI del 13 de noviembre de 1992. 6.º El levantamiento del coronel OLLANTA HUMALA TASSO contra el gobierno de ALBERTO

## §2. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **rebelión** se encuentra previsto en el artículo 346 del Código Penal 720. conforme al siguiente texto legal: Art. 346

*«El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación».*

Cuenta como **fuentes** directas la fórmula del artículo 302<sup>(41)</sup> del Código Penal de 1924 que mantiene algunos vestigios de la tradición española (mención especial del artículo 167 del Código Penal de 1948)<sup>(42)</sup> devenida desde el artículo 127<sup>(43)</sup> del Código Penal de 1863. Entre los **antecedentes** es de mencionar al artículo 144 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1877, los artículos 144 y 300 del Proyecto de Reforma de Código Penal de 1916, el artículo 584 del Anteproyecto de Código Penal de 1927 y el artículo 434 del Proyecto de Código Penal de 1928. También es de mencionar como antecedente remoto a la Ley n.º 13<sup>(44)</sup> del Proyecto de Código Penal de MANUEL LORENZO DE VIDAURRE. 721. Fuente y antecedentes legales

FUJIMORI FUJIMORI producido el 14 de octubre de 2000. 7.º El levantamiento del mayor retirado del Ejército peruano ANTAURO HUMALA TASSO en la ciudad de Andahuaylas el 1 de enero de 2005. Cfr. LÓPEZ LOARTE/BERROCAL VERGARA, 2006, pp. 105-107. Sobre la distinción entre el delito de rebelión y terrorismo, y el Caso Andahuaylas, Vid. OCROSPOMA PELLA en Actualidad Jurídica n.º 135, 2005, pp. 76-80.

<sup>(41)</sup> «Será reprimido con expatriación o con prisión no mayor de cinco años, el que se alzare en armas para variar la forma de gobierno, o deponer al gobierno constituido, o arrancarle alguna medida o concesión, o impedir la reunión del Congreso, o disolverlo, o reformar las instituciones vigentes por medios violentos o ilegales, o impedir que las Cámaras funcionen libremente, o que se practiquen las elecciones presidenciales o de renovación parlamentaria, o sustraer a la obediencia del Gobierno algún departamento o provincia o parte de la fuerza armada terrestre, naval o aérea, o investirse de autoridad o facultades que no se hubiese obtenido legalmente. La pena será penitenciarla no mayor de cinco años, si el delincuente hubiere procedido por lucro o por cualquier móvil innoble».

<sup>(42)</sup> Por lo pronto, cabe mencionar que la legislación nacional ha mantenido algunos componentes típicos de la fórmula española como la conducta «alzamiento» y el elemento subjetivo «deponer al gobernante».

<sup>(43)</sup> «Cometen delito de rebelión, los funcionarios o particulares que se alzan públicamente para cualquiera de los objetos siguientes: 1. Variar la forma de Gobierno constituido; 2. Deponer al Gobierno constituido; 3. Impedir la reunión del Congreso p disolverlo; 4. Reformar las instituciones vigentes por medios violentos o ilegales; 5. Impedir que las Cámaras funcionen libremente o que se practique la elección de electores, la de Senadores y Diputados, presidente y vicepresidente de la República, en un tercio o más de las provincias; 6. Sustraer a la obediencia de Gobierno algún departamento o provincia, o parte de la fuerza armada, terrestre o naval; 7. Investirse de autoridad o facultades que no se hubiesen obtenido legalmente».

<sup>(44)</sup> «El que dispone algún movimiento sedicioso con ánimo de trastornar el orden o deponer a las autoridades constituidas, sea destinado él, y los cómplices a diez años de trabajos públicos. Si el movimiento se realizó séanlo por veintes».

### §3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

722.  
Bien  
jurídico  
protegido

En cuanto a la **tutela penal**, se trata de proteger al régimen constitucional<sup>(45)</sup> *per se* y la organización y el funcionamiento de los poderes del Estado. Los intereses que componen ambos intereses quedan detallados de conformidad a los fines típicos que direccionan el alzamiento armado. Por así decirlo, la precisión del objeto jurídico de protección dependerá de los diferentes fines típicos que el legislador ha estimado señalarlos como determinantes para la sanción penal<sup>(46)</sup>. De hecho, cada objeto de referencia típico se adecua a cualquiera de los bienes jurídicos ya señalados.

**Jurisprudencias:** «Se persigue garantizar el orden constitucional y la integridad del Estado democrático» (Sentencia, del 8 de julio de 2015, del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 00022-2011-PI/TC, fundamento 114). <https://bit.ly/3djTa1V>



«Se trata de una infracción que busca proteger el orden constitucional y legal establecido, la integridad de un Estado de Derecho, sancionando las formas no democráticas de asunción de poder, especialmente las que suponen el empleo de medios violentos o la ruptura de orden constitucional, quebrantando los procedimientos legítimos» (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-2004-06-A Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3hGbSV3>



«El bien jurídico protegido está constituido por: “los poderes del Estado” y “el orden constitucional”; lo que se evidencia por su ubicación en el Código Penal, bajo el Título “Delitos contra los Poderes del Estado”. Concebiéndose al orden constitucional como el funcionamiento armonioso de los órganos establecidos en la Constitución “como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento”. Conforme a los fines delictivos, en el delito de Rebelión se pretende las siguientes conductas: a) Variar la forma de gobierno; b) Deponer al gobierno legalmente constituido, y c) Suprimir o modificar el régimen constitucional; esencialmente implican un ataque al ordenamiento Constitucional en donde se fija, no solo nuestros derechos y deberes sino la forma de gobierno y el régimen constitucional bajo el cual nos conducimos democráticamente, tal como se encuentra regulado en nuestra Carta en los Artículos Cuarenta y Tres y siguientes» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzel>



<sup>(45)</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 907; VALENCIA, 2007, p. 333; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 592. En el Código Penal paraguayo (artículo 273.1) se define a bien jurídico «orden constitucional» como «la configuración de la República del Paraguay como Estado, conforme lo disponen los artículos 1 al 3 de la Constitución».

<sup>(46)</sup> Cfr. LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 272. Con la denominación propia de «atentado», el artículo 412-1 del Código Penal Francés construye el tipo adecuando su idoneidad en rigor al grado de peligro concreto: «el hecho de cometer uno o varios actos de violencia susceptibles de poner en peligro las instituciones de la República o de atentar contra la integridad del territorio nacional».

«Por orden constitucional debe entenderse como el funcionamiento armonioso de los órganos establecidos en la Constitución como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento; se trata de la organización política de la República, y su quebrantamiento lesiona la estabilidad de la Constitución Política, la seguridad de las autoridades nacionales y el libre ejercicio de las facultades constitucionales; respecto del concepto de poderes del Estado, debemos remitirnos al modelo y principio del Estado de derecho» (Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48). <https://bit.ly/2YgDcS3>



En la doctrina y legislación españolas se ha establecido que tanto este delito como el de sedición deben ser apreciados como conductas atentatorias no solo del simple orden público, sino de algo más básico, la **paz pública**<sup>(47)</sup>. Al respecto, TOMÁS VIVES ANTÓN y JUAN CARLOS CARBONELL MATEU expresan que, «si hubiere que delimitar dicho bien jurídico en términos genéricos podría definirse como el interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las leyes y a las autoridades legítimas y el interés en el mantenimiento de la paz pública; en otros términos, la organización democrática del Estado»<sup>(48)</sup>.

723.  
Paz pública

#### §4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

Aunque en el texto penal no se ha señalado expresamente la confluencia plural de individuos<sup>(49)</sup> que calificarán como **sujetos activos** —como sí lo hacen otras legislaciones<sup>(50)</sup>—, consideramos importante la exigencia colectiva acorde con la trascendencia exigida típicamente en los alzamientos<sup>(51)</sup>. Adviértase que el artículo

724.  
Sujeto activo

(47) VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 801; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 272; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 592.

(48) VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, pp. 801-802.

(49) Tampoco lo hacen los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522). Entre los antecedentes, el artículo 127 del Código Penal de 1863 describía al sujeto plural («los funcionarios o particulares»), pero fue modificado por el artículo 302 del Código Penal de 1924, que optó por describir a un sujeto activo individual («el que»).

(50) En cuanto a la mención expresa de la concurrencia de un sujeto activo plural («los que» o «quienes») es común observar en las fórmulas típicas de otras legislaciones. Tal es el caso del artículo 472 del Código Penal español, artículo 226 del Código Penal argentino, artículo 121 del Código Penal boliviano, artículo 121 del Código Penal chileno, artículo 467 del Código Penal colombiano, artículo 144 del Código Penal venezolano, artículo 141 del Código Penal uruguayo, artículo 132 del Código Penal mexicano, artículo 294 del Código Penal costarricense, artículo 340 del Código Penal salvadoreño, artículo 385 del Código Penal de guatemalteco y artículo 336 del Código Penal hondureño. Aunque, otras persisten con la mención del agente singular: artículo 336 del Código Penal ecuatoriano, artículos 269 y 273 del Código Penal paraguayo, artículo 98 del Código Penal cubano, artículo 420 del Código Penal nicaragüense y artículo 434 del Código Penal panameño.

(51) También lo exigen: REÁTEGUI SÁNCHEZ I, 2012, p. 791; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 101.

346 emplea la expresión «*el que*» que da a entender la sola ejecución de un individuo en la comisión del delito. Esto resulta incoherente al sentido del injusto que exige la concurrencia plural de sujetos activos; por lo que; de *lege ferenda*, es aconsejable la mención plural con la expresión «*los que*».

**Jurisprudencia:** *No se puede concebir que este delito sea realizado por una sola persona, necesariamente tiene que existir una pluralidad de agentes, que en número suficiente y organizados en agrupaciones tipo partido político o guarnición militar, utilizan la fuerza o violencia y diversas manifestaciones públicas, para obligar la dimisión de gobernante* (Ejecutoria Suprema, del 28 de junio de 2012, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1478-2010 Lima, considerando 3.4). <https://bit.ly/3dgPQ7F>



725.  
Delito de  
convergencia

La rebelión se presenta, en ese sentido, como un **delito colectivo**, en la perspectiva de requerir la participación de gran cantidad de sujetos (**delito plurisubjetivo**)<sup>(52)</sup>, pero entiéndase que esta intervención no responde a circunstancias espontáneas, se requiere de la concertación o unión de voluntades de la mayoría de los concurrentes para hablar de actos de rebelión. Es por ello que también se le califique como un **delito de convergencia**<sup>(53)</sup> (confluencia de aceptaciones para con

(52) La doctrina es unánime al respecto: BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 479; QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 49; TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998, p. 272; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en Código Penal III, 1997, p. 4406; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 802; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 687; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 307; CALDERÓN CEREZO en Choclán Montalvo/Calderón Cerezo II, 2001, p. 573; POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 568; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 909; COLINA OQUENDO en Rodríguez Ramos II, 2009, p. 1336; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 592; GÓMEZ V, 1941, p. 424; MORENO VI, 1923, p. 88; SOLER V, 1978, p. 67; NÚÑEZ, 1999, p. 395; CREUS II, 1996, p. 178; BREGLIA ARIAS/GAUNA II, 2003, p. 522; DONNA II-C, 2002, p. 437; TAZZA III, 2018, p. 15; ABOSO, 2018, p. 1292; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 590; BOSCH/LODIGGIANI en Baigún/Zaffaroni 9, 2010, p. 716; FERREYRA/PONCE en Balcarce II, 2014, p. 155; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 117; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 598; LABATUT GLENA II, 1983, p. 15; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1420; BAYARDO BENGOA IV.I, 1979, p. 43; CAMPOS, 1946, p. 158; SOSA DÍAS, 1979, p. 90; LANGON CUÑARRO, 2017, p. 203; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 110; FERREIRA DELGADO II, 2006, p. 663; VALENCIA, 2007, p. 333; PABÓN PARRA, 1995, p. 279; ACEVEDO BLANCO, 1983, p. 294; GONZÁLEZ DE LA VEGA I, 2003, p. 582; LÓPEZ BETANCOURT III, 2017, p. 198; CARRANCA Y TRUJILLO en Carranca y Trujillo/Carranca y Rivas, 1999, p. 374; HARB II, 1996, p. 23; VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 12; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 75; FEBRES CORDERO, 1966, p. 51; OCROSPOMA PELLA en Actualidad Jurídica n.º 135, 2005, p. 79.

(53) RODRÍGUEZ DEVESEA, 1995, p. 842; LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 789; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS en Lamarca Pérez, 2000, p. 641; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 909; TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408; REIG REIG en Serrano Butragueño, 1999, p. 1806; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 272; CALDERÓN CEREZO en Choclán Montalvo/Calderón Cerezo II, 2001, p. 573; POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 568; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 307; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives



la consecución de un propósito común). La configuración de la rebelión como un delito de confluencia colectiva se entiende así porque resulta inconcebible que alguien pueda por sí solo cometer el alzamiento<sup>(54)</sup>; por ello, es la misma naturaleza del delito que nos impide, en principio, pensar en una imputación individual, salvo los casos de autoría mediata con intermediarios plurales.

**Jurisprudencia:** «Dogmáticamente se conciben como delitos de sujeto activo plural (delitos de convergencia)» (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3hL28IV>



La calidad de intervención de los individuos se entiende teóricamente, por lo menos, a título de **coautoría** más que simple complicidad<sup>(55)</sup>. Nuestro legislador, como ya señalamos, precisa individualmente al agente, pero por la naturaleza delictiva de la rebelión, la concurrencia, es de coautores plurales, sin que ello impida advertir en el alzamiento plural concurrentes partícipes. Esto no descarta otras formas de autoría, como desarrollaremos más adelante.

726.  
Coautores  
rebeldes

Entre los alzados pueden incluirse a cualquier tipo de individuos no importando cargo, contribución, raza, sexo, nacionalidad, etc.; aunque los que dirigen el levantamiento sean, en la generalidad de los casos, militares con autoridad. Actualmente, el tratamiento de imputación de los alzados militares o policías también es atendido de conformidad con el presente texto legal<sup>(56)</sup>. Asimismo, no interesa el

727.  
Indiferencia  
de la  
condición  
de los  
rebeldes

Antón *et al.*, 1999, p. 802; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 593; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 102; REÁTEGUI SÁNCHEZ I, 2012, p. 797.

<sup>(54)</sup> PACHECO OSORIO, 1986, p. 61. Desde una visión crítica, ENRIQUE OCROSPOMA PELLA señala que al hacerse referencia al sujeto activo bajo la referencia «*el que*», resulta «inapropiada (...), debido a que, al desarrollar la valoración del injusto, es improbable que un solo sujeto pueda cometer los delitos en cuestión, ya que las conductas son idóneas solamente a través de una organización o grupo de personas» (en *Actualidad Jurídica* N.º 135, 2005, p. 79). «No siendo concebible un delito de rebelión perpetrado por una sola persona, dicha infracción ha sido calificada de necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal y, también de ejecución colectiva, caracterizándose, ante todo, por la existencia de una alzamiento o levantamiento». Sentencia del Tribunal Supremo español del 22 de abril de 1983 en HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en *Código Penal* III, 1997, p. 4436.

<sup>(55)</sup> *Vid.* VALENCIA, 2007, p. 334; CATALINA MANZANO/ORTIZ DÍAZ en *Castro Cuenca* II, 2011, p. 560; FEBRES CORDERO, 1966, p. 51; REÁTEGUI SÁNCHEZ I, 2012, p. 798.

<sup>(56)</sup> Cabe recordar que el tratamiento excepcional de los militares y policial por el artículo 60 del Código Penal Militar Policial fue declarado inconstitucional por la Sentencia, del 8 de julio de 2015, del Tribunal Constitucional (Expediente n.º 00022-2011-PI/TC). En su fundamento 118 se resumen las razones: «Reconocer un delito de rebelión para policías y militares, distintos del aplicable al resto de ciudadanos, implicaría afirmar que policías y militares tienen un deber de diferente intensidad respecto de la fidelidad al orden constitucional; cuando en realidad la Constitución consagra tal deber como uno que corresponde a todo ciudadano en pie de igualdad. Sostener la tesis contraria lesionaría el principio

grado de contribución de los sujetos activos en el alzamiento; en principio, son sujetos activos tanto los dirigentes y los líderes como los ejecutores y contribuyentes; mas, el tratamiento punitivo es distinto<sup>(57)</sup>. Los funcionarios o servidores también pueden realizar la conducta de alzamiento; pero se excluye a quienes tienen el deber de resistencia, ya que su tratamiento jurídico se encuentra en el artículo 352 del Código Penal. Otros funcionarios o servidores públicos deben tener una individualización punitiva más agravada que los alzados particulares.

**Jurisprudencias:** «El deber de fidelidad al orden constitucional legítimo es un deber fundamental que vincula a todo ciudadano frente al Estado constitucional y democrático de Derecho, independientemente de si cumple o no la función de militar o policía» (Sentencia, del 8 de julio de 2015, del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 00022-2011-PI/TC, fundamento 115). <https://bit.ly/3djTa1V>



«El sujeto activo, puede ser cualquier persona, por la locución gramatical utilizada: "el que", no requiere una cualidad especial, pudiendo ser incluso un funcionario público o cualquier otra persona» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A)<sup>(58)</sup>. <https://bit.ly/2YSVzeL>



728.  
Cantidad de  
rebeldes

Más bien, un problema resaltante reside en el **número de individuos** que deben intervenir en la comisión delictiva para la adecuación típica de la rebelión. Si bien la ley penal no precisa la confluencia numérica, será necesario que el juez estime un número de individuos que sea lo suficiente para lograr el alzamiento de pretensiones de variación gubernamental<sup>(59)</sup>. «La ley no fija, ni podría útilmente hacerlo, cual es el mínimo de individuos que debe integrar la figura de la infracción bajo este aspecto. Corresponde, pues, al discernimiento de los jueces considerar si el número real de individuos que actúan en cada caso, según las circunstancias del mismo, fue bastante o no para producir la lesión jurídica»<sup>(60)</sup>.

*de igualdad*». No estamos de acuerdo con ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE que traslada el tratamiento punitivo de los militares y policías a la legislación castrense (VI, 2016, p. 101).

<sup>(57)</sup> Una forma expresa de identificar lo señalado está en el artículo 434 del Código Penal panameño que señala: «*Quien promueva, dirija o participe en un alzamiento*». Aunque algunas legislaciones regulan un tratamiento punitivo menor para los ejecutores y subordinados: artículo 336 del Código Penal hondureño («*los meros ejecutores*»), artículo 385 del Código Penal guatemalteco («*los meros ejecutores*») y artículo 420 del Código Penal nicaragüense («*los subalternos con mandos*»).

<sup>(58)</sup> *Vid. tab.:* Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48.

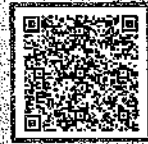
<sup>(59)</sup> *Cf.:* MUÑOZ CONDE, 2015, p. 687; REBOLLO VARGAS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2351; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 274; CREUS II, 1996, p. 178; BREGLIA ARIAS/GAUNA II, 2003, p. 523; TERRAGNI III,II, 2012, p. 277; BAYARDO BENGOA IV,I, 1979, p. 43; FERREIRA DELGADO II, 2006, p. 665; VALENCIA, 2007, p. 334.

<sup>(60)</sup> CAMPOS, 1946, p. 158.

Otro punto discutible está referido a la organización de esta pluralidad de individuos. Aunque el tipo penal no lo precisa, la doctrina mayoritaria ha considerado necesario un **mínimo de organización**<sup>(61)</sup>. Lo común es que previamente se consolide un grupo reducido más o menos organizado<sup>(62)</sup>; dependerá del desarrollo del plan criminal del grupo hasta poder conseguir niveles de jerarquización y estructura más complejas, que la puedan calificar como un aparato de poder. Ello se deduce —a decir de JOSÉ MARÍA TAMARIT SUMALLA— por responder a «lógicas exigencias de idoneidad de la conducta dada la envergadura de los fines propuestos»<sup>(63)</sup>. Por lo pronto, esto nos permite advertir que en muchos casos apreciaremos una relación concursal con el delito de organización criminal.

729.  
Mínimo de  
organización

**Jurisprudencia:** *«El alzamiento debe ser entendido como la actividad de un grupo de personas organizadas de manera más o menos idónea para lograr su propósito que es el de variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional»* (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N., n.º 13-2004-06-A Lima, considerando 4)<sup>(64)</sup>. <https://bit.ly/3hGbSV3>



El grupo puede estar estructurado por **asociaciones y sociedades** que califiquen como personas jurídicas (*v. gr.*, partidos políticos). Sus rubros pueden encubrir el verdadero plan criminal que pretenden lograr. Estos casos son característicos para modelos de aparato de poder. En estos, cabe la aplicación del principio de confianza para aquellos que sujetan su conducta al desenvolvimiento habitual o neutral, esperando que quien perciba el servicio o la contribución haga uso del mismo de forma debida. En tal sentido, el que contribuye (*v. gr.*, subcontratado o proveedor externo) a la asociación no debe prever el verdadero rubro encubierto de la organización. El

730.  
Asociaciones

<sup>(61)</sup> CREUS II, 1996, p. 175; BREGLIA ARIAS/GAUNA II, 2003, p. 522; DONNA II-C, 2002, p. 437; ABOSO, 2018, p. 1292; TERRAGNI III.II, 2012, p. 278; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 590; BOSCH/LODIGGIANTI en Baigún/Zaffaroni 9, 2010, p. 716; MARÍN, 2008, p. 706; ARIAS en Levene, 1978, p. 479; MORENO en Estrella/Godoy Lemos III, 2000, p. 280; FERREYRA/PONCE en Balcarce II, 2014, p. 155; LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 789; REIG REIG en Serrano Butragueño, 1999, p. 1806; REBOLLO VARGAS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2351; TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408; FONTÁN BALESTRA, 1998, p. 775; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 687; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 479; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 117; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 110; FERREIRA DELGADO II, 2006, p. 665; ACEVEDO BLANCO, 1983, p. 294; CATALINA MANZANO/ORTIZ DÍAZ en Castro Cuenca II, 2011, p. 560; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 598; REÁTEGUI SÁNCHEZ 1, 2012, pp. 794 y 797; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 106. Para JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA esto no es un requisito intrínseco de la rebelión (1995, p. 843).

<sup>(62)</sup> *Cf.* SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 878; TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408; CARRANCÁ Y TRUJILLO en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 373.

<sup>(63)</sup> TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408.

<sup>(64)</sup> *Vid.* tab.: Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48.

empleo indebido del servicio dado no puede ser reprochado al tercero que se sujetó a su rol en una actuación compleja de la asociación. Ejemplo: quien vende armas conforme a ley o alquile espacios o lugares de almacenamiento de providencias.

**731.** Sujeto pasivo Según sean los fines típicos que impulsa la conducta del alzamiento armado, la Nación y el Estado se presentan como los **sujetos pasivos** del delito<sup>(65)</sup>. Pueden calificarse como **agraviados** quienes constitucionalmente son titulares vigentes del Gobierno<sup>(66)</sup>. Se excluyen de tal condición los gobernantes usurpadores o quienes hayan asumido ilegalmente o en forma arbitraria. No son agraviados quienes se vean afectados por las agresiones o los daños ocasionados durante el alzamiento; ya que lo son por los delitos particulares (*v. gr.*, lesiones, daños).

**732.** Conducta típica La fórmula normativa del delito de rebelión responde a la **conducta** de alzamiento, debido al empleo de la expresión «*se alza*»<sup>(67)</sup>. Se debe tener presente que es tradicional el empleo de dicha conducta tanto en el Código Penal de 1863 (artículo 127) como en el Código Penal de 1924 (artículo 302)<sup>(68)</sup>. **Alzamiento** significa levantarse, oponerse, desobedecer o resistirse en contra de alguien<sup>(69)</sup>. Lo precisa mejor JUAN BUSTOS RAMÍREZ entendiéndolo como el levantamiento «contra la organización institucional, mediante desobediencia o resistencia colectiva, dotada de un

<sup>(65)</sup> *Vid.* tab.: Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 15.

<sup>(66)</sup> Algunas legislaciones expresan a quienes se dirige el alzamiento: artículo 121 del Código Penal chileno («*contra el Gobierno legalmente constituido*»), artículo 141 del Código Penal uruguayo («*contra los Poderes Públicos*») y artículo 144.1 del Código Penal venezolano («*contra el Gobierno legítimamente constituido o elegido*»). El párrafo 105 del Código Penal alemán es más específico: «*a un órgano legislativo de la federación o de un Estado o alguna de sus comisiones, a la Asamblea Federal o alguna de sus comisiones o al Gobierno o al Tribunal Constitucional Federal o de un Estado*».

<sup>(67)</sup> Es común encontrar en los tipos penales de rebelión la expresión «*se alzan*»: artículo 472 del Código Penal español, artículo 226 del Código Penal argentino, artículo 141 del Código Penal uruguayo, artículo 121 del Código Penal chileno, artículo 336 del Código Penal ecuatoriano, artículo 121 del Código Penal boliviano, artículo 144.1 del Código Penal venezolano, artículo 301 del Código Penal de costarricense, artículo 340 del Código Penal de salvadoreño, artículo 385 del Código Penal guatemalteco, artículo 336 del Código Penal hondureño, artículo 434 del Código Penal panameño, artículo 98 del Código Penal cubano y artículo 420 del Código Penal nicaragüense. Otras legislaciones no optan por otras formas conductuales: artículo 283 del Código Penal de Italia («*quien cometa un hecho directo e idóneo*»), párrafo 105.1 del Código Penal alemán («*quien coacciona*»), artículo 265 del Código Penal suizo («*quien comete un acto directo*»), artículo 467 del Código Penal colombiano («*los que pretendan*»), artículo 132 del Código Penal mexicano («*los que traten de*») y artículos 269 y 273 del Código Penal paraguayo («*el que intentara lograr o lograr*»).

<sup>(68)</sup> También se mantiene en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522).

<sup>(69)</sup> Así tab. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 687; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 840; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 908; REBOLLO VARGAS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2351; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en Código Penal III, 1997, p. 4407; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998, p. 274; CÓRDOBA RODA III, 1978, p. 422; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 592; DONNA II-C, 2002, p. 437; BOSCH/LODIGGIANI en Baigún/Zaffaroni 9, 2010, p. 716; CAMPOS, 1946, p. 159.

mínimo de organización»<sup>(70)</sup>. La esencia del término alzamiento se adecua siempre a una conducta activa antes que omisiva (comisión por omisión) o meros impulsos menores<sup>(71)</sup>. Como una conducta activa, el levantamiento se encuentra guiado por un motivo de negación a una institución constitucional o, más ampliamente, a la misma Constitución. No puede equipararse a definiciones pasivas o de simples desobediencias; el desenvolvimiento de los alzados va más allá. Sobre ello, TOMÁS VIVES ANTÓN y JUAN CARLOS CARBONELL MATEU han señalado que alzarse equivale a «levantarse, esto es, a romper la relación de sumisión a las leyes y autoridades legítimas»<sup>(72)</sup>.

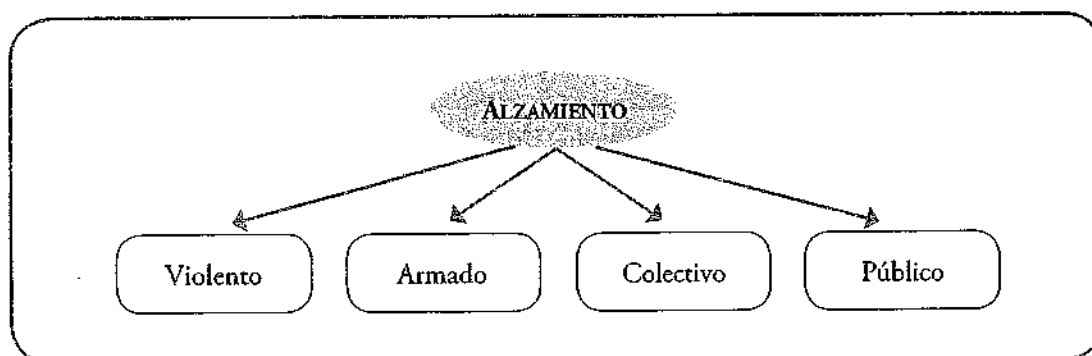
**Jurisprudencias:** *Alzarse equivale a levantarse, desobediencia o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso al poder legítimamente constituido»* (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSV7cI>

*«La Real Academia española indica que alzarse significa levantarse — que viene del latín "altiare", de altus, alto, mover hacia arriba—, otro de sus significados es sublevarse, apoderarse de algo con usurpación o injusticia (...) Interpretando dicho contenido en la doctrina penal —de cierto consenso— rebelión significa "levantamiento", "sublevación" o "insurrección" contra las autoridades legítimas»* (Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48). <https://bit.ly/2YgDeS3>



No debemos ceñirnos a su expresión literal, sino funcional en torno al sentido quebrantador del bien jurídico protegido<sup>(73)</sup>. El alzamiento debe ser violento, armado, colectivo y público, por ende, como levantamiento en desobediencia se precisa mejor la estructura típica bajo las **características** antes mencionadas.

**733.**  
Características del alzamiento



<sup>(70)</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 479.

<sup>(71)</sup> LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998, p. 274, POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 567; CÓRDOBA RODA III, 1978, p. 422.

<sup>(72)</sup> VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 802. Para los citados autores vendría a ser la nota objetiva de la rebelión (Ibidem.).

<sup>(73)</sup> ALFREDO ETCHEBERRY prefiere hablar de un sentido metafórico (IV, 2019, p. 117). *Cfr.* BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 598.

734.  
Alzamiento  
violento

Aunque el artículo no es explícito, el **alzamiento violento** es inherente a la acción misma con respecto a los fines típicos<sup>(74)</sup>. Así, lo comprendió siempre la doctrina<sup>(75)</sup> y ello a pesar de que la norma prohibitiva no contuviera expresamente este requisito —en caso de que a *prima facie* la autoridad no accediera a las pretensiones de los alzados—, conducta que distingue la rebelión de una simple manifestación (*v. gr.*, gritos, protestas) y, con ello, se evidencia el propósito de conseguir a todo trance los fines perseguidos por los rebeldes<sup>(76)</sup>. El levantamiento violento u hostil consiste en el uso de la fuerza física o, como mínimo, la amenaza<sup>(77)</sup>, sin necesidad de que se llegue a producir lesiones a las personas o daños sus bienes. Además, esta característica permite separar situaciones propias del ejercicio legítimo de derechos<sup>(78)</sup>.

**Jurisprudencias:** «La exigencia del alzamiento de armas, circunstancia que no debe entenderse como si la ley exigiera el empleo de violencia, el uso efectivo de la fuerza o la producción de un resultado lesivo» (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-2004-06-A, Lima, considerando 4). Al respecto, solo observamos que el hecho de alzarse en sí ya configura violencia u hostilidad, sin que ello implique resultado lesivos. <https://bit.ly/3hGbSV3>

«Este alzamiento debe manifestarse violenta y públicamente, es decir, empleando la violencia de un modo abierto y alterando la normalidad y tranquilidad ciudadana» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Carcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzeL>



735.  
Agresiones  
insignifi-  
cantes

Esta fuerza u hostilidad hay que entenderla dirigida contra la entidad constitucional o el régimen constitucional *per se*, aunque materialmente recaiga a sus representantes o a terceras personas. Así, no basta una mera desobediencia, una manifestación verbal de resistir las órdenes o los deberes devenidos de la autoridad o de

<sup>(74)</sup> En la legislación comparada se describe este componente: artículo 472 del Código Penal español («violenta»), artículo 283 del Código Penal italiano («con acto violento»), parágrafo 105 del Código Penal alemán («con violencia o por medio de amenaza de violencia»), artículo 265 del Código Penal suizo («con la violencia»), artículo 132 del Código Penal mexicano («con violencia»), artículo 336 del Código Penal ecuatoriano («realice acciones violentas») y artículo 144.1 del Código Penal venezolano («en actitud hostil»).

<sup>(75)</sup> Cfr. TERRAGNI III, II, 2012, p. 278; BOUMPADRE 3, 2003, p. 37; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 591; ABOSO, 2018, p. 1292; BASILICO/VILLADA *et al.*, 2019, p. 802; MORENO en Estrella/Godoy Lemos III, 2000, p. 280; LASCURAIN SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1235; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 908; PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ I, 2009, p. 123. En desacuerdo: REBOLLO VARGAS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2352.

<sup>(76)</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en Código Penal III, 1997, p. 4407. Cfr. LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 274; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 840; CARDONA TORRES, 2010, p. 564.

<sup>(77)</sup> OCROSPOMA PELLA en Actualidad Jurídica n.º 135, 2005, p. 79; REIG REIG en Serrano Butragueño, 1999, p. 1808; CHIOSSONE, 1972, p. 346. Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ I, 2012, p. 791; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 104.

<sup>(78)</sup> LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 788, CARDONA TORRES, 2010, p. 564.

la Constitución, aunque sea ella misma una forma de rebelión<sup>(79)</sup>. Ejemplo: la mera ocupación de lugares públicos. En ese parecer los desórdenes mínimos perfectamente controlables escaparían de la tipicidad, concluyéndose como **riesgos insignificantes**, siempre que no se adecue a otro delito (*v. gr.*, disturbios, motín, atentado, resistencia); por ejemplo, que uno, dos o tres manifestantes se alzaren en armas y fueran reducidos oportunamente por la policía local sin mayores dificultades, no serían imputados por el delito de rebelión<sup>(80)</sup>, quedando la salvedad a la adecuación típica por disturbios.

La expresión de la violencia se verifica en el momento de la ejecución del alzamiento. Partiendo de este principio, hay dos situaciones de imputación que debemos analizar su relevancia. *Primero*, aquellos que toman el plan de realizar protestas o marchas sin llegar al extremo de la violencia. Se entiende que entre los protestantes hay un acuerdo en común de no incurrir en el delito de rebelión; pero, no obstante, algunos, al momento de la ejecución, muestran sus armas o realizan actos de agresión contras las personas o los bienes, convirtiendo una marcha pacífica en un alzamiento rebelde. El exceso de algunos protestantes hace que los otros se excluyan de la imputación de la rebelión; salvo que se unan en esos momentos al alzamiento. *Segundo*, aquellos que en su plan criminal acuerdan realizar el alzamiento armado sin llegar a realizar otros delitos en particular. Sin embargo, durante la ejecución del delito algunos toman la iniciativa de realizar disparos contras las personas o los bienes. El exceso de algunos rebeldes hace que los otros se excluyan de la imputación por los delitos particulares (*v. gr.*, homicidio, lesiones, daños).

El **alzamiento en armas** es la fórmula que impone el legislador como conducta delictiva típica («*se alza en armas*»)<sup>(81)</sup>; la misma que viene desde su antecedente inmediato, el artículo 302 del Código Penal de 1924<sup>(82)</sup>. Se precisa que el levantamiento violento se ejecute mediante el empleo de medios contundentes: **armas**. Si la técnica legislativa hace descripción del carácter hostil del alzamiento, se entiende que un alzamiento armado desde ya lleva implícito el carácter violento y de *lege ferenda* resultaría reiterativo su mención. Pero, para mayor prevención, el legislador insiste en reiterar la intervención armada como una forma especial del alzamiento grave.

<sup>(79)</sup> CREUS II, 1996, p. 175.

<sup>(80)</sup> *Vid.* MORENO VI, 1923, p. 88.

<sup>(81)</sup> Es la forma más común en la legislación comparada para presentar a la conducta típica: artículo 226 del Código Penal argentino («*en armas*»), artículo 141 del Código Penal uruguayo («*a mano armada*»), artículo 467 del Código Penal colombiano («*mediante el empleo de las armas*»), artículo 121 del Código Penal chileno («*a mano armada*»), artículo 121 del Código Penal boliviano («*en armas*»), artículo 132 del Código Penal mexicano («*uso de armas*»), artículo 301 del Código Penal costarricense («*en armas*»), artículo 434 del Código Penal panameño («*en armas*»), artículo 340 del Código Penal salvadoreño («*en armas*»), artículo 98 del Código Penal cubano («*en armas*»), artículo 420 del Código Penal nicaragüense («*en armas*»), artículo 385 del Código Penal guatemalteco («*en armas*») y artículo 336 del Código Penal hondureño («*en armas*»).

<sup>(82)</sup> Y lo mantienen todavía los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522). En el artículo 127 del Código Penal de 1863 no se hacía mención.

736.

Exceso de los alzados

737.

Alzamiento armado

738. **Armamento durante el alzamiento** El alzamiento debe impulsarse en forma armada o generarse como tal durante la ejecución del delito. Los alzamientos no armados son atípicos, pero si durante la realización del delito se vuelven armados cabe realizar algunos planteamientos. Si se entiende como exceso de los coautores no previsto en el plan común, podría tratarse de una atipicidad para los demás, salvo que persistan en el alzamiento advirtiendo el empleo de las armas. Otra salida sería la de invocar el dolo eventual<sup>(83)</sup>, pero no coincidimos con este planteamiento por la intencionalidad propia del delito.

739. **Armas** El término «*armas*» nos lleva a mencionar diferentes instrumentos como piedras, palos, tijeras, revolver, etc.<sup>(84)</sup>; pero, a efectos del cumplimiento típico de la rebelión, tendrán que ser armas que puedan generar efectos desafiantes ante las órdenes impartidas (que, en casos concretos, se ha apreciado más en los levantamientos por militares). No podemos entender que en la actualidad se puede recurrir al alzamiento con armas blancas (*v. gr.*, espadas, puñales), cuando la modernidad hace que el Gobierno se valga de armas más sofisticadas<sup>(85)</sup>. Es innecesario saber si los que portan las armas contaban o no con licencia para su utilización.

740. **Idoneidad del empleo de las armas** La hostilidad propia del alzamiento debe de manifestarse con armas que alimentan más el carácter del injusto, y no otros instrumentos ajenos a dicha idoneidad, para así no entablar atipicidad. Por lo tanto, como CARLOS CREUS lo señala «no constituye rebelión el uso de la fuerza física por parte de un grupo que no está armado (...), aunque la utilice con las finalidades propias del delito»<sup>(86)</sup>. Esta utilización de las armas no quiere decir necesariamente disponer según su finalidad primordial (*v. gr.*, disparo efectivo), basta con portarlos durante la comisión delictiva<sup>(87)</sup>. El agente llevará consigo armas de manera visible frente a los demás generando cierta intimidación de hostilidad durante el levantamiento y no *ex post facto*. Las armas ocultas o no exhibidas durante el alzamiento no generan el carácter hostil exigido<sup>(88)</sup>. Queda demás acreditar que las armas durante el alzamiento se encontraban o no cargadas<sup>(89)</sup>, ya que el uso efectivo no es requisito del tipo penal. Incluso, las armas de fogeo o aparentes que satisfagan la idoneidad intimidatoria califican típicamente. La idoneidad de las armas responde al grado de perturbación del orden político interno. Los alzados habrán de

(83) BAYARDO BENGUA IV.I, 1979, p. 45; VALENCIA, 2007, p. 339.

(84) El artículo 132 del Código Penal chileno contiene una definición del arma: «*toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear*».

(85) *Cf.* PÉREZ VELASCO I, 1956, pp. 110-111; VALENCIA, 2007, p. 338.

(86) CREUS II, 1996, p. 175.

(87) *Cf.* CREUS II, 1996, p. 175; BOSCH/LODIGGIANI en Baigún/Zaffaroni 9, 2010, p. 716; CAMPOS, 1946, p. 159; SOSA DÍAS, 1979, p. 91; FERREIRA DELGADO II, 2006, p. 667; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 105.

(88) Para JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ no es importante su exhibición o demostración (1, 2012, p. 794).

(89) *Cf.* SOSA DÍAS, 1979, p. 91; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 53; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 126; VALENCIA, 2007, p. 338.



emplear armas que se entiendan capaces de comunicar el desafío a la resistencia de las fuerzas públicas<sup>(90)</sup>. Por último, no es necesario que todos los rebeldes estén armados, bastando que un número considerable lo sea. Está demás señalar que en el alzamiento hay otro tipo de roles o funciones que se cumplen que no son necesariamente ejecutivos (*v. gr.*, dirección, asesoría, coordinación, financiamiento).

**Jurisprudencia:** «Solo basta que se tenga disponibilidad inmediata de las armas, aun cuando no lleguen a utilizarlas en el caso concreto (...) la interpretación de la frase legal "alzar en armas" debe estar presidida por el empleo del método teleológico funcional respetuoso del sentido literal posible, más que del método puramente gramatical, toda vez que si se está al uso textual del lenguaje, "alzar en armas" solo terminaría por abarcar a quien se levanta, usa o tienen en sus manos las armas, situación que no es compatible con el alcance del tipo de rebelión ni con la clase de conductas que pretende prohibir y sancionar la norma penal en el contexto de un ordenamiento jurídico nacional (...) en el delito de rebelión en mención no se exige que todas las personas que participan en el acto utilicen efectivamente las armas o lo que es lo mismo que todos los intervinientes se "alcen en armas"; habida cuenta que bajo esa lógica solo podrían ser comprendidos como autores del delito los soldados rasos, la tropa o los oficiales de bajo rango que empuñan las armas y nunca los promotores, directores u organizadores de la rebelión que pueden nunca portar, llevar o utilizar un arma» (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-2004-06-A Lima, considerandos 4-5). <https://bit.ly/3hGbsV3>



El **alzamiento público**<sup>(91)</sup> debe implicar una manifestación de hostilidad abierta e inequívoca frente a terceros, se percatan de ello<sup>(92)</sup>. El alzamiento tiene que ser evidente, notorio, patente frente al público; si fuera encubierta sería atípica. Si bien esta característica no se halla señalada expresamente en el texto legal, se puede derivar su exigencia en razón de la naturaleza de los fines delictivos y el disvalor derivado del injusto penal<sup>(93)</sup>. Los medios y las formas para la difusión son variadas (*v. gr.*, proclamas,

741.

Alzamiento público

<sup>(90)</sup> «No ser requiere (...) que los rebeldes dispongan efectivamente de fuerzas numerosas y bien armadas, idóneas para enfrentarse a las del gobierno. Basta que puedan disponer de ellas, aunque llegado el caso no los acompañen en la aventura. Pero no es suficiente que un grupo armado de frenéticos, sin gente que lo siga, trate de enfrentarse al gobierno. En el primer caso hubo un peligro para la estabilidad de este o de las instituciones amenazadas. En el segundo, una simple perturbación transitoria de la tranquilidad pública. Aquel rebote es elemento de una rebelión. El otro, de una modesta asonada» (PACHECO OSORIO, 1986, p. 62).

<sup>(91)</sup> *Cfr.* BOUMPADRE 3, 2003, p. 37; TAZZA III, 2018, p. 15; BREGLIA ARIAS/GAUNA II, 2003, p. 523; BASILICO/VILLADA *et al.*, 2019, p. 802; CARRO REY *en* Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1061; DAYENOFF, 1998, p. 583; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS *en* Lamarca Pérez, 2000, p. 641; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1420; REÁTEGUI SÁNCHEZ 1, 2012, p. 793; MOMETHIANO, 2003, p. 715; CORSO MASÍAS IV, 1957, p. 212.

<sup>(92)</sup> En la legislación comparada lo precisan expresamente: artículo 472 del Código Penal español («públicamente») y artículo 144.1 del Código Penal venezolano («públicamente»). Entre los antecedentes nacionales, el artículo 127 del Código Penal de 1863 también lo mencionaba.

<sup>(93)</sup> *Vid.* OCROSPOMA PELLA *en* Actualidad Jurídica n.º 135, 2005, p. 79. Con respecto a esta característica, PEDRO PACHECO OSORIO establece que «hoy es más o menos ilusorio pretender por esos medios

arengas). Ahora bien, el carácter público del alzamiento, en el sentido de EDMUND MEZGER, no necesariamente deriva de «la publicidad del lugar de hecho, a saber, una plaza, una calle, una estación, etc.»<sup>(94)</sup>, la *publicidad del alzamiento* se entiende dirigido a vista potencial de la población, por lo menos de algún sector de ella<sup>(95)</sup>. Por eso, cierta doctrina ha establecido que con ello se altera la normalidad y tranquilidad ciudadana<sup>(96)</sup>, y así pretender también afectar al orden público. Asimismo, se evita un alzamiento anárquico y se puede identificar el objetivo de los rebeldes<sup>(97)</sup>.

742.  
Alzamiento  
colectivo

El **alzamiento** es por esencia **colectivo**<sup>(98)</sup>, ya que del sentido propio de la conducta se requiere la intervención plural de sujetos activos. Sobre el número de individuos que se necesitan para configurar esta característica, no hay precisión normativa, aunque tampoco resultaría conveniente. Consideramos que es criterio judicial su determinación en atención al elemento subjetivo que guía a los rebeldes y el contexto en el cual se desarrolle. Así, la presencia de cinco personas podría no resultar idónea para calificar un alzamiento colectivo que busque suprimir la Constitución.

**Jurisprudencia:** *«Este tipo penal si bien no precisa la exigencia de una pluralidad de sujetos que converjan en un fin, a efectos de la idoneidad de la comisión del delito, se requiere la existencia de una pluralidad de sujetos que tenga la aptitud necesaria para colocar al Estado en 'crisis' (...). Asimismo tenemos que, para incurrir en el delito Rebelión además de las armas, se requiere que esta sea colectiva, siguiendo a la doctrina es conveniente verificar que esté dotada de un acuerdo de voluntades y un mínimo de organización previos al alzamiento (...). Por consiguiente, para incurrir en la conducta reprimida en el Artículo 346 del Código Penal, se requiere el alzamiento en armas de un grupo de personas —carácter plurisubjetivo del tipo— más o menos organizados»* (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A)<sup>(99)</sup>. <https://bit.ly/2YSVzel>



derrocar a un gobierno constituido o imponerle el cambio del régimen constitucional. El actual tipo de rebeliones prefiere incubarse y estallar en el tranquilo ambiente de los cuarteles o de las casas de gobierno, y cuando apela al público es en demanda del apoyo ciudadano al gobierno ya constituido por los rebeldes victoriosos. De ahí que el requisito de la publicidad haya ido siendo desechado» (1986, p. 62).

<sup>(94)</sup> MEZGER, 1959, p. 382. El citado autor agrega que «la circunstancia de que la reunión tumultuaria se realice en un lugar público no la convierte en pública, pudiendo tener lugar, a la inversa, también en un lugar privado e incluso dentro de una fábrica determinada» (Ibídem, pp. 382-383).

<sup>(95)</sup> Cfr. CORDOBA RODA III, 1978, p. 423; POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 567; RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, pp. 840-841; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 875; LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998 p. 275.

<sup>(96)</sup> MUÑOZ CONDE, 2015, p. 687.

<sup>(97)</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 946.

<sup>(98)</sup> Vid. tab.: Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 15.

<sup>(99)</sup> Vid. tab.: Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48.

Si en los actos de resistencia, los rebeldes o los terceros resultan afectados por el proceder de quienes buscan compeler o quebrantar el alzamiento (*v. gr.*, militares o policías), el interés jurídico menor afectado (*v. gr.*, salud individual o patrimonio) es producto de la disminución del riesgo generado por los rebeldes. El reproche penal de estos perjuicios personales menores no debe recaer en los que ejercen resistencia dentro del ámbito de sus funciones permitidas por ley. Por lo pronto, esto debe ser reprochado a los rebeldes por tener posición de garantía en la fuente de peligro que ellos mismos generaron con su proceder violento en el alzamiento. Se excluye de esta atipicidad a los que ejercen resistencia violenta superando el ámbito de lo permitido y sin tener previamente iniciativa violenta de los rebeldes. Ejemplo: quienes ejercen disparos directos a los rebeldes acuartelados y en descanso, sin previo requerimiento de sometimiento a la autoridad.

743.

Actos de resistencia

Por otro lado, qué sucedería con los rebeldes que en momentos inmediatos al alzamiento reciben la noticia de la renuncia o la declinación del gobernante legalmente constituido o de otro grupo de rebeldes o la intervención de un Estado extranjero que consiguen el objetivo político. Es el caso de los rebeldes que buscan deponer al gobernante legítimo, pero son adelantados o sorprendidos con la concreción de su objetivo. ¿Se trataría de una interrupción del nexo causal? Obviamente que no, pues la consumación formal se dio con el acto de alzamiento. Quizá el corto tiempo de duración del alzamiento con la no generación de resultados lesivos (*v. gr.*, lesiones o daños) puede que califique el caso como un riesgo insignificante para el bien jurídico que ya contaba con la deposición o el derrocamiento del gobernante, antes que la iniciativa de los rebeldes. En tal sentido, la intervención de la propia autoridad legítima en el decurso del incremento del riesgo no es interrupción, si esta ya logro los fines con el acto de alzamiento.

744.

Adelantamiento a los fines políticos

Es de reiterar que los actos de alzamiento idóneos son los guiados por fines políticos; otros alzamientos no políticos no son los abarcados por el **fin de protección de la norma penal**. «Debe verificarse que los actos en sí valorados, puedan tener dicha connotación, es decir, la idoneidad para poder lograr tales cometidos, de no ser así habríamos que declarar la atipicidad penal de la conducta»<sup>(100)</sup>. En estos tienen cabida los disturbios, los desórdenes públicos, los reclamos o protestas sociales que pueden estar impulsados por una pluralidad de personas armadas, pero no guiadas por objetivos políticos.

745.

Fin de protección de la norma penal

## §5. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Sin excepción alguna, la imputación por rebelión siempre es a título de **dolo**, es decir, con conocimiento y voluntad de levantarse en armas contra el gobierno legítimo o contra el orden constitucional. Además, el tipo penal exige la concurren-

746.

Dolo

(100) PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2012, p. 106.

cia de otros elementos subjetivos que guían el alzamiento armado y, como es lógico, no es pasible alegar casos de **dolo eventual**<sup>(101)</sup>. Estos elementos son de **tendencia interna trascendente** ya que se tratan de objetivos que no requieren ser generados para la configuración del tipo penal, siendo que la prosecución de los mismos ya no requiere necesariamente del control de los rebeldes (delito de resultado cortado).

**Jurisprudencias:** «Desde la perspectiva de la consumación, son delitos de resultado cortado, pues basta con el alzamiento en armas con fines, obviamente políticos, que los tipos legales destacan» (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3hL281V>



«La finalidad del delito de Rebelión —elemento subjetivo del delito—, es “variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constituido” o “suprimir o modificar el régimen constitucional”, elementos subjetivos, que hacen en el delito que estos vayan más allá de los elementos objetivos en el tipo legal, es así que resalta por su principal característica: sus elementos subjetivos. Este delito es denominado por la doctrina como uno de **tendencia interna trascendente**» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A)<sup>(102)</sup>. <https://bit.ly/2YSVzeL>



747.  
Fines  
políticos

La rebelión no se caracteriza por la acción misma, colectiva y hostil sino que debe ser expresión de los fines típicos<sup>(103)</sup>. Es por ello que podemos denominar a la rebelión como una **revolución con finalidades determinadas**<sup>(104)</sup>. Sin la precisión típica de los fines de la conducta de este ilícito, quedaría en abstracto, pudiendo ser empleado el presente artículo como arma política<sup>(105)</sup>; *a fortiori*, a efectos de evitar la impunidad por desviaciones políticas no es recomendable construir un tipo subjetivo exclusivamente por dolo genérico. Así, se precisa de un dolo específico cuyos elementos subjetivos deben adecuarse siempre en atención a los bienes jurídicos que pretende tutelar y, en ese sentido, el legislador ha estimado conveniente que el sujeto activo deba de cometer el ilícito bajo cualquiera de los fines siguientes<sup>(106)</sup>:

(101) Vid. tab.: Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 15.

(102) Vid. tab.: Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48.

(103) La idoneidad de la acción típica de la rebelión se mide si es capaz para la ejecución posterior de los fines ilícitos (Cfr. CÓRDOBA RODA III, 1978, p. 424).

(104) MORENO VI, 1923, p. 88.

(105) SOLER V, 1978, p. 67.

(106) Hay otros elementos de tendencia que no están previstos en la fórmula nacional. Es el caso de impedir las reuniones o asambleas legítimas de los poderes del Estado: artículo 472 del Código Penal español («impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma»), artículo 336

### 5.1. Variar la forma de gobierno<sup>(107)</sup>

Esta tendencia se entiende como cambio, variación o sustitución de un sistema o principio de gobierno por otro: lograr un Gobierno de facto. De lo que constitucionalmente fue declarado por otro no reconocido legítimamente<sup>(108)</sup>. En algunas técnicas legislativas se hace hincapié a la supresión (perjuicio o menoscabo de la existencia de la forma legítima de Gobierno)<sup>(109)</sup>, sin necesidad de construir un elemento de tendencia

748.  
Variar

del Código Penal ecuatoriano («impedir la reunión de la Asamblea General») y artículo 340 del Código Penal salvadoreño («impedir la reunión legítima de la Asamblea Legislativa, Consejo de Ministros o de la Corte Suprema de Justicia, impedirles que deliberen»). También lo acogían el Código Penal de 1863 (artículo 127) y el Código Penal de 1924 (artículo 302): «Impedir la reunión del Congreso». Asimismo, la tendencia de fomentar la guerra civil: artículo 141 del Código Penal uruguayo («promover la guerra civil»), artículo 121 del Código Penal chileno («promover la guerra civil»), artículo 144.3 del Código Penal venezolano («promuevan la guerra civil») y artículo 385 del Código Penal guatemalteco («promover la guerra civil»). Otra tendencia es la de fomentar a los civiles o militares la desobediencia al Gobierno: artículo 472 del Código Penal español («sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno»), artículo 340 del Código Penal salvadoreño («sustraer a las Fuerzas Armadas de la obediencia al Gobierno Constitucional»), artículo 420 del Código Penal nicaragüense («sustraer a la Nación, en todo o en parte, de la obediencia del Gobierno constituido») y artículo 434 del Código Penal panameño («o no cumpla con el deber de poner la Fuerza Pública a disposición del gobierno constitucional»). También lo prevenían el artículo 127 del Código Penal de 1863 («sustraer a la obediencia del Gobierno algún departamento o provincia o parte de la fuerza armada terrestre o naval») y el artículo 302 del Código Penal de 1924 («sustraer a la obediencia del Gobierno algún departamento o provincia o parte de la fuerza armada terrestre, naval o aérea»). Por otro lado, la tendencia a usurpar la autoridad: artículo 340 del Código Penal salvadoreño («usurpar las facultades de cualquiera de las supremas autoridades del Estado»). Este elemento subjetivo fue previsto en los Códigos Penales de 1863 (artículo 127) y 1924 (artículo 302): «investirse de autoridad o facultades que no hubiesen obtenido legalmente».

<sup>(107)</sup> En la legislación comparada, también identifican esta finalidad: artículo 283 del Código Penal italiano («cambiar la forma del Gobierno»), artículo 472.6 del Código Penal español («sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma»), artículo 412-1 del Código Penal francés («poner en peligro las instituciones de la República»), artículo 226 del Código Penal argentino («cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, eliminar la división de poderes»), artículo 121 del Código Penal boliviano («cambiar la forma de gobierno establecida en la Constitución»), artículo 121 del Código Penal chileno («cambiar la forma de gobierno»), artículo 132.II del Código Penal mexicano («reformar la integración de las instituciones constitucionales de la Federación») y artículo 340 del Código Penal salvadoreño («cambiar violentamente las Instituciones que de la Constitución de la República emanen»). En la legislación nacional siempre se ha previsto este elemento subjetivo: artículo 127 del Código Penal de 1863 («variar la forma de Gobierno») y artículo 302 del Código Penal de 1924 («variar la forma de gobierno»). Los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522) también lo mantienen.

<sup>(108)</sup> Vid. ANTOLISEI II, 1960, p. 836; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 735. Considera ALFREDO ETCHEBERRY que «resulta imposible cambiar aquella sin cambiar a la vez la Constitución, a menos que se trate de una situación de facto, que sin alterar la Constitución, simplemente no la respete» (IV, 2019, p. 117). Cfr. BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 599.

<sup>(109)</sup> Es el caso del párrafo 81 del Código Penal alemán («perjudicar la existencia de la República Federal de Alemania») y el artículo 269 del Código Penal paraguayo («menoscabar la existencia de la República»).

que vaya al cambio (la fundación de la nueva forma de Gobierno). Obviamente en la variación se subsume la supresión. La tendencia debe estar guiada por las vías ilegales o no reconocidas por la Constitución para la variación de la forma de Gobierno.

**749.** Cuando el texto penal hace mención a la «*forma de Gobierno*» se entiende que esta es la declarada por la Constitución Política en su artículo 43: «*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...) Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes*». La finalidad de los rebeldes estriba concretamente a atacar *i*) el sistema democrático<sup>(110)</sup> y *ii*) la autonomía de sus tres poderes públicos. En relación con lo primero, la tendencia del rebelde es desconocer la democracia e imponer otro sistema de gobierno no reconocido por la Constitución (*v. gr.*, dictatoriales, monárquicos, federales). En relación con lo segundo, el rebelde se dirige contra los poderes del Estado. La tendencia del atentado va dirigida contra la institución misma.

**750.** El texto legal hace mención al término «*gobierno*» que no precisa el tipo de gobierno que se ejerce a través de los diferentes poderes del Estado, por ello su expresión entiéndase *lata sensu*, ingresando al supuesto de rebelión cualquier levantamiento armado dirigido contra los Poderes ejecutivo, legislativo o judicial. Por lo que, *de lege ferenda* se hubiera hecho su precisión en la tipificación, como lo plasma en rigor el artículo 226 del Código Penal argentino en el sentido de «*alguno de los poderes públicos del gobierno nacional*». Hay que precisar que con la **finalidad de variación** se busca ejecutar contra el Gobierno central y no contra los Gobiernos regionales y locales.

**751.** Generalmente, los rebeldes suelen dirigir su desobediencia hostil contra el Poder Ejecutivo antes que a los otros poderes; debido a que, en nuestro sistema político, el Gobierno se materializa *per se* en el Poder Ejecutivo y contra ella es posible lograr los cambios políticos perseguibles<sup>(111)</sup>, pero ello no obsta imputar los alzamientos contra los demás poderes estatales. Inclusive, se puede hablar de una rebelión desde el Gobierno contra otros poderes, que busca su clausura o modificación. En tal sentido, es apropiado que los rebeldes sean los representantes del Poder Ejecutivo (rebelión estatal), pues tienen el control del mando militar (fuerza institucionalizada) y la pueden ejercer contra los demás poderes (legislativo y judicial).

**752.** Con este elemento subjetivo no se intenta desconocer a la persona que ocupa el cargo de gobierno<sup>(112)</sup>, sino a la disposición del gobierno, su estructura y configuración constitucional. En ese sentido, variar la forma de Gobierno quiere decir cambiar la configuración estructural de la división tripartita del gobierno, ya sea

<sup>(110)</sup> Por ello, el Código Penal argentino (artículo 226) es más directo al hacer mención al sistema democrático del Gobierno argentino.

<sup>(111)</sup> *Cfr.* MORENO VI, 1923, p. 88. *Vid.* tab.: Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 15.

<sup>(112)</sup> *Cfr.* CAMAÑO ROSA, 1967, p. 53.

dirigida específicamente contra la estructura orgánica de cada poder del Estado (Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo n.º 560; Poder Legislativo, Reglamento Interno del Congreso; Poder Judicial, Decreto Legislativo n.º 767) o en conjunto, es decir, contra el principio de división y separación de poderes.

## 5.2. Deponer al gobierno legalmente constituido<sup>(113)</sup>

Lo que buscan los rebeldes es privar, derrocar o separar del cargo gubernamental a los individuos elegidos legalmente<sup>(114)</sup>. A diferencia del anterior elemento subjetivo, aquí se desconoce a quien asumió la autoridad de acuerdo con las vías señaladas por la Constitución. No se concibe una rebelión contra un Gobierno de facto<sup>(115)</sup>. La tendencia del atentado no se dirige contra la institución u organismo constitucional; sino contra quien lo asume por las vías constitucionales. Por eso que se diga que las acciones de levantamiento armado tienen que dirigirse contra la persona y no contra el cargo político en sí<sup>(116)</sup>. Entiéndase a las autoridades de cualquier de los tres poderes del Estado (*v. gr.*, presidente, congresista, magistrado supremo). En tal sentido, el caso, por ejemplo, de la disolución del Congreso, se comprende en esta

753.  
Deponer al  
gobernante

<sup>(113)</sup> En la legislación comparada, también identifican esta finalidad: artículo 265 del Código Penal suizo («derrocar con violencia a las autoridades políticas constitucionales»), artículo 472.2 del Código Penal español («destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia»), artículo 226 del Código Penal argentino («deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional»), artículo 467 del Código Penal colombiano («derrocar al Gobierno Nacional»), artículo 121 del Código Penal boliviano («deponer algunos de los poderes públicos del gobierno nacional»), artículo 144 del Código Penal venezolano («deponer al Gobierno legítimamente constituido»), artículo 132.III del Código Penal mexicano («separar del desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación»), artículo 301 del Código Penal costarricense («deponer algunos de los organismos del Estado»), artículo 434 del Código Penal panameño («derrocar al gobierno nacional legalmente constituido»), artículo 340.2 del Código Penal salvadoreño («deponer al presidente de la República o al que haga sus veces»), artículo 385 del Código Penal guatemalteco («deponer al gobierno constitucional») y artículo 336 del Código Penal hondureño («derrocar al gobierno legalmente constituido»).

<sup>(114)</sup> Se trata de la tendencia del delito de rebelión más tradicional en la legislación peruana. Los primeros antecedentes nos remontan a la Ley n.º 13 del Proyecto de Código Penal de MANUEL LORENZO DE VIDAURRE cuya fórmula consistía en «el que dispone algún movimiento sedicioso con ánimo de deponer a las autoridades constituidas»; luego, se acogió en el artículo 127 del Código Penal de 1863 («deponer al Gobierno constituido») y el artículo 302 del Código Penal 1924 («deponer al Gobierno constituido»). Actualmente, los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522) mantienen el elemento subjetivo.

<sup>(115)</sup> VALENCIA, 2007, p. 341.

<sup>(116)</sup> En este caso, RODOLFO MORENO señala que los rebeldes no tienden al cambio del sistema político-constitucional, sino el de los hombres que desempeñan los puestos (VI, 1923, p. 88). *Cfr.* FONTÁN BALESTRA, 1998, p. 776; TAZZA III, 2018, p. 17; NÚÑEZ, 1999, p. 396; TERRAGNI III.II, 2012, p. 279; DONNA II-C, 2002, p. 440; BOUMPADRE 3, 2003, p. 38; ABOSO, 2018, p. 1293; BOSCH/LODIGGIANI en Baigún/Zaffaroni 9, 2010, p. 718; MARÍN, 2008, p. 707; FERREYRA/PONCE en Balcarce II, 2014, p. 156; MORENO en Estrella/Godoy Lemos III, 2000, p. 282.

modalidad tendencial<sup>(117)</sup>. Empero, CARLOS CREUS señala que «no se trata de un ataque a la organización institucional del poder (...), sin perjuicio de que ello quede comprendido por la finalidad anterior»<sup>(118)</sup> y MANUEL G. ABASTOS HURTADO por su parte estima que «la deposición del Gobierno constituye una modalidad que va íntimamente unida a la anterior ya que no cabe cambiar la forma de gobierno, sino derrocando a los que están gobernando al país»<sup>(119)</sup>. Esta **finalidad de deponer** ha de ser entendida *in extenso*, absoluto y no temporal, es decir, se depone del Gobierno al individuo para que no lo vuelva a asumir luego de cesado las acciones.

754. Requisito previo: gobernante legítimo. Hay que insistir que los rebeldes desconocen a quién haya asumido el Gobierno —componente que lo diferencia de la sedición—; por lo que la tendencia del alzamiento se dirige a quien ya asumió el cargo constitucional. Es menester entonces que previamente el agraviado se encuentre ejerciendo legítimamente la autoridad o, por lo menos, haya juramentado u otorgado el cargo (**requisito previo**). Se excluyen otras formas tendenciales de desconocimiento como el impedir que asuma la encargatura, impedir —permanente o temporalmente— el ejercicio funcional o impedir su renovación o reelección<sup>(120)</sup>.

755. Gobernante usurpador. Por último, hay que establecer que la deposición se dirige contra un Gobierno constituido legalmente, es decir, de acuerdo con las vías de elección y selección que

(117) Expresamente lo preveía el artículo 127 del Código Penal de 1863 («*dissolver al Congreso*») y el artículo 302 del Código Penal de 1924 («*dissolver al Congreso*»). En el Código Penal español (artículo 472) todavía lo mantiene: «*Dissolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma*». Los Códigos Penales de Ecuador (artículo 336) y El Salvador (artículo 340) también incluyen el elemento subjetivo de disolución.

(118) CREUS II, 1996, p. 176.

(119) ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 8.

(120) En otras legislaciones sí se prevén estas formas de tendencia: artículo 265 del Código Penal suizo («*imposibilita el ejercicio de los poderes*»), artículo 226 del Código Penal argentino («*impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales*»), artículo 121 del Código Penal chileno («*privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas*»), artículo 142 del Código Penal uruguayo («*impedir a los Poderes del Estado el libre ejercicio de sus funciones*»), artículo 144.1 del Código Penal venezolano («*impedirle tomar posesión del mando*»), artículo 121 del Código Penal boliviano («*impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su renovación en sus términos legales*»), artículo 336 del Código Penal ecuatoriano («*dificultar el ejercicio de sus atribuciones*»), artículo 132.III del Código Penal mexicano («*impedir el desempeño de su cargo*»), artículo 301 del Código Penal costarricense («*impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales*»), artículo 98.1.a del Código Penal cubano («*impedir en todo o en parte, aunque sea temporalmente, a los órganos superiores del Estado y del Gobierno, el ejercicio de sus funciones*»), artículo 420 del Código Penal nicaragüense («*impedir el libre ejercicio de sus funciones*»), artículo 435 del Código Penal panameño («*impedir la formación, el funcionamiento o la renovación de alguno de los órganos del Estado en los términos y las formas que establece la Constitución o la Ley*»), artículo 340 del Código Penal salvadoreño («*impedir que se encargue de la presidencia de la República la persona quien corresponda*») y artículo 385 del Código Penal guatemalteco («*impedir la integración, renovación, el libre ejercicio o el funcionamiento de los organismos del Estado*»).



señala la Constitución y las leyes. No habrá rebelión si el alzamiento armado se ejecuta contra Gobiernos irregulares, usurpadores, de actos ilegítimos, pues en todo caso persistiría el ejercicio legítimo del derecho de insurgencia.

Asimismo, hay posibilidad de una rebelión estatal, es decir, ejercida por la propia autoridad contra uno de los poderes del Estado. Puede acaecer que el propio Poder Ejecutivo, por tener el señorío en el control de la fuerza institucionalizada (Fuerzas Armadas), es el más apto para deponer al resto a las autoridades que asume legítimamente los demás poderes (legislativo o judicial).

756.  
Rebelión  
estatal

### 5.3. Suprimir o modificar el régimen constitucional<sup>(121)</sup> <sup>(122)</sup>

Se presentan dos supuestos: *i)* el querer derogar o suprimir el orden o régimen constitucional, es decir, a la Constitución Política misma; *ii)* o la variación o cambio del orden constitucional o la Constitución por otra. Todos estos supuestos constituyen fines que tienden a formas graves, pues de darse su concreción, los actos que al comienzo eran perseguibles penalmente perderían todo tipo de responsabilidad penal. Cualquiera sean estas finalidades, el sujeto activo puede tener un objetivo total o parcial sobre la Constitución. De ser una tendencia parcial de supresión o modificación, esta debe recaer en principios o componentes esenciales de la Constitución<sup>(123)</sup>.

757.  
Tendencia  
contra la  
Constitución

<sup>(121)</sup> En la legislación comparada, también identifican esta finalidad: artículo 283 del Código Penal italiano («cambiar la Constitución del Estado»), parágrafo 81 del Código Penal alemán («cambiar el orden constitucional que se basa en la Constitución de la República Federal de Alemania»), artículo 265 del Código Penal suizo («cambiar la Constitución de la Confederación o de un Cantón»), artículo 472 del Código Penal español («derogar o modificar total o parcialmente la Constitución»), artículo 226 del Código Penal argentino («cambiar la Constitución»), artículo 467 del Código Penal colombiano («suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente»), artículo 121 del Código Penal chileno («cambiar la Constitución del Estado»), artículo 273.1 del Código Penal paraguayo («cambio del orden constitucional fuera de los procedimientos previstos en la Constitución»), artículo 144.2 del Código Penal venezolano («cambiar violentamente la Constitución de la República Bolivariana»), artículo 121 del Código Penal boliviano («cambiar la Constitución Política»), artículo 132.I del Código Penal mexicano («abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos»), artículo 336 del Código Penal ecuatoriano («desconocimiento de la Constitución de la República»), artículo 301 del Código Penal costarricense («cambiar la Constitución»), artículo 98.1.c del Código Penal cubano («cambiar, total o parcialmente, la Constitución»), artículo 420 del Código Penal nicaragüense («modificar o derogar la Constitución Política de la República de Nicaragua total o parcialmente»), artículo 434 del Código Penal panameño («cambiar violentamente la Constitución Política»), artículo 340 del Código Penal salvadoreño («abolir o cambiar violentamente la Constitución de la República»), artículo 385 del Código Penal guatemalteco («abolir o cambiar la Constitución de la República, para variar, en todo o en parte el régimen constitucional existente») y artículo 336 del Código Penal hondureño («para cambiar, en todo o en parte, el régimen constitucional existente»).

<sup>(122)</sup> Este elemento subjetivo no tiene antecedente legal, siendo incorporado con el vigente Código Penal. Los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 526) y 2016 (artículo 522) lo mantienen.

<sup>(123)</sup> MANZINI 7, 1957, p. 76; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 113. Cfr. VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 13.

Por ejemplo, el alzamiento para el reconocimiento del matrimonio homosexual no califica como un delito de rebelión.

758.

Fin de  
suprimir

Con el **fin de suprimir** el régimen constitucional los rebeldes buscan dejar al Estado peruano sin una normatividad fundamental. No es factible condicionar la supresión a relatividades en extensión (determinadas normas o principios constitucionales)<sup>(124)</sup> o tiempo (temporal), ya que aquí lo que importa es la supresión absoluta. Por consiguiente, el artículo 346 no prevé la tendencia de suspender el régimen constitucional<sup>(125)</sup>.

759.

Fin de  
modificar

Mediante el **fin de modificar** el régimen constitucional lo que se busca es una sustitución total o parcial del orden que la Constitución expresa o divida la organización del Estado. Se busca burlar, por medio de estos dos fines, la voluntad popular de un país pretendiendo prevalecer el interés de un sector reducido (los rebeldes). En la práctica solo puede darse la pretensión de querer modificarla antes que suprimirla. En realidad, el alzamiento armado no se constituye como una forma directa generadora del cumplimiento de los fines, sino se presenta como el condicionamiento a la realización de las vías legítimas para determinar procedimiento constitucionalmente establecido para realizarlo<sup>(126)</sup>. Aclara MIGUEL LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA que «esta actividad solo es viable por los cauces parlamentarios previstos, de suerte que el rebelde no parlamentario que se alza para el logro de tal fin, está realizando una conducta básica dirigida a la consecución de una finalidad pretendida imposible, salvo que se trate de alcanzarla a través de la imposición coactiva de su voluntad a los parlamentarios»<sup>(127)</sup>.

760.

Elementos  
subjctivos  
alternativos

El sujeto activo que se alza en armas puede hacerlo orientando por cualquiera de los tres elementos subjetivos típicos (tipo mixto construido alternativamente: los objetivos o fines son heterogéneos alternativos y no cumulativos)<sup>(128)</sup>, siendo que de ellos es deducible, mayormente, un afán ostentatorio del poder estatal aunque no lo precise el tipo penal, pero sí se rescate en lo mencionado por el artículo 45 de la Constitución Política al establecer que «ninguna persona, organización, Fuerza Ar-

(124) ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE hace mención de la posibilidad de procurar una sustitución total o una alteración parcial de la Constitución (VI, 2016, p. 107).

(125) A diferencia del artículo 472 del Código Penal español («suspender la Constitución»), el artículo 420 del Código Penal nicaragüense («suspender la Constitución»), el artículo 385 del Código Penal guatemalteco («suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional») y el artículo 336 del Código Penal hondureño («para suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional existente»).

(126) CREUS II, 1996, p. 176. Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 90.

(127) LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998, p. 276. Cfr. POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 576.

(128) LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA en Llorente *et al.*, 1998, p. 275.

*mada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición».*

No es necesario la presencia de **otros elementos subjetivos** para reforzar el dolo, menos para modificar la gravedad de la calificación típica de la rebelión. Mencionamos esto, pues el derogado Código Penal de 1924 (artículo 302) contenía el supuesto agravante del rebelde que ejecuta el alzamiento por lucro o cualquier móvil innober. Se trataba de un tipo de tendencia interna intensificada en el que el rebelde ostenta un carácter de alta peligrosidad para el bien jurídico por impulsar su conducta para la búsqueda de un fin personal frente a un bien jurídico de gran importancia. Actualmente, no se acoge esta especial agravante, pero en la individualización de la pena, el juez podrá tener en cuenta para incrementarla (artículo 46.2.c, Código Penal).

761.  
Otros  
elementos  
subjetivos

Por otro lado, los **conocimientos mínimos** que deben manejar los rebeldes se enfocan en tener una idea, por lo menos general, del plan criminal u objetivo del alzamiento. Estos conocimientos pueden ser brindados previo o durante el alzamiento. Así, el sujeto activo que, conociendo o siendo convencido, opta por participar en el alzamiento. El cargo funcional que ostente la persona o el rol dentro del grupo organizado que lo planifica le brindan a los rebeldes conocimientos especiales que no pueden negar. Asimismo, los comunicados previos o la participación en la planificación del alzamiento (conocimientos situacionales) refuerzan la imputación del conocimiento.

762.  
Conoci-  
mientos  
mínimos

**Jurisprudencia:** «Asimismo, es de significar que el acusado fue informado y conoció acerca de las medidas de subvertir el orden constitucional antes que estas se pusieran en marcha y se ejecutaran por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales y que fue también anterior al mensaje a la Nación realizado por el ex Presidente en la que comunicaba los pormenores de la clausura temporal del Congreso de la República y otras medidas afines» (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-2004-06-A Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3hGbSV3>



Alguno de los rebeldes puede incurrir en error sobre el objetivo del alzamiento (**error de tipo**). Quienes intervienen directamente armados pueden errar, por ejemplo, sobre el desconocimiento al gobernante. Entenderán que los fines del alzamiento es el ejercer reclamos a la autoridad, cuando en realidad se realizaba la rebelión para derrocarlo. Se trataría de un error en el objetivo político, por lo que no se le podrá atribuir responsabilidad alguna en la rebelión por no haber, por un lado tentativa de rebelión y, por otro, por ser insuficiente el alzamiento individual.

763.  
Error de  
tipo

## §6. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 6.1. Consumación y tentativa

764.  
Consumación

Para la **consumación formal** de la rebelión solo se requiere que un grupo de individuos se alcen en armas guiados por cualquiera de los fines típicos sin necesidad de que se concreten (**delito de resultado cortado**: la consumación objetiva se anticipa a la subjetiva, por razones de política criminal)<sup>(129)</sup>. El adelantamiento de la barrera de protección se debe a cuestiones de mayor prevención general y la necesaria atención de la tutela penal de los bienes jurídicos protegidos en juego<sup>(130)</sup>; ya que, siendo la pretensión de los rebeldes la variación de la forma de gobierno, deposición de un gobierno legalmente constituido o la supresión o modificación del orden constitucional, el triunfo de la rebelión (**agotamiento**) conllevará la imposibilidad de que estos sean sancionados por un nuevo orden constitucional u otro gobierno en la que lo consideran como «*héroes políticos*»<sup>(131)</sup>. Por eso que se califique a la rebelión como el delito de los derrotados<sup>(132)</sup>. Por consiguiente, se trata de un **delito de actividad** sin exigir la concreción latente de los fines típicos.

**Jurisprudencias:** «La rebelión se configura como un delito de consumación anticipada, en la modalidad conocida doctrinalmente como delito de resultado cortado, cuya consumación se produce sin necesidad de que en el plano subjetivo se haya materializado el propósito último de los autores. El adelantamiento de la barrera de protección obedece a razones fácilmente comprensibles, pues siendo la pretensión de los rebeldes la subversión del orden constitucional, el triunfo de la rebelión conllevaría la imposibilidad de que los mismos sean juzgados con arreglo al orden institucional depuesto» (Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 15): <https://bit.ly/3emEAiR>



(129) «Se trata de un delito de resultado cortado en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarles» (VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 802).

(130) Jurisprudencia: «Es de tenerse en cuenta que desde una perspectiva constitucional, los bienes jurídicos penalmente protegidos no solo tiene un reconocimiento legal en la figuras típica en comento, sino que además conciernen a una cuestión esencial de la vida en común de toda sociedad, al punto que en una línea de política criminal ha resultado necesario criminalizar por anticipado el daño que implica la afectación de este bien jurídico —delito de peligro—» (Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48).

(131) Cfr. TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares, 1999, p. 1408; REIG REIG en Serrano Bustraguéno, 1999, p. 1806; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 945. Vid. CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 573 (dificultad de punición de rebeliones exitosas). Vid. tab.: REÁTEGUI SÁNCHEZ I, 2012, pp. 849 y siguientes: sobre el interesante análisis de la rebelión entre los triunfadores y los derrotados.

(132) VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 12. Cfr. PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 100; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 73.

«Basta la materialización de dicho supuesto fáctico (alzamiento en armas) para reputarse por consumado el ilícito en referencia, deviniendo en ajeno a ello, las circunstancias subsiguientes, tales como el éxito o fracaso de dicho alzamiento» (Ejecutoria Suprema, del 17 de abril de 2009, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-04-2008 Lima, considerando 2). <https://bit.ly/2Nex7z9>



«La consumación anticipada encuentra razones justificadas en orden a la postura político criminal del legislador, ya que se trata de una decisión forzada de este, puesto que si se espera la consecución de dichos fines por parte de los "rebeldes" para considerar consumado el hecho, es muy probable que este no se sancione, debido a la probabilidad del éxito. En suma, en el caso de nuestra legislación este ilícito requiere para quedar consumado la simple conducta desplegada —alzarse en armas— no requiere un resultado en el mundo exterior distinto de la propia conducta, por consiguiente no requiere lograrse el objetivo de deponer el gobierno o cualquiera de las otras conductas previstas en el Artículo 346 del Código Penal; pues de ser así ya no serían rebeldes sino poder fáctico aunque viciado en su origen, es decir, el éxito de la Rebelión, que a diferencia de otros delitos de lesión o de resultado requieren la efectiva lesión del bien jurídico o su destrucción para su consumación; sin embargo, un aspecto que no puede omitirse es la circunstancia de que luego de efectuarse el "alzamiento" surge una situación antijurídica de cierta duración, vale decir "el lapso de la consumación". Siguiendo el argumento antes esgrimido, decimos que debe entenderse que un alzamiento idóneo realiza de forma instantánea el tipo penal previsto en el Artículo 346 del Código Penal, siendo ello suficiente para hablar del delito de Rebelión, ya que como se dijo anteriormente, el Código adelanta la consumación a la puesta en peligro del bien jurídico; ahora bien, la duración de la conducta de alzarse en armas permite hablar al menos de un cierto menoscabo para el interés tutelado que, si bien no es exigido por el tipo penal, al prolongarse en el tiempo da una base para la punición de los actos que, aunque en sí mismos no son alzamiento, si suponen una adhesión o un apoyo o un sostén al mismo» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A)<sup>(133)</sup>. <https://bit.ly/2YSVzeL>



La **tentativa** resulta de imposible configuración<sup>(134)</sup>, ya que muy bien el simple alzamiento, aunque de posible fraccionamiento de sus actos (*v. gr.*, marcha por las calles y al interior de los recintos de gobierno), puede asimilarse bajo consumación; anterior a ello, se aprecian solo actos preparatorios (*v. gr.*, reunión de planeamiento del alzamiento, obtención de las armas). El acto mismo del alzamiento que cuente con todas las características típicas da por consumado el delito, aun cuando haya alzamiento sin empleo de armas o en el ejercicio de violencia, esto no puede entenderse como actos ejecutivos.

**765.**  
Tentativa

(133) *Vid.* tab.: Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48.

(134) *Cf.* CREUS II, 1996, p. 178; BOUMPADRE 3, 2003, p. 39; PARMA/MANGIARICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 592; MARÍN, 2008, p. 707; ABOSO, 2018, p. 1294; FERREYRA/PONCE en Balcarce II, 2014, p. 157; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 101.

766.  
Delito  
permanente

Mientras dure o se mantenga el alzamiento, los efectos antijurídicos de la consumación formal persistirán. Así calificará a la rebelión como un **delito permanente**<sup>(135)</sup>. No consideramos que la rebelión constituye un delito de estado, en el cual se pueda determinar un momento consumativo instantánea con inmediata secuela de estado antijurídico<sup>(136)</sup>. Esto debido a que el alzamiento es una situación de exposición compleja que no permite establecer un instante consumativo en un estado antijurídico de peligro a los bienes jurídicos supraindividuales. No creemos que el momento en que los rebeldes exponen sus armas e imponen sus exigencias ilícitas sea el instante consumativo, más aún si esto se mantiene permanentemente durante la ejecución del delito. Por último, consideramos que el estado antijurídico idóneo y suficiente del alzamiento para la configuración de la rebelión es el del *status* de posibilidad de peligro (peligro abstracto); mas no es necesario advertir un peligro concreto<sup>(137)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El delito de rebelión no agota su ejecución al momento de iniciarse el alzamiento sino que prolonga sus efectos mientras los alzados en armas se mantengan rebeldes a los Poderes del Estado legalmente constituidos y no haya desaparecido en absoluto y por completo todo peligro para el interés público (...). Ello, por cuanto, conforme se ha indicado, la consumación se produce cuando se verifican los elementos típicos, lo que en el presente caso acontece con la materialización del alzamiento, independientemente de que este se prolongue en el tiempo, pues de ser ello así dicha consumación no cesaría al cabo de una semana como se refiere en la sentencia impugnada, sino hasta que se produzca el retorno a la institucionalidad jurídica-política afectada» (Ejecutoria Suprema, del 17 de abril de 2009, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-04-2008 Lima, considerando 2) <https://bit.ly/2Nex7z9>



767.  
Delito  
continuado

Por otro lado, los actos de alzamiento realizados periódicamente, es decir, por determinados momentos, pero guiados bajo un mismo plan criminal, configurarían a la rebelión como un **delito continuado**. Observamos etapas de alzamiento permanente en tiempos consecutivos. De hecho, la consumación se establece en la primera etapa de alzamiento permanente.

<sup>(135)</sup> Cfr: FERREYRA/PONCE en Balcarce II, 2014, p. 157. Para JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ la rebelión es un delito instantáneo pues su consumación se da en un solo momento (acción de alzarse en armas); aunque se rescata también sus efectos permanentes (1, 2012, pp. 805-806).

<sup>(136)</sup> En la jurisprudencia, la Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 48) sí califica a la rebelión como un delito permanente e instantáneo a la vez.

<sup>(137)</sup> De posición contraria: REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2002, p. 786.

## 6.2. Autoría y participación

Como señalamos, la rebelión responde siempre a una comisión plurisubjetiva de alzados o rebeldes guiados por un fin en común. Es común que esta concurrencia de sujetos activos se ejecute bajo la figura de la **coautoría** donde los alzados participan en la definición del plan global que principalmente sería el acuerdo del objetivo de la rebelión, es decir, establecer el elemento de tendencia (*i.* variar la forma de Gobierno. *ii.* deponer al Gobierno. *iii.* modificar o suprimir al régimen constitucional) y la forma como se ejecutará el alzamiento. Asimismo, los alzados tendrán el codominio funcional del hecho y podrán participar, ya sea dirigiendo o monitoreando el alzamiento y/o interviniendo directamente en este<sup>(138)</sup>.

768.  
Coautoría

**Jurisprudencia:** *«La valoración de los que intervienen en la rebelión debe basarse en la idea del dominio funcional del hecho, criterio regulador de la coautoría; por el cual no todos los agentes que intervienen en la realización del tipo terminan por realizar la acción típica nuclear — en este caso el alzarse en armas —, sino que ejecutan acciones complementarias igualmente esenciales y de significado objetivo indiscutible como, por ejemplo, planificar e idear la rebelión, ordenar la adopción de medidas tendientes a cumplir con el objetivo de los rebeldes, brindar cobertura jurídica suscribiendo normas jurídicas de legitimación como otra diversa gama de acciones que varían según cada supuesto concreto (...). La configuración de autor o coautor del delito de rebelión no requiere necesariamente haber participado en la fase de ideación, planificación u organización de la asonada político militar que por lo general es conocida por unas cuantas personas con el fin de garantizar el éxito de plan criminal, ni exige que de manera efectiva se haya empuñado armas o que se tenga la condición de militar sino basta realizar actos objetivos y materiales que demuestren la aprobación y/o intervención en dicha actividad y que en el caso del acusado queda claro que la ruptura de orden constitucional fue una decisión que avaló y respaldo de manera inmediata y que determinó como hecho objetivo indiscutible que firmada el acotado decreto ley que buscó legitimar el quebrantamiento del orden constitucional, más aún, si su aporte era esencial dada su condición de Ministro de Estado, concretamente en la cartera de Energía y Minas»* (Ejecutoria Suprema, del 13 de julio de 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-2004-06-A Lima, considerandos 5 y 7). <https://bit.ly/3hGbSV3>



La rebelión también puede ser ejecutada bajo la figura de la **coautoría accesoria o concomitante**, en el sentido de la concurrencia simultánea de varios alzados sin que entre ellos exista previamente un plan en común. Así, durante el ámbito del alzamiento pueden concurrir distintos grupos o distintas personas —ya sea en el

769.  
Otras  
formas de  
coautoría

(138) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 102.

mismo lugar o en distintos— en los cuales pueden o no coincidir con el elemento de tendencia. Asimismo, la intervención consecutiva o aditiva de varios autores (**autoría consecutiva**) es permitida mientras dure el estado antijurídico de alzamiento. Todo esto refuerza las características del alzamiento, en el caso de que un grupo no logre hacerlo. Por un lado, hay alzados haciendo destrozos en propiedad privada y, por otro, hay alzados que ejercen las exigencias ilegales.

770.  
Aparato  
de poder

Ahora bien, por el grado expansivo de los efectos que puedan generar los elementos tendenciales, lo adecuado es que los alzados se desenvuelvan bajo un **aparato de poder**. Así, los promotores, fundadores o líderes de la organización tienen el control de la dirección del alzamiento y están compenetrados con el objetivo de la rebelión en tal grado que serían los principales beneficiados de conseguirlo<sup>(139)</sup>. Los alzados, que intervienen directamente en la ejecución de la conducta típica, son reemplazables o fungibles y tienen responsabilidad en el delito. Ahora bien, técnicamente podría hablarse de una **autoría mediata** tradicional con intermediarios inimputables (*v. gr.*, menores de edad o sujetos a una obediencia jerárquica), es decir, quien tiene el dominio de la voluntad y controla la conducta de los alzados que no pueden ser imputados penalmente. Aunque en la práctica siempre aparecerá otro que contribuya en el control de los inimputables.

**Jurisprudencia:** «Cada una de las acciones delictivas se llevaban a cabo sobre la base de órdenes que impartía el procesado las que se traducían en directivas o consignas, las mismas que eran directas o retransmitidas por sus mandos medios, para que estos, dependiendo de la orden procedieran a ejecutar el plan o reunir a las personas que ejecutarían las acciones, proveyéndose de los «medios» (armas) y otros para la realización del ilícito. (...) Establecido el marco normativo, contrastado con el sustento fáctico plasmado en la acusación fiscal, se concluye en principio en la actuación dolosa del procesado en su condición de Autor Mediato, y de los otros procesados por cuanto la misma fue consciente, voluntaria y dirigida a la comisión de los delitos en tanto han sido reseñados por el Ministerio Público la comisión del delito por parte de procesados es en grado de Autores Directos, cuya actuación en los distintos delitos será analizada en su oportunidad» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzel>



771.  
Identifica-  
ción de los  
alzados

Una problemática práctica que suele suceder en la imputación de los autores es la identificación de los alzados. Justamente, por la falta de individualización a los alzados fungibles es que en la tradición legislativa española se asumió la presunción

(139) Por otro lado, en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 530) y 2016 (artículo 526) hay planteamiento de incrementar la pena a los promotores y los directores.



de responsabilidad penal para los dirigentes o líderes<sup>(140)</sup>. Así, ante la imposibilidad de poder identificar a los autores de la rebelión, la norma penal autoriza trasladar la responsabilidad a los líderes de facto, conocidos o probatoriamente declarados como tales. Se trataría de una especie de posición de garantía reprochable a quien genera o impulsa el aparato de alzamiento; aunque no haya intervenido en la ejecución directa del alzamiento. Justamente, hay una atribución penal por tener el control o dirección del alzamiento, lo que hace que se le traslade la posición de garantía por el riesgo creado al bien jurídico. Si bien en nuestra legislación nacional se carece de dicha norma de presunción, consideramos que por la posición de garantía del cabecilla que controla el alzamiento debe ser imputado penalmente.

En relación con la participación, el **instigador** es quien crea o refuerza a los elementos subjetivos de la rebelión y la forma como lo reclaman (alzamiento). Se podría decir que se trata del ideólogo o asesor de los alzados. Su labor se identifica tanto en etapas de formación del plan criminal (creación del dolo) como en la ejecución mismo del alzamiento (reforzamiento del dolo). Pero, siendo que el instigador debe dirigirse a una persona o grupo de personas determinadas (dolo concreto del instigador); no se comprende los casos de instigación a personas indeterminadas o, mejor dicho, provocación o incitación pública. En tal sentido, si el ideólogo opta por difundir la convocatoria de la rebelión públicamente, ya sea comunicando sus razones, brindando instrucciones o los medios para su comisión, no hay previsión legal<sup>(141)</sup>. Otro tema sería si el partícipe interviene con durante o con posterioridad al alzamiento, exaltando, justificando o enaltecándolo. Estaríamos ante el delito de apología agravada (artículo 316, Código Penal).

772.  
Instigador

En relación con la **complicidad**, para que sea catalogado como necesario el aporte debe lograr darle eficacia al alzamiento en atención a sus elementos de tendencia. Por ejemplo: la labor de los espías o facilitares de la información sobre la situación

773.  
Cómplice  
primario

<sup>(140)</sup> Actualmente, el artículo 474 del Código Penal español lo prevé: «Cuando la rebelión no haya llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ello, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación». Similar fórmula se advierte en el artículo 342 del Código Penal hondureño: «cuando no sea posible descubrir los autores, serán penados como tales los jefes principales de la rebelión». El Código Penal de 1863 también contaba con similar fórmula: «Si no pudiese averiguarse quién de los sublevados cometió el delito especial, se hará responsable a los autores del tumulto».

<sup>(141)</sup> Lo cual sí se advierte en el artículo 340 del Código Penal hondureño («quienes en forma pública inciten formal o directamente a una rebelión o sedición, comunican instrucciones o indican los medios para consumar dichos delitos»), el artículo 303 del Código Penal costarricense («al que hiciera propaganda pública para sustituir por medios inconstitucionales, los organismos creados por la Constitución o para derogar los principios fundamentales que ella consagra») y el artículo 389 del Código Penal guatemalteco («quienes, públicamente o por cualquier medio de difusión, incitaran formal y directamente a una rebelión o sedición, o dieran instrucciones para realizarla»). Otras fórmulas que hacen mención a la provocación: artículo 477 del Código Penal español y artículo 424 del Código Penal nicaragüense.

o ubicación de las autoridades a quienes se dirige el alzamiento. El sostenimiento del alzamiento y el reforzamiento de sus características también juegan un papel importante que califica al aporte del cómplice primario. Por ejemplo: los financista o patrocinadores económicos o quienes facilitan las armas.

774.  
Cómplice  
secundario

En el caso de los **cómplices secundarios**, el aporte no esencial lo realizarán tanto en la etapa preparatoria como ejecutiva del delito. Sin embargo, atendiendo que los efectos consumativos se establecen en el momento mismo del alzamiento, esto solo permitiría en principio hablar de aportes prescindibles en etapas preparatorias. Sin embargo, cabe atender aquellos aportes derivados de acuerdos previos con el autor. Es decir, entre el autor y el cómplice secundario hay coordinaciones (no proceden los casos de partícipes simultáneos o espontáneos) o promesas de contribuir en el alzamiento; inclusive, en su prosecución. De haber acuerdo previo, excepcionalmente los aportes no necesarios durante el estado antijurídico del alzamiento califican la complicidad secundaria.

**Jurisprudencias:** *No cabe la complicidad secundaria durante el agotamiento del delito de rebelión, esto es, durante la prolongación del estado antijurídico creado desde el 5 de abril de 1992 hasta después de una semana, sin que previamente o durante la ejecución se hay acreditado "el convenio", "el aporte acordado anteriormente o simultáneamente" o "la promesa previa" con los autores del delito de rebelión para una contribución o auxilio post consumación. De este modo, en la línea propuesta por un amplio sector doctrinal, concluimos que en la sentencia impugnada no se dan los presupuestos para fundar complicidad secundaria en el estado de agotamiento del delito de peligro abstracto, en el caso sub examine del ilícito penal de rebelión, sobre la base de las consideraciones precedentes, se descarta la configuración del cómplice secundario» (Ejecutoria Suprema, del 17 de abril de 2009, de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 13-04-2008 Lima, considerando 2). <https://bit.ly/2Nex7z9>*



*«Los Ministros que no presentaron su renuncia y manifestaron su conformidad o apoyo a la decisión del expresidente, tal hecho, por sí mismo, carece de relevancia penal, ya que se trataría en todo caso de un apoyo moral que en nada contribuyó a la materialización del plan de referido ex mandatario para atentarse contra la vida democrática de la Nación, basándose para ello en el uso de las armas, puesto que es claro que la decisión ya estaba tomada y el apoyo o el rechazo de los Ministros al plan golpista, no haría cambiar el curso de los acontecimientos, tan cierto es ello que la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros no desanimó al ex Presidente de la República y a la cúpula militar de levantarse en armas» (Sentencia, del 26 de noviembre de 2007, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 13-2004-A-V, considerando 53). <https://bit.ly/2YgDcS3>*



775.  
Aporte  
neutral del  
cómplice

Ahora bien, a efectos de calificar el aporte neutral del que contribuye o provea al grupo de rebeldes (asociación), es de tener presente dos componentes (**prohibición de regreso**): *i*) que se desconozca el rubro u objeto de la agrupación. *ii*) que el con-

texto de desenvolvimiento no sea marcadamente delictivo. En cuanto a lo primero, implica que la persona no tiene conocimiento ni puede prever los fines políticos de los beneficiarios de su prestación o servicio; menos aún que puede advertir por terceros dicha información. Obviamente el aporte pierde neutralidad si va a favor de los rebeldes conocidos públicamente. Los que integran la agrupación pierden neutralidad; pues se entiende que manejan conocimientos mínimos situaciones de los fines de la organización. En cuanto a lo segundo, los que brinden apoyo en el desarrollo del contexto marcadamente delictivo (*v. gr.* durante el alzamiento) no pueden alegar neutralidad en su aporte, pues pueden prever el incremento del riesgo al momento de la comisión del delito. Así, por ejemplo, brindar armas a los rebeldes en pleno alzamiento pierde neutralidad; aunque, ya hemos señalado que si no hay acuerdo previo con los autores no procede la complicidad *post* consumativa.

### 6.3. Concurso de imputaciones

En atención al bien jurídico protegido, es necesario aclarar que el tipo penal de la rebelión no abarca la generación de otros perjuicios a intereses jurídicos personalísimos. Si bien una de las características del alzamiento es que sea ejercido en forma hostil, es decir, agrediendo bienes jurídicos personales (*v. gr.*, vida, salud, patrimonio, libertad), esto no implica que los fines de la norma penal de la rebelión cubran la comisión de otros delitos dados en el alzamiento; más aún, si estos fueron previstos en la definición del plan en común de los alzados. En tal sentido, no hay subsunción de los delitos particulares como homicidio, lesiones, secuestro, extorsión, hurto o daños patrimoniales en la estructura típica de la rebelión. Sus consecuencias afectan bienes jurídicos personalísimos y exigen su adecuación típica conforme a sus respectivas normas penales. No se aplica el principio de consunción. Estos delitos tendrán su imputación autónoma a la rebelión<sup>(142)</sup>; pudiendo darse, más bien, un concurso ideal de delitos si los delitos particulares constituyen un alzamiento violento; por lo que las reglas de la punición corresponderán a la del concurso ideal. Por lo pronto,

776.  
Autonomía  
frente a  
los delitos  
particulares

(142) Así también lo han establecido: artículo 481 del Código Penal español («los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código»), artículo 236 del Código Penal argentino («cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles»), artículo 137 del Código Penal mexicano («cuando durante una rebelión se cometan los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos, se aplicarán las reglas del concurso»), artículo 385 del Código Penal guatemalteco («si como consecuencia del alzamiento, causare otros delitos, se estará a las disposiciones de este Código sobre concursos») y artículo 341 del Código Penal hondureño («las personas que participando o no en una rebelión o sedición o que con motivo de ella, cometieron otros delitos especiales tipificados en el presente Código, serán sancionados conforme lo establecido en los correspondientes capítulos»). El Código Penal de 1924 (artículo 313) señalaba: «Cuando al ejecutar los delitos previstos en esta Sección, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles».

los delitos comunes conexos a la rebelión mantienen autonomía en su imputación típica dentro de un ámbito concursal.

**Jurisprudencias:** *«Las reglas del concurso (real, ideal y continuado) no son alteradas por entender que un delito, de los varios que concurren, es político. El hecho de que los bienes jurídicos vulnerados puedan ser plurales en un mismo suceso histórico, no es significativo para dejar de aplicar sus disposiciones (artículos 48-51 del Código Penal) (...). Que exista un delito que vulnere un bien jurídico político y otro que quebrante un bien jurídico distinto, ello no implica que no puedan aplicarse concurrentemente las disposiciones de este último»* (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerandos 12-13). <https://bit.ly/3hL28IV>



*«El accionar pluriofensivo se centró en la pretensión de los "Humalistas" (aproximadamente 95 personas) poder deponer al presidente Constitucional del Perú Alejandro Toledo Manrique, sus ministros y demás autoridades a su cargo (delito fin), y para conseguir dicho propósito decidieron asaltar la Comisaría Sectorial de Andahuaylas, enarbolando como consignas reduciendo a los efectivos policiales de dicha comisaría tomaron posesión de las armas. Asimismo, los policías que se encontraban de servicio en dicha comisaría, fueron reducidos y se les privó de su libertad mientras duró la toma del local. Procedieron también a reducir a los miembros del ejército que estaban apostados en el cerro Huayhuaca, a los mismos que fueron conducidos al interior de la comisaría y obligados a permanecer dentro de ella; estos actos constituyeron (delito medio) los instrumentos para lograr el delito fin. Existiendo en el presente caso una sola acción típica, para cuya configuración, a su vez, se cometerían otros tipos delictivos heterogéneos, es decir, se daría una aparente unidad de acción y pluralidad de delitos, frente a una voluntad criminal única que comprende a varios hechos, pero cuya conexión íntima entre estos, hace una relación como de medio a fin, siendo esta intimidad que hace necesaria la presencia de ellos, no pudiendo realizarse una rebelión, si no existen armas de fuego, grupos de personas organizadas con funciones delimitadas jerárquicamente en mandos y funciones específicas que ocasionan daños, coacciones, secuestros y otros delitos medios, que se refunden en el propósito de conseguir la dimisión del gobierno, pero formando una unidad delictiva, debiendo reprimirse penalmente solamente por el delito de rebelión»* (Ejecutoria Suprema, del 28 de junio de 2012, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1478-2010 Lima, considerando 3.6-7). Cabe realizar una aclaración sobre el empleo de los conceptos «refundición» y «subsunción» de esta última ejecutoria. No es que exista una supremacía en la imputación típica de la rebelión y el secuestro se subsume a ella (no se trata de un concurso aparente de leyes). Ambos delitos mantienen su imputación típica (objetiva y subjetiva) en una relación de concurso ideal de delitos: esto no quiere decir que solo se reprimirá a la rebelión y no el secuestro. La refundición que se hace mención tiene que ver con la determinación de la pena (acumulación jurídica: se considera la pena más grave y se incrementa hasta una cuarta parte sin exceder a los 35 años); mas no con la calificación jurídica. En resumen, son autónomos en su configuración típica, pero dependientes por concurso ideal sobre la pena a aplicarseles. <https://bit.ly/3dgPQ7F>



Esto no sucedería con los delitos contextuales como los **disturbios** (artículo 315, Código Penal), **tenencia ilegal de armas** (artículo 279, Código Penal), **atentado contra los medios de transporte** (artículo 280, Código Penal) o **entorpecimiento de los servicios públicos** (artículo 283, Código Penal), en los que la conducta típica «*alzamiento*» absorbe estructuralmente sus componentes (*v. gr.*, armas, reunión tumultuaria violenta, creación de situaciones de peligro); por lo que, bajo el principio de consunción, estos se subsumen al delito de rebelión.

Por otro lado, al encontrarnos ante rebeldes organizados, habría que analizar la relación concursal existente entre la rebelión y la **organización criminal** (artículo 317, Código Penal). Se tratará de un concurso real de delitos: una voluntad criminal que guía dos conductas (organización y alzamiento) que tipifican dos delitos.

## §7. JUSTIFICACIÓN

Se plantean discusiones de justificación para los actos de alzamiento armado que hayan sido provocados por actos arbitrarios de los poderes públicos o ante la asunción de Gobiernos ilegales o arbitrarios<sup>(143)</sup>. En realidad, es problemática la validez de la **resistencia** como acto de rebelión<sup>(144)</sup>. Al respecto, algunos autores niegan ampararse por **justificación**. Por ejemplo, JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO considera que se configura el delito, aun cuando el acto que dio origen la resistencia sea arbitrario. Establece que existen otros mecanismos legítimos diferentes a los actos de levantamiento armado. Otros opinan lo contrario, como EUGENIO FLORIÁN que entiende que el alzamiento en dichos casos es legítimo, y que el carácter legítimo de esa resistencia elimina la antijuridicidad de la conducta típica<sup>(145)</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que la Constitución Política deja en claro este problema al conferir el **derecho de insurgencia** al pueblo frente al Gobierno autoritario y usurpador: «*Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa de orden constitucional. (...)*» (artículo 46). Por lo que en estos casos *nihil obstat* que se plantee como amparo el **ejercicio legítimo de un derecho**, o quizá, estado de necesidad justificante, denegando la antijuridicidad de la conducta<sup>(146)</sup> y trasladando la responsabilidad de la situación

777.  
En relación con los delitos contextuales

778.  
En relación con la organización criminal

779.  
La resistencia como rebelión

780.  
Derecho de insurgencia

(143) Así, CAMPOS, 1946, p. 160; SOSA DÍAS, 1979, p. 91.

(144) Sobre la legitimidad de la resistencia, *Vid.* LÓPEZ LOARTE/BERROCAL VERGARA, 2006, pp. 43-44. *Vid.* tab. alegatos de defensa del doctor JAVIER VALLE RIESTRA en el caso *Salinas Sedó* en LÓPEZ LOARTE/BERROCAL VERGARA, 2006, pp. 93-103.

(145) *Cfr.* SOSA DÍAS, 1979, pp. 92-93. *Vid.* OCROSPOMA PELLA en *Actualidad Jurídica* n.º 135, 2005, p. 80.

(146) El artículo 336 del Código Penal ecuatoriano lo identifica como un elemento del tipo penal al describirlo en la norma: «*sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia*».

de peligro en el proceder propio del Gobierno ilegítimo. Lo importante para la invocación de la justificación es que en los hechos se determine que la insurgencia ejercida fue dirigida contra un Gobierno ilegítimo, es decir, que asumió el cargo fuera de las formas y vías establecidas por la Constitución.

**Jurisprudencias:** «Los acusados han contrado su tesis de defensa en que dicho acto se encontraba debidamente justificado, pues actuaron en ejercicio del derecho a la insurgencia, previsto en el artículo 46 de la Constitución Política del Estado, sosteniendo ello en una aparente ilegitimidad del entonces presidente de la República; al respecto debe indicarse que tal argumento de defensa carece de consistencia, toda vez que la legalidad del ejercicio del cargo de presidente Constitucional de la República nunca estuvo en discusión, más aún si se advierte que este asumió el poder luego de un proceso electoral democrático (...); en tal sentido, no resulta cierta que el argumento planteado por la defensa de los encausados, pues de lo anotado precedentemente se puede colegir que no se encontraban frente a un gobernante ilegítimo, ya sea de origen o de ejercicio—los primeros asumen el poder de manera casi siempre violenta y desordenada, por un acto de fuerza, desconociendo la legalidad preexistente, por lo que es imposible su encausamiento democrático, en tanto que los segundos acceden al poder e inicialmente se adhieren y conviven con la legalidad preexistente, hasta que paulatinamente imponen su propia normativa colisionando con el estado de cosas que caracterizan a un democrático—» (Ejecutoria Suprema, del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 890-2010 Lima, considerando 18). <https://bit.ly/3emEARR>



«La Insurgencia como derecho popular está amparada o avalada en el artículo 46 de la Constitución Política del Perú, pero como derecho de los ciudadanos en defensa del orden constitucional; sea contra un gobierno de facto o contra quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes, pero en ello no puede entenderse que bajo el supuesto de la existencia de una denuncia en investigación sobre la adulteración de planillones electorales para inscribir un Partido Político y luego presentarse como candidato a la Presidencia de la República se considere un Gobierno como ilegítimo y como tal es permisible a la Insurgencia pues la ilegitimidad, pues en caso de ser declarado así por el Poder Judicial ello sería un vicio sobre la manera de ponerse en carrera hacia la Presidencia distinto a la propia asunción al Poder. Ilegitimidad que es distinta a la ilegalidad, a la que está expuesto cualquier Gobierno al paso del periodo para el cual fue elegido y no por ello es permisible la Insurgencia. Es más cualquier cuestionamiento sobre su legalidad o legitimidad debe resolverse por los mecanismos establecidos en la Constitución y en la Ley» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Carcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzeL>



781.  
Rebeldes  
vencedores

Por eso, cuando la rebelión no alcanza sus objetivos, los rebeldes suelen alegar cumplimiento de un derecho; pero, en la hipótesis que logren sus objetivos, muchas veces dejan de ser considerados responsables penalmente por la concesión de la amnistía, para asumir luego, algunos de ellos, los cargos gubernamentales. En contrario,

esto nos lleva a hablar de la rebelión, como ya dijimos, como el delito de los vencidos o de los derrotados<sup>(147)</sup>. «Cuando triunfa, los rebeldes se constituyen en un poder fáctico que declara rebeldes a los que antes detentaban legítimamente el poder»<sup>(148)</sup>.

Sobre la rebelión contra la Constitución, está de más señalar que esta no permite justificación alguna<sup>(149)</sup>. No puede recurrirse a las armas para conseguir un cambio o supresión de la Constitución, cuando existen otras vías legales para ello. Pero, si se habla de la imposición de una Constitución por un Gobierno usurpador o ilegítimo; en realidad, la rebelión se ejerce contra el Gobierno antes que la Constitución; por lo que en tal caso el alzamiento se justifica bajo el ámbito del derecho a la insurgencia.

782.  
Rebelión  
Injustificada

**Jurisprudencia:** «La principal característica de este delito es que constituye un atentado a las bases propias del sistema constitucional; encontrándonos en un estado de derecho social y democrático no se puede admitir ningún ataque a las bases del régimen constitucional fuera de las vías legales (las normas internas prevén no solo la forma sino los motivos por ejemplo del pedido de vacancia presidencial) y menos aún mediante un alzamiento violento y público, por lo que la alegación de un estado de necesidad o el cumplimiento de un mal entendido deber como causa de justificación es inexistente, así, la explicación de haber jurado en tiempos atrás cuando se tenía la calidad de miembros militares y policiales ante la bandera peruana defender el suelo patrio y la constitución, es función propia de las Fuerzas Armadas y Policiales en actividad e incluso en caso de guerra» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A) <https://bit.ly/2YSVzeL>



Por otro lado, en plena ejecución del alzamiento el intercambio de agresiones entre los rebeldes y las fuerzas armadas y policiales, se entiende que la agresión ilegítima partiría de parte de los alzados y los actos de defensa al *status* constitucional de las fuerzas del orden. De parte de los alzados, no pueden alegar **legítima defensa**, pues la agresión ilegítima proviene de ellos, salvo que estos han desistido totalmente del alzamiento y las fuerzas del orden han procedido arbitraria e irracionalmente en el empleo de la fuerza. De parte de las fuerzas del orden, no cabe invocar legítima defensa pues esta no califica ante agresiones ilegítimas de un bien jurídico supraindividual, lo que se debe invocar es el cumplimiento del cargo o función pública (defensa del Estado y la Constitución). Bajo esa causal se evaluará si las fuerzas del orden emplearon racionalmente los medios necesarios para repeler el alzamiento.

783.  
Justificación  
por las  
agresiones

(147) FONTÁN BALESTRA, 1998, p. 771; MORENO VI, 1923, p. 88; DONNA II-C, 2002, p. 445.

(148) MUÑOZ CONDE, 2015, p. 688. Cfr. VALENCIA, 2007, p. 342; ACEVEDO BLANCO, 1983, p. 293.

(149) Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2012, p. 785.

Cualquier secuela perjudicial para los alzados (*v. gr.*, lesiones), pero incontrolable, no puede reprochársele a los militares o policías. Consideramos que los propios rebeldes han generado su propio riesgo (**autopuesta en peligro**) y son ellos quienes asumen posición de garantía de sus propios intereses preponderantes.

**Jurisprudencia:** «Por otro lado, en cuanto a la Legítima Defensa propuesta por la defensa del procesado cuando indica que existía un “enfrentamiento” entre los reservistas y las fuerzas policiales, y que los primeros dispararon en legítima defensa, debe considerarse que la Legítima Defensa es la defensa necesaria ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente. Su fundamento estriba en la idea que el derecho no está en la situación de soportar (o ceder ante) lo injusto, cuyo basamento está en el principio de protección individual o de autodefensa y principio de mantenimiento de orden jurídico (prevalecimiento del derecho, defensa del derecho); es decir, el sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no solo está protegiendo sus bienes jurídicos sino además está impidiendo se afecte al ordenamiento jurídico (...). Por último se requiere la presencia de tres requisitos: Agresión Ilegítima, Necesidad de la Defensa y Falta de Provocación Suficiente, es decir que deben presentarse copulativamente; a efecto del caso que nos ocupa y tocando el tema de la ilegitimidad de la agresión, debemos considerar que es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conforme a derecho (justificada) y que el Artículo 166 de la Constitución Política del Perú al tratar sobre la Finalidad de la Policía Nacional e indica que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras. Si bien no es justificable exceso, que no se da en el presente caso por parte de la Policía Nacional del Perú, alguno debemos considerar que nada justifica tampoco enfrentarse a las fuerzas del orden; más aún si como ha quedado acreditado en autos la Policía Nacional del Perú y el Ejército Peruano tenían un planeamiento y estrategia de acción conjunta y coordinada, siendo increíble siquiera pensar que de existir francotiradores estos hayan disparado a la patrulla policial que se acercaba caminando hacia la entrada de la ciudad por el Puente Colonial, por tanto los primeros disparos provinieron por parte de los rebeldes sorprendiendo a estos policías tal es así que los pocos disparos que pudieron efectuar solo habrían ocasionado lesiones a un rebelde a diferencia de este grupo en el que resultaron heridos y muertos» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzeL>



## §8. IMPUTACIÓN PERSONAL

784.  
Capacidad  
de culpabi-  
lidad

En principio, los alzados deben ser sujetos imputables con capacidad para internalizar el comunicado prohibitivo de la norma penal. Si entre el colectivo intervienen **inimputables** con anomalías psíquicas o menores de edad; la intervención de estos solo tendrá utilidades típicas —para configurar el carácter colectivo—, mas no serán



reprochados penalmente. Se atribuye culpabilidad a mayores de edad a quienes se les exige el respeto y acatamiento a los Poderes del Estado peruano y a la Constitución Política. Aquellos que se predisponen a la inimputabilidad (*v. gr.*, grave alteración de la conciencia) y bajo ese estado intervienen en la ejecución del alzamiento (*actio libera in causa*), también les alcanza la imputación personal, pues tienen asumen posición de garantía del estado en el cual se predisponen.

Sobre la comprensión de la antijuridicidad del alzamiento, los casos de error de prohibición se enfocan en el error en el entendimiento de lo prohibitivo sobre las facultades para ejercer insurgencia contra un Gobierno. Específicamente el error de la comprensión residiría en la calificación del Gobierno: si es o no factible de ejercerle resistencia. Se trataría de una errada realización del derecho a la insurgencia (**error de prohibición indirecto**). Puede acaecer que los dirigentes de la agrupación de rebeldes mantengan en error a los alzados sobre las condiciones ilegítimas del Gobierno. En la calificación de la existencia del error hay conocimientos mínimos que permiten evaluar si los alzados se encontraban o no en error. Por ejemplo, si estos conocían perfectamente la forma cómo el gobernante asumió legítimamente el poder, decae el error.

785.  
Error de  
prohibición

**Jurisprudencias:** *«Cuando se produzca un error de prohibición esencial e invencible habrá ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, y aquella no podrá reprochársele, ya que aun cuando se hubiera tenido la debida diligencia, el sujeto no habría podido comprender la antijuridicidad de su injusto, es decir, de su conducta. Ahora bien, para su atención requiere básicamente la aceptación de hecho por parte del procesado, pues como se ve de las declaraciones prestadas por algunos de los acusados en Juicio Oral; varios de ellos, han negado el hecho de haberse levantado en armas, de haber impedido a los agraviados el libre tránsito o de haber causado daños a los bienes muebles e inmuebles de la comisaría, y en los casos de quienes han aceptado el hecho de haberse levantado en armas, no podría darse esta circunstancia del error, por haber ejercido algunos de estos puestos de dirección o capacitación (lo que también incluiría a los que han realizado servicio militar), en los que el conocimiento de mando y de responsabilidad (circunstancia que también comprendería a quienes tendrían o tuvieron instrucción militar como en el presente caso), quienes han recibido instrucción propiamente militar sino también algunos conocimientos básicos sobre orden interno y seguridad nacional, conocimientos que les permitirían conocer los límites legales de sus conductas, y de los medios para demandar la vacancia del presidente de la República, si su conducta moral lo hace indigno del cargo. En suma, las personas involucradas en el presente proceso, se encuentran capacitadas dado su grado de instrucción, se encuentran en capacidad de delimitar los alcances de los bienes jurídicos violados con los delitos de rebelión, secuestro, daños y sustracción o arrebatada de armas, tanto más que el grupo de los denominados "reservistas o licenciados" se dedicaban a la propagación de la doctrina del movimiento, habiendo alguno de ellos inclusive, además de las labores proselitistas, escrito sobre temas relacionados con la realidad nacional» (Sentencia, del 13 de*



octubre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Carcel de Lima, Expediente n.º 20-2005). <https://bit.ly/3ejypoD>

«Pese a que se trata de la defensa material, el procesado hace referencia con sus propias limitaciones, a la existencia de Error de Prohibición indicando que han jurado tomar las armas cuando la Patria lo requiera o que la conducta asumida corresponde a Insurgencia y está amparada en la Constitución del Estado o justificando su actitud en el hecho de que existía un pedido de vacancia presidencial, esta figura está incorporada y tratada en el artículo 14 del Código Penal, se manifiesta en la comprensión de la antijuricidad del comportamiento, de este modo quien no conoce la naturaleza ilícita de su acción comete un error de prohibición o lo que comúnmente se denomina error de derecho, pues si bien admite en su acto los elementos típicos de la figura delictiva, los asume como permitidos, incurriendo en una apreciación errónea de la realidad que se sustenta en la ignorancia o el conocimiento defectuoso de una norma o de un hecho que el agente considere contiene una causa justificante; en esta última puede manifestarse de tres maneras: a) cuando existiendo una causa justificante reconocida por el ordenamiento jurídico, el agente desconoce sus límites, b) el agente asume como lícita una causa justificante que la norma no establece, y c) el agente considera erróneamente que existen las circunstancias materiales de una causa de justificación. La misma norma legal indica que "si el error fuere vencible se atenuará la pena", en todo caso esto no sería aplicable al que encabezó los actos delictivos ni a los que prestaron servicio militar en calidad de activo, reservista o licenciado pues su instrucción militar les permite conocer los alcances e interpretar tal juramento. Ahora bien, para su atención requiere básicamente la aceptación del hecho por parte del procesado, lo que no sucede en el presente caso y, en caso de aceptación, no puede darse en quienes, por ejercer puesto de mando y de responsabilidad (circunstancia que también englobaría a quienes tendrían o tuvieron instrucción militar como en el presente caso), tiene el deber de cerciorarse e informarse previamente a su actuación y de conocer los límites legales de sus conductas, o a quienes de alguna u otra forma se pusieron en contacto con la organización ya que por su propia naturaleza es obvia la indagación en su propio seno de otros mecanismos para hacer valer algún derecho sin usar la violencia o el trámite a seguir ante un pedido de vacancia presidencial, siendo así es de entender que la conducta asumida por los procesados y motivaciones expuestas rebalsaban lo que puede significar una organización política. Por último, sea tal o cual denominación, cualquier persona concretamente cualquiera de los intervinientes puede diferenciar entre "lo bueno y lo malo", lo que significa el derecho a la vida, el derecho a la libertad, y el derecho a la propiedad» (Sentencia, del 16 de setiembre de 2009, de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Carcel de Lima, Expediente n.º 20-05-A). <https://bit.ly/2YSVzeL>



786.  
Inexigibilidad

Ahora bien, aquellos que están sujetos a situaciones motivacionales que les impiden actuar bajo el respeto de los Poderes del Estado y la Constitución, carecen de culpabilidad. Estas situaciones motivacionales podrían ser influjos psicológicos de miedo real e inminente generado por la amenaza grave (**miedo insuperable**) dado por los líderes o los dirigentes de una agrupación de rebeldes para que se unan

al alzamiento armado a costa, por ejemplo, de la vida de sus familiares. O también aquellos sujetos a una relación de subordinación que se someten al cumplimiento de las órdenes de sus superiores para ejercer una agresión armada a los Poderes del Estado (**obediencia jerárquica**). En este acontecimiento, los superiores procuran que los subordinados o subalternos entiendan la legitimidad de la orden manteniendo en todo momento la creencia de encontrarse ante un gobernante usurpador.

## §9. PENA

Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación (de duración no mayor de 10 años, artículo 30, Código Penal). En el caso de que los alzados sean funcionarios o servidores públicos, militares o policías se les aplicará además la pena de inhabilitación —principal— de uno a cuatro años. Las inhabilitaciones, conforme al artículo 36 del Código Penal, serán: *i*) privación de la función, cargo o comisión pública (numeral 1). *ii*) incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (numeral 2). *iii*) privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (numeral 8).

787.  
Sanción  
penal

Antes, se adicionaba, en la aplicación punitiva, la **pena de expatriación** de conformidad con la consecuencia punitiva modificada del presente artículo. Sin embargo, la Ley n.º 29460 del 27 de noviembre de 2009 eliminó a la pena de expatriación del rubro de penas restrictivas del Código Penal por ser inconstitucional (*Vid.* los Proyectos de Leyes n.º 2102/2007-CR, del 5 de febrero de 2008, y 2449/2007-CR del 27 de mayo de 2008).

788.  
Pena de  
expatriación



## SEGUNDA LECTURA

**García Navarro, E. (2020).** Sedición. En García Navarro, E. (2020). Derecho Penal Parte Especial (Tomo I). Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional. Delitos contra la Voluntad Popular. Parte General de los Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 294-313.

Los antecedentes más remotos del delito de sedición se adscriben a tiempos del Derecho Romano, donde los actos de levantamiento insubordinado de un grupo de individuos contra la potestad de la magistratura eran objeto de punibilidad especial. En el delito de sedición, actualmente, se sanciona a quien, sin desconocer el gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales.



Edward García Navarro

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Tomo I

Parte Especial del Derecho Penal

Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional

Los Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional

Delitos contra la Voluntad Popular

Parte General de los Delitos contra la Administración Pública

Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares



Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos  
y jurisprudencias  
con códigos QR y  
códigos Bitly en la obra



EDITORIAL  
IUSTITIA





EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL

Tomo I



IUSTITIA

Primera edición: julio de 2020

© 2020, Derecho Penal • Parte Especial  
Tomo I

© 2020, Edward García Navarro

© 2020, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e impresión**

Editora Grijley E. I. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y diagramación**

Libia Huamali Sánchez

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2020-03934

Registro del Proyecto Editorial: 31501012000246

ISBN: 978-612-4362-24-8

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

## SEDICIÓN

(Artículo 347, Código Penal)

**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Descripción, fuente y antecedentes legales. §3. Bien jurídico protegido. §4. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §5. Imputación subjetiva. 5.1. Impedir los actos de función de la autoridad. 5.2. Evitar el cumplimiento de leyes o resoluciones. 5.3. Impedir los procesos electorales. §6. Ampliación de la imputación. 6.1. Consumación y tentativa. 6.2. Autoría y participación. 6.3. Concurso de imputaciones. §7. Justificación. §8. Imputación personal. §9. Pena.

### §1. GENERALIDADES

**789.** Antecedentes Los antecedentes más remotos del delito de sedición se adscriben a tiempos del Derecho Romano, donde los actos de levantamiento insubordinado de un grupo de individuos contra la potestad de la magistratura eran objeto de punibilidad especial. Se asemejaban e identificaban a los actos sediciosos bajo el término de **asonadas** en las VII Partidas<sup>(150)</sup>. La Nueva Recopilación mencionaba en su Título XI a los actos punibles de juntas tumultuarias para ejercer violencia contra el orden público.

**790.** Distinción entre sedición y motín Las legislaciones antiguas no distinguían claramente la sedición del motín, configurándose en sus leyes una mixtura de estructuras de cada delito. Actualmente, algunas legislaciones, como el Código Penal español (artículo 544), no hacen distinciones, solamente ubican a la sedición dentro del rubro de los Delitos contra el Orden Público; pero, en la estructura de la acción delictiva resaltan como primordial característica la ejecución tumultuaria<sup>(151)</sup>; que, de acuerdo con nuestro Código Penal, es propia del delito de **motín**. Otras legislaciones como la argentina —en similar situación que la nuestra— distinguen sin problemas ambas figuras delictivas conforme a su tratamiento punitivo: la mayor sanción penal para los sediciosos que para los amotinados.

(150) PUIG PEÑA III, 1955, p. 105.

(151) Definen como sedición a un alzamiento tumultuario: artículo 341 del Código Penal salvadoreño, artículo 387 del Código Penal guatemalteco, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 100 del Código Penal cubano. En algunas legislaciones definen al motín a la estructura típica de la sedición que presenta nuestra legislación. *Vid.* artículo 304 del Código Penal costarricense.



Otro problema que hay que rescatar es la distinción entre el delito de sedición y el delito de **rebelión**<sup>(152)</sup>. El texto penal del artículo 347 expresa un factor distintivo<sup>(153)</sup> en el sentido que en la sedición los agentes delictivos se alzan sin desconocer al gobierno legalmente constituido; en la rebelión, no. Los fines delictivos de la rebelión responden a una naturaleza contraria a una aceptación a la autoridad legal; por el contrario, en la sedición los fines típicos se configuran en base a no desconocer a la autoridad legal<sup>(154)</sup>. Es por ello que se ha denominado en la doctrina a la sedición como una «*rebelión en pequeño*»<sup>(frase decimonónica)</sup> (VIADA) en el sentido de la menor entidad de los fines ilícitos perseguidos<sup>(155)</sup>, como además se le ha esti-

791.

Distinción entre sedición y rebelión

<sup>(152)</sup> Ante la presencia mínima de diferencia entre la rebelión y la sedición, según JUAN BUSTOS RAMÍREZ, se debería plantear una reforma futura en la que se debe buscar la unificación de sus tipificaciones. «Las finalidades, aunque en general menores con la rebelión, aparecen sin embargo confundidas con aquellas» (1986, p. 482).

<sup>(153)</sup> En algunas legislaciones se hace distinción expresa con el delito de rebelión de tres formas: *i*) haciendo mención a «*no desconocer al Gobierno*»: artículo 229 del Código Penal argentino («*sin rebelarse contra el gobierno nacional*»), artículo 143 del Código Penal uruguayo («*sin desconocer el Gobierno constituido*»), artículo 123 del Código Penal boliviano («*sin desconocer la autoridad del Gobierno legalmente constituido*»), artículo 341 del Código Penal salvadoreño («*sin desconocer la autoridad del Gobierno constitucional*») y artículo 387 del Código Penal guatemalteco («*sin desconocer la autoridad del Gobierno constituido*). *ii*) haciendo mención a «*no variar la Constitución*»: artículo 436 del Código Penal panameño («*sin pretender el cambio violento del régimen constitucional*). *iii*) haciendo mención a la exclusión de los alcances del delito de rebelión: artículo 544 del Código Penal español («*sin estar comprendidos en el delito de rebelión*»), artículo 421 del Código Penal nicaragüense («*sin estar comprendidos en el delito de rebelión*») y artículo 337 del Código Penal hondureño («*sin estar comprendidos en el delito de rebelión*). Nuestra legislación opta por la primera alternativa: artículo 133 del Código Penal de 1863 («*sin desconocer al Gobierno constituido*»), artículo 302 del Código Penal de 1924 («*sin desconocer la autoridad de los poderes del Estado*»), artículo 527 del Proyecto de Código Penal de 2015 («*sin desconocer al gobierno legalmente constituido*») y artículo 523 del Proyecto de Código Penal de 2016 («*sin desconocer al gobierno legalmente constituido*»).

<sup>(154)</sup> Cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1235; MIRANDA STRAMPES en Seirano Butragueño, 1999, p. 1900; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 976; SOSA DÍAS, 1979, p. 96; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 54; BAYARDO BENGUA IVI, 1979, p. 54; LANGON CUÑARRO, 2017, pp. 203-204; PÉREZ VELASCO I, 1956, pp. 120-121; VALENCIA, 2007, p. 350; PABÓN PARRA, 1995, p. 281; FERREIRA DELGADO II, 2006, pp. 673-674; CATALINA MANZANO/ORTIZ DÍAZ en Castro Cuenca II, 2011, p. 572; ACEVEDO BLANCO, 1983, p. 295; VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 15; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 81; CORNEJO BOURONCLE II, 1938, p. 47; PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 109; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 735; ABASTOS HURTADO II, *sff*, p. 11. En el criterio de LUIS LEONARDO LÓPEZ LOARTE y ANÍBAL NEYO BERROCAL VERGARA, «la sedición va dirigida contra la autoridad a diferencia de la rebelión que va dirigida contra la forma de gobierno y específicamente (...) la rebelión va dirigida contra (...) el gobierno central, mientras que en la sedición va dirigida (...) contra cualquier autoridad ya sea municipal o regional» (2006, p. 47). «En la rebelión el ataque va dirigido contra el régimen constitucional y contra el gobierno legalmente constituido en cambio en la sedición, el ataque no va dirigido contra el gobierno sino contra la autoridad para impedirle que ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales» (Ibidem, p. 49).

<sup>(155)</sup> LUZÓN CUESTA, 2000, p. 346; QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 50; LASCURAIN SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1339; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 994; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 656; LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 818; MOYNA MÉNGUEZ en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 946; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/

mado como un factor negativo y subsidiario respecto del tipo penal de rebelión<sup>(156)</sup>. Es una rebelión en segundo grado sin que implique que exista entre ambos delitos una relación de subsidiariedad. Sobre ello, EUGENIO CUELLO CALÓN establece que «en la rebelión el alzamiento va dirigido directamente contra los poderes del Estado, es un alzamiento hostil al Gobierno, mientras que la sedición el alzamiento no es de hostilidad directa contra el Gobierno, sino más bien contra ciertas autoridades del Estado o clases sociales, o tiende a privar a este o a las corporaciones públicas o a ciertas clases de personas de sus bienes o a destruirlos»<sup>(157)</sup>. Por su parte, FRANCISCO MUÑOZ CONDE señala que «en cierto modo la sedición es una rebelión en pequeño, pero desprovista del contenido político de este delito y, por tanto, mucho menos grave o, por lo menos, menos inquietante para el poder constituido y para las Instituciones políticas fundamentales del Estado»<sup>(158)</sup>. Asimismo, afirma GUSTAVO LABATUT GLENA que «difieren en la amplitud de sus finalidades: en la rebelión el alzamiento va dirigido contra los poderes del Estado; la sedición, en cambio, no desconoce al Gobierno legalmente constituido y persigue objetivos menos trascendentes, lo que se traduce en una menor penalidad»<sup>(159)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«Tienen ambas figuras penales una misma estructura típica e idéntica dinámica tumultuaria y violenta (...) Las diferencias entre uno y otro tipo legal se circunscriben en los fines concretos que persiguen. En el primero se busca variar la forma de gobierno, deponer al gobierno constitucional o suprimir o modificar el régimen constitucional democrático; mientras que en el segundo se persigue, sin desconocer al gobierno legalmente constituido —que si lo hace la rebelión— impedir que la autoridad ejerza sus funciones —perturbación a su lícito ejercicio—, evitar el cumplimiento de leyes o resoluciones, o impedir las elecciones nacionales, parlamentarias, regionales o locales»* (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3hL28IV>



Choclán Montalvo II, 2001, pp. 639-640; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 843; COLINA OQUENDO en Rodríguez Ramos II, 2009, p. 1336; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 50; LANGON-CUÑARRO, 2017, p. 204; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 119; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 601; PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ I, 2009, p. 141; CARRANCÁ Y TRUJILLO en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 373; GRILLO LONGORIA I, 1983, pp. 55-56. Es de mencionar la jurisprudencia española: «La rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar, mientras que la sedición tiende a atacar, las secundarias de administrar o juzgar, razón por la cual por algún autor patrio se ha calificado a la sedición como “rebelión en pequeño”» Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de julio de 1991. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en Código Penal III, 1997, p. 4437.

<sup>(156)</sup> QUINTIANO en LUZÓN CUESTA, 2000, p. 346. En el Código Penal español la disposición negativa de la sedición frente a la rebelión es distinta a nuestra legislación penal: en el tipo penal de la sedición faltan las finalidades políticas mencionadas en el tipo de rebelión (MUÑOZ CONDE, 2015, p. 750).

<sup>(157)</sup> CUELLO CALÓN II, 1980, pp. 134-135.

<sup>(158)</sup> MUÑOZ CONDE, 2015, p. 749.

<sup>(159)</sup> LABATUT GLENA II, 1983, p. 16.

## §2. DESCRIPCIÓN, FUENTE Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **sedición** se encuentra previsto en el artículo 347 del Código Penal 792. cuyo texto legal es el siguiente: Art. 347

*«El que, sin desconocer al gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años».*

La descripción del vigente texto legal toma como **fuentes** a su antecedente inmediato, el artículo 307<sup>(160)</sup> del Código Penal de 1924. Esta, a su vez, mantiene la tradición legislativa española (mención especial al artículo 174 del Código Penal español de 1948)<sup>(161)</sup> que era recogida en el artículo 133<sup>(162)</sup> del Código Penal de 1863. Entre otros **antecedentes**, es de mencionar al artículo 150 del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 1877, el artículo 303 del Proyecto de Código Penal de 1916, el artículo 586 del Anteproyecto de Código Penal de 1927 y el artículo 435 del Proyecto de Código Penal de 1928. 793. Fuente y antecedentes legales

## §3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como **objeto jurídico de protección** se tiene al Orden Constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado. Pero a diferencia de la rebelión, la descripción del supuesto normativo presenta una afectación (peligro) de menor 794. Bien jurídico

<sup>(160)</sup> «El que, sin desconocer la autoridad de los poderes del Estado, se alzarte en armas para deponer a alguno de los funcionarios o empleados públicos de departamento, provincia o distrito, o impedir que tomen posesión de sus destinos los legítimamente nombrados o elegidos, o para arrancarles alguna medida o concesión, o para impedir las elecciones locales, o para impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones o hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales, será reprimido con prisión no mayor de tres años».

<sup>(161)</sup> «Son reos de sedición los que se alza públicamente para cualquiera de los objetivos siguientes: 1. Impedir la promulgación o la ejecución de las leyes o la libre celebración de las elecciones populares en alguna junta electoral. 2. Impedir a cualquier autoridad el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales. 3. Ejercer algún acto de odio o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes, o de alguna clase de ciudadanos, o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública».

<sup>(162)</sup> «Cometen delito de sedición, los que sin desconocer al Gobierno constituido, se alzan públicamente para alguno de los objetos siguientes: 1. Deponer alguno o algunos de los empleados público del departamento, provincia o distrito; o impedir que tomen posesión del destino los legítimamente nombrados o elegidos. 2. Impedir la promulgación o ejecución de las leyes o la celebración de las elecciones en alguna provincia o distrito. 3. Impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones o hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales. 4. Ejercer actos de odio o de venganza contra la persona o bienes de cualquier funcionario público o contra alguna clase determinada de ciudadanos. 5. Allanar los lugares de prisión o atacar a los que conducen a los reos de un lugar a otro; sea para salvar a estos o para maltratarlos».

intensidad. Así LUIS BRAMONT ARIAS y LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES definen a la sedición como aquellos actos cuyos ataques son «de menos gravedad que no afectan sustancialmente el régimen establecido, si bien entrañan desconocimiento de resoluciones que deben ser obedecidas, o impedimento para la actuación oficial en defensa de las garantías sociales»<sup>(163)</sup>.

795. **Delito contra el Orden Público** Justamente, debido al menor grado de afectación que implican estos actos delictivos, algunos han considerado adecuado su ubicación en otros grupos delictivos distintos a aquellos que atentan al Estado y su régimen constitucional. Como hemos adelantado, un ejemplo es el Código Penal español que prevé al delito de sedición en los Delitos contra el Orden Público (Título XII, Capítulo I)<sup>(164)</sup>.

#### §4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

796. **Sujeto activo** En cuanto al **sujeto activo**, se requiere necesariamente la concurrencia de una pluralidad de personas<sup>(165)</sup>, sean civiles, militares<sup>(166)</sup>, nacionales y/o extranjeros. Si bien el texto legal lo presenta con la frase «*el que*»<sup>(167)</sup>, la naturaleza compleja de la conducta exige la intervención de varios sujetos activos, quedando a criterio judicial su cantidad para poder calificar idoneidad del delito.

<sup>(163)</sup> BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 442.

<sup>(164)</sup> Sobre ello, RAMÓN GARCÍA ALBERO refiere que «la nueva ubicación sistemática del delito de sedición, tradicionalmente incluido, junto con la rebelión, en los delitos contra la seguridad del Estado, viene a colmar una vieja aspiración doctrinal. En efecto, más allá de la semejanza estructural entre rebelión y sedición, la diversa cualidad de los fines perseguidos cuestiona el parentesco de ambas figuras delictivas: si la primera supone básicamente una afeción del orden constitucional, al dirigirse contra las instituciones fundamentales del Estado (...), la segunda compromete exclusivamente la aplicación de las leyes o el ejercicio de las funciones estatales, lo que lo conecta materialmente con el concepto de orden público, al suponer una lesión o puesta en peligro de las secundarias funciones de administrar» (en Quintero Olivares, 1999, pp. 1557-1558). *Vid.* GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 993.

<sup>(165)</sup> *Cf.* PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, p. 109; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1425; VALENCIA, 2007, p. 346.

<sup>(166)</sup> Es de mencionar que el artículo 62 del Código Penal Militar Policial que regulaba la sedición militar policial fue declarada inconstitucional por la Sentencia, del 8 de julio de 2015, del Tribunal Constitucional (Expediente n.º 00022-2011-PI/TC).

<sup>(167)</sup> En la legislación comparada es común emplear las expresiones «*los que*» o «*quienes*»: artículo 544 del Código Penal español, artículo 229 del Código Penal argentino, artículo 468 del Código Penal colombiano, artículo 143 del Código Penal uruguayo, artículo 126 del Código Penal chileno, artículo 123 del Código Penal boliviano, artículo 130 del Código Penal mexicano, artículo 304 del Código Penal costarricense, artículo 100 del Código Penal cubano, artículo 341 del Código Penal salvadoreño, artículo 387 del Código Penal guatemalteco, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 421 del Código Penal nicaragüense. En la legislación nacional siempre se ha mantenido la formulación individual del sujeto activo, a excepción del artículo 133 del Código Penal de 1863 («*los que*»).



En esta pluralidad si es posible; se debe mantener un dominio de co-organización entre las conductas a efectos de la organización global del alzamiento y así puedan responder individualmente. No podemos imaginar que en un proceso penal solo intervenga un individuo que responda penalmente a título de autoría. La sedición también es un **delito de convergencia**, ya que hay una concurrencia de voluntades previa a la ejecución de los actos sediciosos; es por ello que en estos delitos exista coautoría<sup>(168)</sup>. Sobre el número de sujetos que deben concurrir, como ya señalamos, resulta innecesario fijar un límite determinado bastando indicar que debe ser tal que intimide a la autoridad legal a desistir de sus funciones<sup>(169)</sup>.

797.  
Delito de convergencia

**Jurisprudencia:** «Dogmáticamente se conciben como delitos de sujeto activo plural (delitos de convergencia)» (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3hL28IV>



En estos casos también es posible que los sediciosos intervengan como una organización con una pluralidad de roles y cargos que establecen el grado de vinculación con su objetivo político. Esta organización se puede formalizar en sociedades o personas jurídicas (*v. gr.*, sociedades civiles, comités o partidos políticos) cuya estructura podría asemejarse a un **aparato de poder**. Sus actividades, al ser complejas, concluyen una serie de actos (principales o accesorios) cuya discriminación es necesario realizar para calificar aquellas que tengan relevancia penal.

798.  
Sedición a través de organización

Así, en primer lugar, los actos dirigenciales, ideológicos, directivos o de coordinación son eminentemente delictivos; en segundo lugar, los actos ejecutivos (alzamiento) califican como delictivos, siempre que se les pueda atribuir el conocimiento o la comprensión del objetivo político de la sedición y, en tercer lugar, los actos accesorios o contributivos calificarán como ilícitos si parten de sus propios integrantes y en el contexto en que se ejercen se puede prever que son idóneos para el cumplimiento de los objetivos. En este último grupo, los terceros o externos que contribuyan con sus servicios a los alzados serán neutrales si en el contexto en que se desenvuelven no pueden prever el carácter delictivo del acto principal beneficiado (**prohibición de regreso**). Ahora bien, de brindar el aporte, estos terceros esperarán que los beneficiados con los servicios lo sepan aprovechar conforme a derecho (**principio de confianza**).

799.  
Actos de los sediciosos

<sup>(168)</sup> Vid. VALENCIA, 2007, p. 347. En ese sentido, ÁNGEL CALDERÓN CEREZO plantea que estamos ante un delito plurisubjetivo o de autoría colectiva (en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 640).

<sup>(169)</sup> ALFONSO SERRANO GÓMEZ señala que «no se puede precisar el número, que en todo caso ha de tener capacidad para conseguir la finalidad que se persigue» (2002, p. 977).

**800.** El Estado se presenta como el único titular del bien jurídico protegido, por ello se constituye como **sujeto pasivo de delito**<sup>(170)</sup>. Ahora bien, las autoridades<sup>(171)</sup> contra las que se dirige la intimidación solo serían consideradas como sujetos pasivos de la acción y, por ende, agraviados.

**801.** El **comportamiento delictivo** también consiste en un alzamiento<sup>(172)</sup>. Asume la misma estructura de acción que del delito de rebelión —de ahí la semejanza objetiva—<sup>(173)</sup>. Así este alzamiento constituye un levantamiento en sentido de desobediencia a la autoridad legal. Estructuralmente solo se asimila a las modalidades de acción o conductas activas, por lo que no hay posibilidades de formular imputación de comisión por omisión. Además, se entiende bajo las mismas características, es decir, de ser público, hostil, armado y colectivo. En resumen, es **alzamiento público**<sup>(174)</sup> porque los actos de levantamiento se ejecutan en lugares abiertos de concurrencia genérica de individuos o por medios que permiten se hagan de conocimiento a otras personas. Es **alzamiento hostil o violento**<sup>(175)</sup>, ya que durante el levantamiento se

(170) De la misma idea, VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 844; LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 818.

(171) Para ALFONSO SERRANO GÓMEZ la calidad de sujeto pasivo del delito solo puede ostentarlo las autoridades, corporaciones funcionales o funcionarios públicos (2002, p. 977).

(172) En la legislación comparada también tipifican al alzamiento como conducta de la sedición: artículo 544 del Código Penal español, artículo 229 del Código Penal argentino, artículo 143 del Código Penal uruguayo, artículo 126 del Código Penal chileno, artículo 123 del Código Penal boliviano, artículo 304 del Código Penal costarricense, artículo 436 del Código Penal panameño, artículo 341 del Código Penal salvadoreño, artículo 387 del Código Penal guatemalteco, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 421 del Código Penal nicaragüense. En la legislación nacional siempre se ha planteado al alzamiento. Otras legislaciones tienen otras fórmulas conductuales: artículo 289 del Código Penal italiano («cometer actos violentos»), artículo 468 del Código Penal colombiano («pretendan impedir»), artículo 342 del Código Penal ecuatoriano («desobedecer» y «pretender impedir»), artículo 100 del Código Penal cubano («perturben», «impidan», «rehúsen obedecerlas», «realicen exigencias» y «resistan») y artículo 130 del Código Penal mexicano («resistan» y «ataquen»).

(173) Cfr. CUELLO CALÓN II, 1980, p. 98; POLAINO NAVARRETE en Cobo del Rosal II, 1997, p. 829; LABATUT GLENA II, 1983, p. 16; ABASTOS HURTADO II, *sf*, p. 11.

(174) Cfr. MIRANDA STRAMPES en Serrano Butragueño, 1999, p. 1901; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 657; BAUCCELLS LLADÓS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, pp. 2510-2511; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 120; LANGON CUÑARRO, 2017, p. 205; HARB II, 1996, p. 24; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 82. Describen esta característica: artículo 544 del Código Penal español, artículo 143 del Código Penal uruguayo, artículo 126 del Código Penal chileno, artículo 123 del Código Penal boliviano, artículo 304 del Código Penal costarricense, artículo 341 del Código Penal salvadoreño, artículo 387 del Código Penal guatemalteco, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 421 del Código Penal nicaragüense. También lo hacía el artículo 133 del Código Penal de 1863.

(175) Cfr. LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 818; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 657; BAUCCELLS LLADÓS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2511; BLANCO LOZANO II.2., 2005, p. 654; HARB II, 1996, p. 24; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 82; VALENCIA, 2007, p. 349; CARRANCÁ Y TRUJILLO en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 370. Describen esta característica: artículo 544 del Código Penal español («por la fuerza»), artículo 143 del Código Penal uruguayo («por fuerza o violencia»), artículo 126 del Código Penal chileno («por medio de la fuerza»),

ejercen actos contra personas o bienes sin exigirse que se efectúen resultados lesivos contra estos, bastando solo el peligro; es **alzamiento armado**<sup>(176)</sup> pues los sediciosos ejercen el levantamiento utilizando armas, sin necesidad de que ese empleo implique ejecutar las funciones propias de estas. Se trata de un alzamiento violento que guarda especial gravedad por el empleo de armas. Es **alzamiento colectivo**<sup>(177)</sup> en el sentido de que concurre una pluralidad de individuos en la comisión delictiva a título de coautoría. No debemos de olvidar que toda esta configuración estructural ha de ser asimilada como un acto de enfrentamiento o confrontación frente a la autoridad legal.

Los **medios delictivos** que pueden emplear los sediciosos deben tener consonancia con la característica hostil del alzamiento. Son aquellos que permiten reforzar o consolidar la agresión a las personas (violencia o amenaza)<sup>(178)</sup> o los bienes (daños); o, por lo menos, que demuestren esa aptitud al momento del alzamiento. Se tratan de los medios más idóneos, quedando relegados otros, aunque fueran ilegales (*v. gr.*, coimas, engaños, abusos de confianza). El artículo 544 del Código Penal español contiene una fórmula abierta («fuera de las vías legales»)<sup>(179)</sup> que permite recurrir a otras vías ilegales que no necesariamente se equiparen a la violencia.

En la sedición también se puede observar situaciones de excesos al momento de la ejecución de la violencia. *Primero*, aquellos que toman el plan de realizar protestas o marchas sin llegar al extremo de la violencia. Se entiende que entre los protestantes hay un acuerdo en común de no incurrir en el delito de sedición; pero, no obstante, algunos al momento de la ejecución muestran sus armas o realizan actos de agresión contras las personas o los bienes, convirtiendo una marcha pacífica en un alzamiento

802.  
Medios delictivos

803.  
Exceso de los alzados

artículo 123 del Código Penal boliviano («en abierta hostilidad»), artículo 341 del Código Penal salvadoreño («con violencia»), artículo 387 del Código Penal guatemalteco («con violencia»), artículo 100 del Código Penal cubano («empleando violencia»), artículo 337 del Código Penal hondureño («por la fuerza») y artículo 421 del Código Penal nicaragüense («con violencia»).

<sup>(176)</sup> Describen esta característica: artículo 229 del Código Penal argentino, artículo 468 del Código Penal colombiano, artículo 342 del Código Penal ecuatoriano y artículo 436 del Código Penal panameño. En el Código Penal mexicano (artículo 130) no se requiere que los sediciosos empleen armas, lo cual constituye un factor distintivo con la rebelión. En la legislación nacional esta característica ha sido incluida desde el artículo 307 del Código Penal de 1924.

<sup>(177)</sup> *Cf.* LAMARCA PÉREZ en Lamarca Pérez, 2012, p. 818; GONZÁLEZ RUS en Cobo del Rosal, 2000, p. 994; MIRANDA STRAMPES en Serrano Butragueño, 1999, p. 1902; BAUCCELLS LLADÓS en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2509; JUDEL PRIETO en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 657; CARDONA TORRES, 2010, p. 593; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 654; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 120; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1425; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 54; BAYARDO BENGEO IV.I, 1979, p. 55; VALENCIA, 2007, p. 348; LÓPEZ BETANCOURT III, 2017, pp. 122-123; PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ I, 2009, p. 142; CARRANCÁ Y TRUJILLO en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 370; HARB II, 1996, p. 25; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 82. No es común delimitar el número de intervinientes en la sedición, pero en algunas legislaciones como el artículo 304 del Código Penal costarricense se establece un número de diez a más infractores para la configuración del delito.

<sup>(178)</sup> *Vid.* VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 1012; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1427; BAYARDO BENGEO IV.I, 1979, p. 56; CARRANCÁ Y TRUJILLO en Carrancá y Trujillo/Carrancá y Rivas, 1999, p. 370.

<sup>(179)</sup> Así tab.: artículo 337 del Código Penal hondureño.

sedicioso. El exceso de algunos protestantes hace que los otros se excluyan de la imputación de la sedición; salvo que se unan en esos momentos al alzamiento. *Segundo*, aquellos que en su plan criminal acuerdan realizar el alzamiento armado sin llegar a realizar otros delitos en particular. Sin embargo, durante la ejecución del delito algunos toman la iniciativa de realizar disparos contras las personas o los bienes. El exceso de algunos sediciosos hace que los otros se excluyan de la imputación por los delitos particulares (*v. gr.*, homicidio, lesiones, daños).

**804.** Alzamientos insignificantes Los alzamientos breves, de un número muy reducido de personas o de poca intensidad hostil (*v. gr.*, protestar con palos de plástico), forman parte de aquellos riesgos insignificantes que deben ser calificados de poco interés para ser aptos a la posibilidad de generación de un peligro para el bien jurídico. No consideramos que deban captar la necesidad de una intervención penal; más aún si estos alzamientos quedan desintegrados sin la necesaria intervención de las fuerzas del orden.

**805.** Fin de protección de la norma penal Por el fin de protección de la presente norma penal solo se comprenden a los alzamientos guiados a no desconocer la encargatura de los funcionarios, sino de interrumpir o quebrantar el desarrollo de sus actos de función. Entiéndase que los actos típicos imputados deben tener objetivos netamente políticos. Otro tipo de alzamiento queda excluido de la imputación por sedición. Por ello, aquellas protestas o marchas hostiles que estén guiados por otros fines como reclamos o huelgas no son imputadas penalmente.

**806.** Interrupción del alzamiento La realización del objetivo de los sediciosos sin la intervención de estos no sería imputada objetivamente si es que el alzamiento no ha sido de importante intensidad para brindar idoneidad a la posibilidad de la generación de un peligro al bien jurídico. En otras palabras, si durante el alzamiento, la autoridad decide por mutuo propio dejar sin efecto un acto de función o por causas justificadas se posterga un proceso electoral, no tendría sentido imputar objetivamente el alzamiento como sedición si esta fue breve e insignificante, que no despertó la atención de las autoridades o del público. Se podría señalar que los sediciosos no han incrementado el riesgo permitido y la intervención de los terceros solamente ha desviado la posibilidad de su incremento.

**807.** Intervención de los rebeldes en el alzamiento de sediciosos En el caso de que confluyan a la vez otros grupos de alzados pero con objetivos políticos mayores (rebelión), resulta interesante analizar las posibilidades de imputación objetiva por sedición. Así, se mantendrá la imputación por sedición a los alzados que ejecutan sus acciones en forma independiente al de los rebeldes y su proceder no contribuye al incremento del riesgo iniciado por los rebeldes. Si los sediciosos son convencidos y deciden pasar al grupo de los rebeldes (cambio de objetivos), la imputación objetiva será por el de rebelión.

## §5. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

**808.** Dolo Por ser un delito **doloso**, se requiere del conocimiento y la voluntad de estar ejerciendo actos de alzamiento armado. No son aceptables formas culposas, menos casos de **dolo eventual**.

En relación con los conocimientos, se entiende que los sediciosos conocen a quienes dirigen el alzamiento (la autoridad), sus cargos y las funciones que ostentan; además, importante verificar que los alzados conocen perfectamente los objetivos que pretenden (elementos subjetivos). Es menester advertir en los **conocimientos mínimos** de los sediciosos que no se desconoce la autoridad del Gobierno legalmente constituido, es decir, se acepta la potestad a quienes han sido legalmente elegidos como sus autoridades, lo que, no se tiene intención de sujetarse es a las funciones que estos ejercen o las que ejecutan autoridades inferiores. Se entiende que la aceptación de la potestad estatal está referida al Gobierno central y no al regional o municipal; por ello, al sedicioso perfectamente puede imputársele por alzarse en contra del gobierno de un Alcalde sin desconocer al Gobierno central, esto dependerá de los fines típicos. En aquellos sujetos que ostenten conocimientos especiales por su condición o cargo (*v. gr.*, militar o servidor público), que le permita perfectamente conocer a quién o contra qué acto de función dirigen el alzamiento, no se puede refutar la imputación subjetiva. Asimismo sucede en aquellos que gocen de conocimientos previos (*v. gr.*, instrucción o capacitación).

809.  
Conocimientos  
mínimos

Pueden suceder eventos en los que se incurra en error en la identificación de la autoridad (desconocimiento o duda sobre el funcionario) a quien buscan impedir la ejecución de sus actos de función o las resoluciones o leyes (*error in persona*). Ejemplo: realizan alzamiento en el hogar de un ex funcionario para evitar que concurra a sus oficinas bajo la creencia que todavía ostentaba el cargo funcional. Estaríamos ante un error relevante por generar un resultado menos gravoso del pretendido. Teóricamente se tendría un concurso ideal entre una tentativa inidónea de sedición y un delito de coacción o secuestro.

810.  
Error in  
persona

Desde la perspectiva de la voluntad, los sediciosos tienen la intención de levantarse en armas contra un gobernante que no desconocen, pero que buscan atentar sus actos de función. Esta voluntad se ve reforzada adicionalmente de **elementos subjetivos** que brindan al alzamiento una descripción clara, segura y con contenido del actuar de los sediciosos, en el que se precisa en qué consistiría el peligro que pretenden conseguir contra el bien jurídico amparado. Con estos se refuerza la voluntad de los sediciosos porque le dan un objetivo al alzamiento, no siendo necesario que luego de su consumación tengan control de la concreción de los objetivos (**tipo de tendencia interna trascendente**). Estos son señalados por el texto penal: *i*) impedir el libre ejercicio de las funciones a la autoridad. *ii*) evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones. *iii*) impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales. Cualquiera de ellas configura la imputación subjetiva<sup>(180)</sup>.

811.  
Voluntad  
y los  
elementos  
subjetivos

(180) Hay otros elementos de tendencia que no están previstos en la fórmula nacional. Es el caso de ejercer actos de odio o venganza en la persona o los bienes de la autoridad o sus servidores: artículo 143 del Código Penal uruguayo, artículo 126 del Código Penal chileno, artículo 123 del

**Jurisprudencia:** «Desde la perspectiva de la consumación, son delitos de resultado cortado, pues basta con el alzamiento en armas con fines, obviamente políticos, que los tipos legales destacan» (Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 2015, de la Sala Penal Transitoria, Revisión de Sentencia n.º 04-2014 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3hL28IV>



## 5.1. Impedir los actos de función de la autoridad<sup>(181)</sup>

812.  
Evitar la  
ejecución de  
los actos de  
función

Lo que los sediciosos tratan con este fin es conseguir que la autoridad no logre el cumplimiento de sus funciones: se evita la ejecución de los actos de la autoridad<sup>(182)</sup>. No califican los casos de entorpecimiento u obstrucción, es decir, que el objetivo sea dificultar los actos de función, pero que al final se logran realizar. En actos de función complejos, no basta con impedir la realización de uno de sus actos accesorios si estos no conllevan el impedimento de la función pública principal. No hay una discriminación *lege lata* sobre un impedimento parcial o total del acto de función.

813.  
Ataque  
a la libre  
ejecución de  
la función  
pública

Este **impedimento** debe ser entendido por los sediciosos como uno a la libertad del cumplimiento de los roles de la autoridad. Un ejercicio libre de funciones no puede darse con la compulsión directa de los sediciosos, violencia física contra el

Código Penal boliviano, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 387 del Código Penal guatemalteco. También lo preveía el artículo 137 del Código Penal de 1863. Asimismo, el alzamiento para allanar los establecimientos penitenciarios o cárceles, atacar a los custodios de internos o detenidos, para salvar a los internos o detenidos o maltratarlos: artículo 143 del Código Penal uruguayo, artículo 337 del Código Penal hondureño y artículo 387 del Código Penal guatemalteco. También lo preveía el artículo 137 del Código Penal de 1863. Por último, es de mencionar cuando el alzamiento tenga por objeto obligar o exigir a la autoridad la emisión de una medida o concesión: artículo 229 del Código Penal argentino, artículo 126 del Código Penal chileno, artículo 304 del Código Penal costarricense y artículo 421 del Código Penal nicaragüense. También lo preveía el artículo 307 del Código Penal de 1924.

<sup>(181)</sup> Este elemento de tendencia también es acogido en: artículo 289 del Código Penal italiano («impedir, en todo o en parte, incluso temporalmente, al presidente de la República o al Gobierno el ejercicio de las atribuciones o de las prerrogativas que la confiere la ley; a la Asamblea Legislativa o a uno de sus integrantes, o a la Corte Constitucional o a la Asamblea Regional el ejercicio de sus funciones»), artículo 544 del Código Penal español («impedir el legítimo ejercicio de las funciones a la autoridad, corporación oficial o funcionario público»), artículo 229 del Código Penal argentino («impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de las facultades legales de los poderes públicos o su formación»), artículo 143 del Código Penal uruguayo («obstar a que las autoridades ejerzan libremente sus funciones»), artículo 126 del Código Penal chileno («coartar el ejercicio de sus atribuciones a cualquier de los poderes constitucionales»), artículo 130 del Código Penal mexicano («impedir el libre ejercicio de las funciones a la autoridad»), artículo 341 del Código Penal salvadoreño («impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones»), artículo 337 del Código Penal hondureño («impedir a cualquier autoridad el libre ejercicio de sus funciones») y artículo 421 del Código Penal nicaragüense («impedir el ejercicio de las funciones públicas»). En la legislación nacional, se trata de un tradicional elemento subjetivo de la sedición previsto en los tres códigos penales.

<sup>(182)</sup> FERNANDO BAYARDO BENGÓA lo califica como un supuesto de usurpación de funciones, debido a que los sediciosos se valen de la violencia para dar prevalencia a su propia resolución en los actos de función pública (IV.I, 1979, p. 43).

ejercicio funcional, o mediante graves, reales e inminentes amenazas: o los sediciosos contravienen la libre ejecución funcional atacando directamente a la autoridad, o mediante actos u otros medios logran intimidarlo para que se desista de sus funciones. De hecho que la segunda hipótesis concurriría en la mayoría de los casos y es suficiente para la sedición. Si la autoridad se ha simpatizado con los objetivos de los sediciosos y no ejerce ninguna resistencia para que deje de cumplir sus funciones, la adecuación del término impedimento a este caso no se cumple, el fin delictivo puede no adecuarse; por lo que el alzamiento se vuelve en un delito imposible.

Además, el impedimento se debe entender principalmente en sentido **temporal**, antes que duradera o definitiva, en el mismo sentido de la expresión, ya que no se requiere necesariamente que las funciones sean estorbadas en forma absoluta, sino solo en forma transitoria. Las tendencias de impedimento parcial o total, permanente o temporal, conjugan la eficacia del delito<sup>(183)</sup>. Los supuestos de impedimento absoluto también pueden ser adecuados en el tipo penal, siendo los casos ejemplares los de la destitución o deposición<sup>(184)</sup> del cargo funcional o la sustitución o reemplazo.

Lo que se debe advertir en todos los casos es que previamente la autoridad agraviada ostente el cargo funcional, es decir, que se le haya nombrado o juramentado (**autoridad legítima**). Por consiguiente, si el objetivo de los sediciosos es impedir que el agraviado tome posición del cargo o sea nombrado, no se logra la imputación subjetiva<sup>(185)</sup>. Los alzamientos dirigidos contra personas que se hagan pasar como autoridades o que hayan cesado, inhabilitado o suspendido en el cargo, no pueden calificar una sedición siendo también un delito imposible.

Sobre el **tipo de funcionario público** contra quien se dirigen los sediciosos, por lo pronto, el texto penal emplea las palabras «Gobierno» y «autoridad». Esto nos permite entender dos condiciones: *i*) que se traten de altos funcionarios que ostentan la dirección de una entidad pública, y *ii*) por lo común, son los que se encuentran cercanos al ámbito

814.  
Impedimento  
temporal

815.  
Requisito  
previo:  
autoridad  
legítima

816.  
Tipo de  
autoridad

(183) PACHECO OSORIO, 1986, p. 64; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p 1423.

(184) Lo prevén: artículo 143 del Código Penal uruguayo («deponer a alguno o algunos de los empleados de la Administración»), artículo 123 del Código Penal boliviano («deponer a algún funcionario o empleado público»), artículo 387 del Código Penal guatemalteco («deponer a alguno o algunos de los funcionarios o empleados públicos») y artículo 341 del Código Penal salvadoreño («deponer a algún funcionario de la Administración Pública»). Esto también había sido previsto en el artículo 13 del Código Penal de 1863 («deponer alguno o algunos empleados públicos del departamento, provincia o distrito»).

(185) Esta situación sí se encuentra prevista en: artículo 143 del Código Penal uruguayo («impedir que tomen posesión del destino los legítimamente nombrados o elegidos»), artículo 123 del Código Penal boliviano («impedir su posesión»), artículo 342 del Código Penal ecuatoriano («impedir la posesión de cargo de un superior»), artículo 387 del Código Penal guatemalteco («impedir que tomen posesión de su cargo quienes hayan sido legítimamente nombrados o electos») y artículo 341 del Código Penal salvadoreño («impedir que tomen posesión de su cargo los que hayan sido legítimamente nombrados o electos»). En el Código Penal de 1863 se acogía dicha circunstancia: «impedir que tomen posesión del destino los legítimamente nombrados o elegidos».

administrativo o ejecutivo del Estado. Así, por ejemplo, los ministros, alcaldes, gobernadores regionales, viceministros, directores, coordinadores, jefes, etc. Evidentemente, los empleados o servidores públicos no forman parte de este rubro. También, se excluirían los legisladores y los magistrados; aunque no aquellos que ostenten cargos administrativos ejecutivos (*v. gr.*, el presidente del Congreso o el presidente del Poder Judicial)<sup>(186)</sup>.

817.  
Alzamiento  
contra una  
función  
pública  
específica

Hay que precisar que el impedimento se dirige a las facultades derivadas del cargo de la autoridad y no a otras distintas a ella. Dichas facultades lo podemos hallar dentro de reglamentos y normas que regulan las funciones de las autoridades (a ellas debemos ceñirnos al momento de clasificar típicamente los fines de los sediciosos). Algunos doctrinarios como SEBASTIÁN SOLER señalan que lo que se busca impedir es la función de la autoridad general<sup>(187)</sup>. «El alzamiento puede estar determinado por el propósito de impedir que la función sea ejercida en determinado caso; pero el medio debe consistir en impedir la función en general»<sup>(188)</sup>. Por nuestra parte, estimamos que la función debe corresponderse a lo señalado en la normatividad correspondiente, atendiendo a la vez la afectación que esta implica para el bien jurídico.

## 5.2. Evitar el cumplimiento de leyes o resoluciones<sup>(189)</sup>

818.  
Impedir la  
ejecución  
de leyes y  
resoluciones

Los sediciosos buscan que las leyes o resoluciones no sean cumplidas o ejecutadas. Se pretende obstaculizar el carácter imperativo de sus mandatos. Esa obstaculización se define en la búsqueda de neutralizar totalmente la generación de los efectos de la ley o la resolución; no se trata de una simple turbación o entorpecimiento superable.

<sup>(186)</sup> Para ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE se debe entender a las autoridades de los Poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) (VI, 2016, p. 110).

<sup>(187)</sup> SOLER V, 1978, pp. 68-69.

<sup>(188)</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>(189)</sup> Este elemento de tendencia también es acogido en: artículo 544 del Código Penal español («impedir el cumplimiento de las resoluciones administrativas o judiciales»), artículo 143 del Código Penal uruguayo («impedir, por actos directos, la ejecución de leyes» y «obstar a que hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales»), artículo 126 del Código Penal chileno («impedir la ejecución de las leyes» y «impedir la ejecución de sus providencias»), artículo 123 del Código Penal boliviano («oponerse al cumplimiento de leyes, decretos o resoluciones judiciales o administrativos»), artículo 304 del Código Penal costarricense («impedir la ejecución de leyes o de las resoluciones de los funcionarios públicos»), artículo 337 del Código Penal hondureño («impedir la ejecución de alguna ley» y «impedir el cumplimiento de sus resoluciones»), artículo 100 del Código Penal cubano («impidan el cumplimiento de alguna sentencia, disposición legal o medida dictada por el Gobierno o por una autoridad civil o militar en el ejercicio de sus respectivas funciones»), artículo 436 del Código Penal panameño («impedir el cumplimiento de alguna norma legal o sentencia»), artículo 341 del Código Penal salvadoreño («impedir, por actos directos, la ejecución de las leyes» y «impedir que hagan cumplir las providencias administrativas o judiciales»), artículo 387 del Código Penal guatemalteco («impedir, por actos directos, la ejecución de las leyes») y artículo 421 del Código Penal nicaragüense («impedir el cumplimiento de las leyes o de resoluciones de las autoridades, funcionarios o empleados públicos»). En la legislación nacional, también lo preveían el artículo 133 del Código Penal de 1863 («impedir la ejecución de las leyes» y «impedir que hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales») y el artículo 307 del Código Penal de 1924 («impedir que hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales»).



Comúnmente, estos hechos ocurren durante la puesta en vigencia de las normas o las resoluciones, es decir, luego de su respetiva y debida publicación o notificación. Por ello, es lógico deducir que cuando el texto penal precisa leyes o resoluciones no se refiere a borradores o proyectos. Los actos de alzamiento para evitar la aprobación, promulgación o puesta en vigencia de las leyes no están previstos como elemento tendencial<sup>(190)</sup>.

819.  
Proyectos o  
borradores

Cuando se hace mención a **leyes**, se dirige a leyes ordinarias, leyes orgánicas, decretos leyes, decretos legislativos y ordenanzas. Se excluyen dentro de este grupo normativo a la Constitución y a los Tratados o Convenios Internacionales.

820.  
Leyes

En relación con evitar el cumplimiento de las **resoluciones**, se refiere tanto a las emitidas en el ámbito administrativo (decretos de urgencia, resoluciones legislativas, resoluciones administrativas, decretos supremos, resoluciones directorales, resoluciones ministeriales y resoluciones regionales) como jurisdiccional (sentencias y autos). Debido al sentido amplio como el texto legal expresa al término «*resoluciones*» es necesario tomar en cuenta la trascendencia de estas para exigir la intervención punitiva. En tal sentido, los alzamientos para evitar el cumplimiento de meros decretos calificarán a un delito de disturbios (artículo 315, Código Penal), mas no de sedición que se circunscribe a riesgos insignificantes.

821.  
Resoluciones

Por otro lado, aquellos alzamientos que pretenden evitar la ejecución de **resoluciones o leyes nulas o inconstitucionales** calificarán como tentativa inidónea, al tratarse de objetivos que no cuentan con el respaldo legítimo necesario para ser ejecutables. Ahora bien, si la nulidad de las mismas deviene con posterioridad del alzamiento, la calificación típica del alzamiento persiste, ya que durante su ejecución las leyes o las resoluciones mantenían su vigencia y su respaldo coercitivo. El problema, más bien, se traslada al ámbito de la antijuridicidad, ya que los alzados estarían realizando una conducta justificada acorde con el ordenamiento jurídico que se ve quebrantada por las resoluciones o las leyes.

822.  
Leyes y  
resoluciones  
fictas

### 5.3. Impedir los procesos electorales<sup>(191)</sup>

Con el alzamiento, los sediciosos pretenden conseguir que no se realicen o celebren los comicios electorales. Al hacer mención al «*impedir*», el objetivo es evitar

823.  
Impedir los  
comicios

<sup>(190)</sup> Sí lo prevén: artículo 143 del Código Penal uruguayo («*impedir, por actos directos, la promulgación de leyes*»), artículo 126 del Código Penal chileno («*impedir la promulgación de las leyes*»), artículo 337 del Código Penal hondureño («*impedir la aprobación, sanción, promulgación, publicación de alguna ley*»), artículo 341 del Código Penal salvadoreño («*impedir, por actos directos, la promulgación de las leyes*») y artículo 387 del Código Penal guatemalteco («*impedir, por actos directos, la promulgación de las leyes*»). En la legislación nacional, también lo describía el artículo 133 del Código Penal de 1863 («*impedir la promulgación de las leyes*»).

<sup>(191)</sup> Este elemento de tendencia también es acogido en: artículo 143 del Código Penal uruguayo («*impedir la celebración de las elecciones en alguno o algunos de los departamentos*»), artículo 126 del Código Penal chileno («*impedir la libre celebración de una elección popular*»), artículo 341 del Código

que los comicios se realicen; mejor dicho, que cualquier de sus etapas fundamentales se desarrollen. No se trata de una tendencia a solo obstaculizar o hacer dificultoso su realización. Aquellos actos conexos o accesorios del proceso electoral que se pretendan ser impedidos por los sediciosos; pero que sean de manejable superación, no configura el presente delito.

**824.** Procesos electorales Conforme al texto legal, la sedición se dirige contra los procesos electorales presidenciales (elecciones generales), parlamentarias, regionales o municipales. De la forma como se describe este elemento tendencial se advierte que el interés preventivo es a favor de las elecciones de las autoridades. No entraría en la cobertura normativa aquellos alzamientos dirigidos a las consultas populares como los referéndums o la revocatoria de las autoridades. Por lo pronto, al invocarse elementos normativos del tipo estos deben ser interpretados a través de la Ley n.º 26859 («*Ley Orgánica de Elecciones*») (**tipo penal en blanco**).

**825.** Etapas de los procesos electorales Las **etapas de un proceso electoral** son la convocatoria de elecciones, la inscripción de candidatos, las actividades previas al sufragio, el sufragio y el cómputo y la proclamación. Luego de la convocatoria de las elecciones, se circunscribe el ámbito de comisión de este tipo de sedición que concluirá con la proclamación de los ganadores. En tal sentido, el impedimento debería darse desde las inscripciones; aunque en la práctica resulta apreciable actos de alzamiento durante el sufragio o en momento del cómputo de los votos. Los alzamientos posteriores a la proclamación no configura este elemento tendencial.

**826.** Alzamiento contra elecciones nulas Asimismo, los alzamientos dirigidos a procesos electorales que posteriormente son declarados **nulos** (debido a la no superación de la cantidad de votos establecidos conforme al artículo 184 de la Constitución Política) mantienen su relevancia penal y son imputados como sedición<sup>(192)</sup>; debido a se reconoce como expresión de voluntad electoral la emisión de votos blancos, nulos o viciados.

**827.** Alzamiento contra determinados sectores Entiéndase que no se trata de seguir una interpretación *ad literem* de la tendencia a impedir todo el proceso electoral de la población peruana; sino de conseguir impedir que una región, provincia, distrito o centro poblado sufrague, siendo suficiente para la calificación típica del delito; pues si una parte de la población no logra sufragar, es como indicar que no se está consiguiendo la cabal celebración de los comicios. Esto no debe limitarnos tampoco a entender que resulta suficiente que los alzados pretendan evitar que determinados.

---

Penal salvadoreño («*impedir la celebración de un acto eleccionario o del escrutinio*»), artículo 100 del Código Penal cubano («*perturbar la celebración de elecciones o referendos*») y artículo 337 del Código Penal hondureño («*impedir la celebración de elecciones para autoridades nacionales, departamentales o municipales*»). En el Código Penal español (artículo 472) se acoge este elemento de tendencia en la imputación subjetiva de la rebelión: «*impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos*».

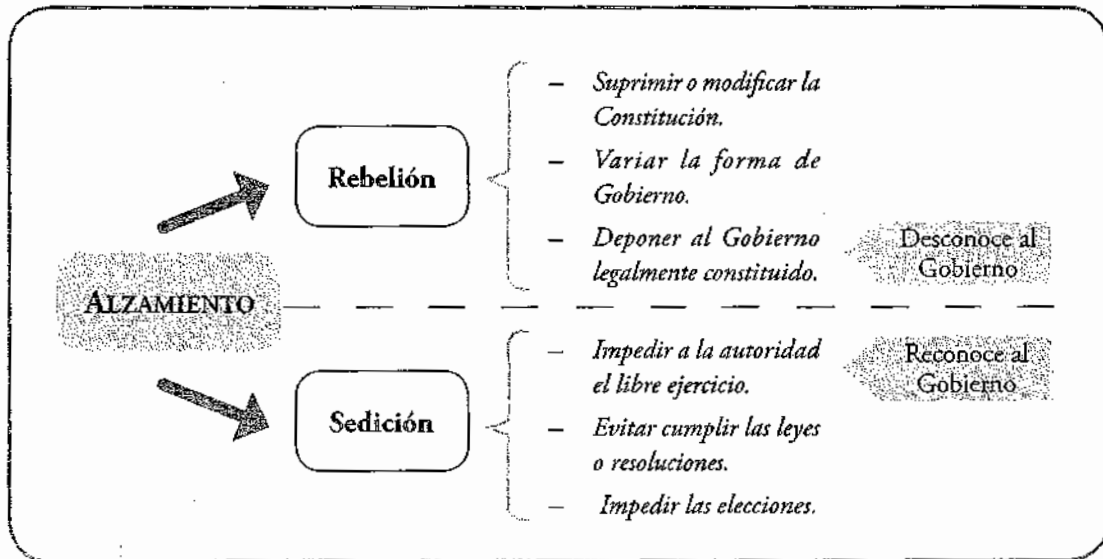
<sup>(192)</sup> Vid. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 120; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 601.

Téngase presente que el alzamiento se dirige contra el acto de función vinculado al proceso electoral. En tal sentido, los sediciosos dirigen sus actos hostiles contra la autoridad que la ejerce para evitar que cumplan con sus funciones. Estos actos de función tienen que tener tal rango de importancia que permita entender que con ello se consigue evitar la celebración de los comicios electoral para una determinada región, provincia o localidad. Así, por ejemplo, la búsqueda de la destrucción o saqueo de un reducido material electoral, no es suficiente. No debe tratarse de un alzamiento dirigido a los pobladores para que sufraguen; pues esto configura el delito de perturbación o impedimento de proceso electoral (artículo 354, Código Penal). Asimismo, tampoco es un alzamiento dirigido a determinados personajes (*v. gr.*, líderes políticos); siempre que no sean los encargados de dirigir los procesos electorales.

828.  
Alzamiento  
contra el  
acto de  
función  
electoral

Cabe mencionar que, en los antecedentes nacionales, el Código Penal de 1924 distinguía a los delitos de rebelión y sedición en atención al tipo de elecciones: si se trata de elecciones presidenciales o congresales, se imputaba el delito de rebelión (artículo 302); pero, si se trataba de elecciones locales o municipales, se imputaba el delito de sedición (artículo 307). En el Código Penal de 1863 (artículo 127); los actos de alzamiento contra las elecciones calificaban siempre como rebelión.

829.  
Antecedentes  
legislativos



§6. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

6.1. Consumación y tentativa

Estamos ante un **delito de actividad**, ya que basta que los sediciosos se alcen en armas para que el tipo penal se perfeccione sin necesidad de que el fin delictivo se haya concretizado (**consumación formal**). No es necesario la producción de

830.  
Consumación

un resultado lesivo, menos la generación de un peligro (concreto). En el acto de alzamiento mismo se desprende la idoneidad de un posible peligro al bien jurídico (**delito de peligro abstracto**). Por consiguiente, la **tentativa** resulta de difícil configuración. Al igual que la rebelión, en la sedición también el legislador optó por adelantar las barreras de punición por la importancia del bien jurídico protegido que todavía se reconoce ante este tipo de delitos.

**Jurisprudencia:** «Carece de fundamento la imputación dirigida al periodista encausado a título de tentativa de sedición, toda vez que en los delitos formales no se considera delictiva la simple tentativa. No incurre en delito de sedición el procesado autor de un artículo periodístico en el que formula una invocación a los Institutos Armados para que conjuren la anomalía de los frecuentes contrabandos que, afirma, se realizaban en una de nuestras fronteras ante la pasividad de determinados funcionarios públicos» (Ejecutoria Suprema del 5 de abril de 1961)<sup>(193)</sup>.

831. **Agotamiento** Sobre el **agotamiento**, la concreción de los fines de los sediciosos no impide su posterior procesamiento, pues recuérdese que aquí sí se reconoce a la autoridad. Por consiguiente, este componente solo tendrá relevancia para cuestiones de individualización de la pena (artículo 46.2.g, Código Penal).

832. **Delitos permanente y continuado** La sedición también se trata de un **delito permanente**, ya que los efectos antijurídicos del alzamiento se mantienen en el tiempo que se sostenga. Neutralizado o desestabilizado el alzamiento, concluye la permanencia y se da por consumado el delito. Por otro lado, los actos de alzamiento pueden ser realizados por temporadas inmediatas, es decir, en tiempos variados pero sucesivos guiados por un único plan criminal. En tal sentido, se calificará un **delito continuado** cuya consumación será la conclusión de la permanencia del último acto de alzamiento.

## 6.2. Autoría y participación

833. **Coautoría** Al igual que la rebelión, únicamente tiene cabida las formas de coautoría y coautoría accesoria. No hay posibilidad de imputar autoría inmediata. En la **coautoría** los sediciosos tienen el dominio funcional del hecho, es decir, intervienen en la decisión en común de definir el objetivo político de su causa (los elementos subjetivos) y luego intervienen brindando su aporte en la ejecución de los hechos (*v. gr.*, dirigiendo, coordinando o ejecutando el alzamiento). En la **coautoría accesoria**, hay intervención plural de alzados sin previa decisión en común: se trata de una intervención ejecutiva no organizada ni dirigida como la coautoría común. En ambos casos se cumple con el requisito de la pluralidad de sujetos activos.

<sup>(193)</sup> Revista Peruana de Jurisprudencia, n.º 216, enero 1962, p. 105.

Sobre la coautoría común, es posible advertir una estructura de imputación como **aparato de poder**; más aún en aquellas organizadas o respaldadas en una sociedad. En tales casos no queda duda de la responsabilidad de los dirigentes o líderes; como también de los ejecutores o subalternos. En los casos de los sediciosos **ejecutores fungibles o reemplazables de imposible identificación**; consideramos que queda la imputación de quienes dirigen o tienen el dominio del alzamiento sedicioso (*v. gr.*, dirigentes, jefes y cabecillas). No se trata de un traslado de responsabilidad, sino del reproche por la acción generada por terceros de quienes los jefes o dirigentes tienen una posición de garantía<sup>(194)</sup>.

834.  
Aparato de poder

Se puede imputar **autoría mediata**, es decir, cuando los sediciosos tengan el dominio de la voluntad de los alzados irresponsables (*v. gr.*, el control de una tropa bajo una obediencia jerárquica). Aunque para el control de los ejecutores en el alzamiento se requerirá de la intervención de otro autor responsable.

835.  
Autoría mediata

En relación con la participación, el **instigador** crea o refuerza el dolo al sedicioso<sup>(195)</sup>. En concreto, forma los elementos subjetivos de los alzados en la determinación del plan criminal y/o refuerza el objetivo de la sedición durante el alzamiento. Es el típico caso del ideólogo o asesor ideológico. Al tratarse de un dolo concreto del instigador, su influencia psicológica requiere de sujetos determinados, por lo que esto impide la configuración de casos de incitación pública, en donde el mensaje del instigador se dirige a sujetos indeterminados.

836.  
Instigador

En la **complicidad necesaria**, el aporte esencial debe darse antes de la ejecución del alzamiento. En tal sentido, los aportes durante el alzamiento de los **cómplices secundarios** no calificarían por realizarse post consumación formal, siempre que no exista el acuerdo previo de cooperación con los coautores.

837.  
Complicidad

### 6.3. Concurso de imputaciones

Al igual que el delito de rebelión, la comisión de otros delitos particulares durante el alzamiento no se subsume a la estructura típica de la sedición. Los delitos de homicidio, lesiones, secuestro y daños serán imputados en forma autónoma y entrarán en concurso ideal con el delito de sedición<sup>(196)</sup>.

838.  
Concurso con otros delitos particulares

<sup>(194)</sup> En la legislación comparada se acoge una norma de presunción de responsabilidad: artículo 546 del Código Penal español, artículo 131 del Código Penal chileno y artículo 342 del Código Penal hondureño.

<sup>(195)</sup> En torno a la punibilidad del instigador, conforme al artículo 24 del Código Penal se equipara la pena a la de un autor, que en este caso sería un sedicioso. Pero, en algunas legislaciones se eleva su punición a la de los dirigentes o cabecillas: artículo 545.1 del Código Penal español, artículo 130 del Código Penal mexicano, artículo 421 del Código Penal nicaragüense y artículo 387 del Código Penal guatemalteco.

<sup>(196)</sup> En la legislación comparada se hace dicha precisión: artículo 549 del Código Penal español, artículo 131 del Código Penal chileno, artículo 137 del Código Penal mexicano y artículo 341 del Código Penal hondureño.

839. Si bien, entre la sedición y el **atentado activo** contra el funcionario (artículo 365, Código Penal) hay una finalidad en común (impedir el ejercicio de la función pública), la diferencia de ambos se establece en sus respectivas calificaciones del tipo objetivo. Desde ya dos componentes hacen la diferencia: la intervención plural de individuos armados y la ejecución en un ámbito público<sup>(197)</sup>. Estas dos son características propias de la sedición que no deben concurrir en los hechos que se imputan en el atentado activo. Por ello, no es posible hablar de un concurso de delitos entre ambos. Ahora bien, el sujeto activo que ejecuta por su parte el impedimento de los actos de función mantiene autónoma la imputación del delito de atentado activo, salvo que prevea el alzamiento sedicioso y, con ello, contribuya su ejecución. En esas circunstancias, su proceder se subsume a la sedición (principio de consunción) y se le atribuirá el referido delito.
840. En el caso de que los sediciosos tengan por objeto impedir la ejecución de las obligaciones del Estado peruano contenidas en los Convenios o Tratados de Paz, habrá un concurso ideal de delitos con la **violación de tratados internacionales** (artículo 340, Código Penal).
841. Si la sedición tiene por tendencia impedir el proceso electoral, habrá concurso ideal de delitos con la tentativa de **perturbación electoral** (artículo 354, Código Penal), si el alzamiento se dirige, a la vez, tanto al acto de función como a los electores. Ejemplo: los alzados que ingresan a las zonas de votación, en las que realizan destrucción del material electoral, amenazan a las autoridades encargadas de los comicios y a los electores. Téngase presente que la sedición se dirige contra la autoridad electoral y sus actuaciones; mientras que el delito de perturbación electoral se dirige contra los electores: hay diferentes bienes jurídicos en juego. Además, el grado de perpetración de ambos delitos es distinto; ya que en la sedición no se requiere la efectiva perturbación del proceso electoral<sup>(198)</sup>.

## §7. JUSTIFICACIÓN

842. Aquellos que se alzan y buscan evitar la ejecución de leyes o resoluciones que contravienen derechos fundamentales pueden alegar la causal de **estado de necesidad justificante**. Obviamente, deberán agotar todas las vías previas legales y no contar con otros medios legítimos para evitar la ejecución de las leyes o resoluciones. Se entiende que debe darse una situación de peligro inminente con la ejecución de las

(197) Para ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE «la distinción ha de buscarse en los efectos del desvalor; resultando, que en la Sedición la perturbación es de una mayor magnitud, en cambio en la Violencia contra una función pública importa una neutralización la función pública de forma singular» (VI, 2016, p. 111).

(198) *Vid.* PEÑA CABRERA FREYRE VI, 2016, pp. 111-112. Este autor niega la posibilidad de un concurso de delitos.

mismas que pondría en alto riesgo derechos o intereses jurídicos relevantes (*v. gr.*, patrimonio, libertad, salud, vida). Cabe señalar que la justificación procede con resoluciones o leyes evidentemente ilegítimas, pero que no han sido declaradas como tales —ya sea declaradas nulas o inconstitucionales—; pues, de darse esto último, encajaría la situación en una atipicidad.

## §8. IMPUTACIÓN PERSONAL

Los que ejecutan el alzamiento tienen capacidad para internalizar o comprender la prohibición normativa (culpabilidad) y, por ende, entender los objetivos políticos de la sedición. No forman parte de los alzados los menores de edad, anómalos psíquicos u otros inimputables. La capacidad de culpabilidad lo mantiene quien previamente se predispone a un estado de inimputabilidad para cometer el alzamiento (*actio libera in causa*).

843.  
Imputabilidad

Habría situaciones de evidente error de comprensión de la prohibición del alzamiento ante actos de función, leyes o resoluciones que consideran los intervinientes resultarían ilegítimos y se carecería de otras vías para evitar su realización. Un **error de prohibición** sobre la legitimidad del alzamiento como única vía para conjurar resultados indebidos de las autoridades dependerá mucho del nivel de conocimiento y cultura de los alzados.

844.  
Error de prohibición

Aquellos sediciosos que no puedan desenvolver una conducta ajustada al Derecho por situaciones condicionales (**inexigibilidad**) y se ven impulsado a intervenir en el alzamiento debido a la amenaza grave dirigida contra su persona o algún familiar (**miedo insuperable**) o bajo el ámbito de una relación de subordinación en la cual no puedan comprender la ilegitimidad de la orden (**obediencia jerárquica**), no se les puede atribuir culpabilidad.

845.  
Inexigibilidad

## §9. PENA

Se sanciona la conducta con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. En el caso de que los sediciosos sean funcionarios o servidores públicos, militares o policías se les aplicará además la pena de inhabilitación —principal— de uno a cuatro años. Las inhabilitaciones, conforme al artículo 36 del Código Penal, serán: *i*) privación de la función, cargo o comisión pública (numeral 1). *ii*) incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (numeral 2). *iii*) privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (numeral 8).

846.  
Sanción penal





# UNIDAD 6

## **DELITOS CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA**



# Competencias

- Conocer y analizar los aspectos trascendentes del delito de financiación ilegal de partidos políticos en el Perú, desde una perspectiva crítica y comparada.



## **PRIMERA LECTURA**

**Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015).** Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 787-800.

La incorporación de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos encuentra su causa en la gravísima situación de corrupción generalizada en el ámbito de actuación de los partidos políticos en todos los niveles en que desarrollan su actuación política, la indiscutible alarma social que suscita el constante descubrimiento de nuevos y más escandalosos casos, y puede considerarse una iniciativa correcta desde el punto de vista político-criminal, si no fuera porque las figuras delictivas finalmente incorporadas al Código Penal adolecen de un gran cúmulo de problemas y defectos técnicos.



**SISTEMA**  
de  
**DERECHO PENAL**  
**Parte Especial**

2ª edición

**Lorenzo Morillas Cueva**  
*(Dirección)*

**Ignacio F. Benítez Ortúzar**

**Bernardo Del Rosal Blasco**

**Lorenzo Morillas Cueva**

**Miguel Olmedo Cardenete**

**Jaime Peris Riera**

● **José E. Sáinz-Cantero Caparrós**

*Dykinson S.L.*





**Lorenzo Morillas Cueva**

*Dirección*

**SISTEMA  
DE  
DERECHO PENAL**

*Parte especial*

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día  
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

*Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
Los autores  
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6  
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
e-mail: [besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

# Capítulo 32

## LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

JOSÉ E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

**Sumario:** I. Introducción, justificación y sistema.- II. Bien jurídico tutelado.- III. Modalidades delictivas de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos: 1. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis): 1.1 El tipo básico de financiación ilegal de partidos políticos. 1.2 Los tipos agravados de financiación ilegal de partidos políticos. 2 El delito de participación en estructuras u organizaciones cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter).- Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y SISTEMA

El nuevo título XIII bis del libro II del Código Penal español recoge, como fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los novedosos delitos de “financiación ilegal de partidos políticos”, una incorporación que puede considerarse un hito histórico en nuestro derecho, así como un rasgo original del derecho penal español en relación con otros sistemas penales europeos.

La incorporación de esta nueva materia encuentra su causa en la gravísima situación de corrupción generalizada en el ámbito de actuación de los partidos políticos en todos los niveles en que desarrollan su actuación política, la indiscutible alarma social que suscita el constante descubrimiento de nuevos y más escandalosos casos prácticamente desde la década de los 80 en el siglo pasado, y sin duda puede considerarse una iniciativa correcta desde el punto de vista político-criminal, si no fuera porque las figuras delictivas finalmente incorporadas al Código Penal adolecen de tal cúmulo de problemas y defectos técnicos (su extraña situación sistemática, el empleo de la técnica de las normas penales en blanco, la gran desproporción de las penas que apareja a las distintas modalidades punibles, etc), que permiten apreciar lo precipitado de su incorporación al Código Penal e incluso poner en duda la voluntad de intervenir efectivamente en el ámbito de la financiación de los partidos políticos.

El nuevo Título distingue dos modalidades delictivas:

- a) en el artículo 304 bis recoge el delito de “*financiación ilegal*” de partidos políticos, configurado como norma penal en blanco, y conteniendo dos formas esenciales de realización: la de quien “recibe” donaciones o aportaciones destinadas a la financiación de partido político, federación, coalición o agrupación de electores (número 1), y la de quien entrega esas donaciones o aportaciones para la financiación de partidos y demás agrupaciones (número 4). Ambas modalidades se sancionan con la misma pena (multa del triplo al quíntuplo del valor de la donación o aportación) presentan además del tipo básico, un supuesto agravado por la cuantía de la donación o aportación, o bien por el sujeto de quien se recibe (número 2), que se sanciona además de con la pena de multa señalada con pena de prisión de 6 meses a 4 años; y un tipo hipergravado cuando los hechos “resultaran de especial entidad”, caso éste en que se impondrá la pena en su mitad superior pudiendo llegarse a la pena superior en grado. El número 5 del artículo 304 bis presenta la necesaria cláusula de habilitación para la responsabilidad de personas jurídicas según el artículo 31 bis.
- b) Por su parte, el artículo 304 ter, contempla el delito de “*participación en estructuras u organizaciones cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores*”. Figura sin duda justificada por la realidad criminal que día a día desvela la actuación de auténticas tramas de criminalidad organizada alrededor del fenómeno de la financiación de los partidos políticos. Al igual que en otras ocasiones, la figura delictiva distingue a efectos de su penalidad entre los simples componentes o partícipes en la estructura criminal, que se sancionan con una pena de prisión de uno a cinco años, y aquellos que actúan como directores o dirigen la estructura, a los que se impondrá la pena en su mitad superior; finaliza el precepto contemplando un tipo agravado para los casos en que los hechos resultaran “*de especial gravedad*”, supuesto éste en que se podrá imponer la pena correspondiente en su mitad superior pudiéndose llegar hasta la pena superior en grado.

## II. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como es habitual, el primer elemento que hay que precisar para proceder al estudio de estas nuevas figuras delictivas es la determinación del bien jurídico que pretenden tutelar, elemento esencial para la interpretación de los preceptos y la valoración político criminal de la conveniencia y legitimidad de la intervención punitiva en la materia. Sin embargo no es una cuestión sencilla por lo muy defectuoso de la presentación de los tipos delictivos. En este sentido, ni la rúbrica del Título XIII bis, que se refiere a la conducta prohibida (la financiación) y no al objeto de tutela, ni la situación sistemática de las figuras, que se ubican de forma

excesivamente forzada e inexplicada entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, del Título XIII, y los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social del título XIV, permiten argumento alguno para la precisión del bien jurídico que pretende tutelarse. Estando además configurados como puras normas penales en blanco, hacen dudar de que se pueda precisar un contenido sustancial que sea coherente con los principio de ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos e intervención mínima.

La doctrina, por su parte, dado lo novedoso de las figuras sólo recientemente se ha pronunciado en la materia desde la perspectiva que interesa al Derecho Penal habiendo sido la que ha venido a precisar el contenido del bien jurídico, permitiendo aventurar algunos objetos concretos de tutela que pueden dar la pauta para la determinación del bien jurídico tutelado.

Así, en primer lugar, se ha considerado objeto jurídico de tutela de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, el *“correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, caracterizado por la transparencia en su financiación, por la igualdad de todas las formaciones políticas, y por la necesaria confianza de los ciudadanos en este sistema”*. Una posición que emparentando la financiación de los partidos políticos con el esencial papel que desempeñan en el marco del sistema democrático, vendría a entender como un atentado al propio sistema constitucional, a las propias reglas del sistema democrático, en tanto que esencialmente la financiación ilegal vendría a distorsionar las exigencias de igualdad en los procesos electorales.

Desde una perspectiva más concreta, se ha entendido que el objeto jurídico de tutela vendría constituido por la función de los partidos políticos en cuanto se consagra constitucionalmente en el artículo 6 de nuestra norma suprema. En base a dicho texto, *“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. ...”*. Los partidos políticos tendrían como misión el aglutinar la voluntad ciudadana para convertirla en voluntad del Estado a través de los correspondientes órganos públicos representativos; todo ello en referencia especialmente a los procesos electorales, en los que los partidos políticos se convierten en los más prístinos intermediarios entre la sociedad y el Estado. Tal función, esencialmente representativa, ha de realizarse de la forma más limpia y objetiva posible, libre de influencias extrañas que puedan mediatizar o condicionar las decisiones de los partidos y sus representantes de forma que puedan verse favorecidos intereses particulares, privados o de ciertos grupos ajenos en todo al interés general.

Esta última concepción nos parece acertada en su contenido esencial, puesto que condicionada la existencia, pervivencia, funcionamiento y éxito de un partido político por la siempre necesaria financiación, serán precisamente los que ilícitamente proveen los ingresos y fondos los que determinen objetivos y programas antes de los procesos electorales, condicionen las listas de candidatos, e incluso mediaticen la designación de cargos o candidatos a serlo en el momento de asunción de los poderes del Estado.

A similar conclusión puede llegarse siguiendo la consideración que conceden a los partidos políticos los principales textos normativos vigentes en la materia que nos interesa. Así, la Ley 8/2007 de 4 de julio, de financiación de los partidos políticos, entiende a estas asociaciones como instituciones básicas sobre las que se asienta el sistema democrático, siendo asociaciones privadas con la trascendental función pública de ser instrumentos de representación pública y formación de la voluntad popular. Con esa consideración, la citada Ley Orgánica entiende que el sistema de financiación de los partidos políticos aparece como una de las esenciales garantías para la estabilidad del sistema de partidos y el sistema democrático. En términos bastante similares, la Ley Orgánica 3/2015 de 30 de marzo, por la que se reforma la anteriormente mencionada ley de financiación de los partidos políticos, califica a estas instituciones como actores esenciales de la vida política, económica y social; entendiéndose que suponen el principal cauce de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en la estructura del propio Estado y sus distintos poderes. La financiación de los mismos, no es sino la obtención de recursos para el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus funciones, de forma que es un elemento cualificado que puede condicionar la actuación de tan importantes instrumentos del sistema democrático.

Todos estos pronunciamientos no están faltos de razón. En nuestra opinión, los partidos políticos son sin duda asociaciones calificadas por las funciones constitucionalmente asignadas y que normalmente cumplen. Por una parte, la expresión del pluralismo político, “pluralismo político” que a su vez es uno de los valores superiores en nuestro ordenamiento jurídico y como tal se propugna por el Estado Social y Democrático de Derecho en que nuestro país se constituye a tenor del artículo 1 de la Constitución. Por otra, y siempre según el artículo 6 de la Constitución, los partidos políticos concurren a la formación (a través de su actividad y los distintos programas y candidatos que ponen a la elección), y a la manifestación de la voluntad popular una vez ésta se ha expresado en los procesos electorales, recepcionando con ello la esencia de la soberanía del Estado. Y sobre todo, los partidos políticos son instrumentos fundamentales de la “participación política”, es decir de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Y ello, no obstante el hecho, de que nuestro particular sistema electivo relativice la participación ciudadana a través de la “participación efectiva” de aquellos que se designan o eligen, a su vez en base a la estructura esencial que suponen los partidos políticos.

En conclusión, podemos afirmar que el bien jurídico a tutelar mediante la incorporación del nuevo título relativo a la financiación ilegal de los partidos políticos es de forma concreta el “normal desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos (funciones de garantía del pluralismo político, de conformación y manifestación de la voluntad popular, y de desarrollo de la participación política), procurando garantizar su ejercicio en los términos de libertad e igualdad que el artículo 6 del texto constitucional propone”.

### III. MODALIDADES DELICTIVAS DE LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

#### 1. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis)

##### 1.1. El tipo básico de financiación ilegal de partidos políticos

Empleando la técnica de las normas penales en blanco, el nuevo artículo 304 bis nos presenta el primer bloque de infracciones penales relacionadas con la financiación de partidos políticos. Su tipo básico y central –contenido en su número 1–, castiga al que “*recibiere*” donaciones o aportaciones destinada a la financiación de partidos políticos (incluimos en este concepto a las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores), con infracción de lo dispuesto en el *artículo 5 Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio* de financiación de los partidos políticos; el número 2, presenta dos modalidades agravadas que castigan el “*recibir*” donaciones o aportaciones, de las contenidas en el número 1º, superando una determinada cantidad; y una segunda modalidad agravada, cuyo fundamento lo encuentra, de una parte en los sujetos que dan origen a la donación o aportación (Gobiernos extranjeros o empresas o entidades a ellos vinculadas), y de otra por la cuantía de la donación –que habrá de superar los 100.000 euros–. En su número 3, el artículo 304 bis recoge un tipo hiperagravado que, referido a las dos modalidades del párrafo anterior (incluyendo por tanto la recepción de donaciones o aportaciones con infracción del art. 7 Dos) se fundamenta en la “especial gravedad” de los hechos. Y finalmente, en el número 4 se ocupa de la responsabilidad penal que corresponde al “donante”. El número 5 del artículo 304 bis introduce la cláusula de habilitación para el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tal cual exige el sistema general del artículo 31 bis del Código Penal.

La primera modalidad delictiva en materia de financiación ilícita de partidos políticos, contenida en el número 1 del nuevo artículo 304 bis, consiste en el castigo con una pena de multa, del triplo al quíntuplo del valor de la donación o aportación que es objeto material del delito, al “*que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5 Uno de la Ley orgánica 8/2007 de y de julio, sobre financiación de los partidos políticos.*”

Nos encontramos con una norma penal en blanco, cuyo contenido ilícito se fija en todos sus extremos por la norma extrapenal de remisión, que establece la prohibición a los partidos políticos (se entiende extendida a las otras denominaciones de federación, coalición, o agrupación de electores) de “*aceptar o recibir directa o indirectamente: a) donaciones anónimas, finalistas o revocables; b) donaciones procedentes de una misma persona superiores a los 50.000 euros anuales; c) donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.*”

Tal como aparece redactado se trataría de un delito común, de forma que podría ser realizado por cualquiera con independencia de su vinculación directa o indirecta con el partido político que se pretende financiar. Sin embargo, según el

tenor literal del nuevo precepto entiendo que ha de exigirse para poder ser sujeto activo del delito el ostentar la condición jurídica necesaria para poder “recibir” aportaciones destinadas a un partido político sea por apoderamiento, representación o por el ejercicio de funciones de administración de hecho o de derecho de la entidad.

Objeto material de esta primera modalidad de delito de financiación ilegal de partidos políticos son las “*donaciones o aportaciones destinadas a un partido político*”, si bien sólo interesan en la medida en que las mismas supongan infracción de lo dispuesto en el artículo 5 Uno de la Ley de financiación de partidos políticos. Dicho artículo de la Ley Orgánica 8/2007 fija específicamente los “*límites a las donaciones privadas*” que aparecen como uno de los posibles recursos económicos procedentes de la financiación privada, junto a otros tipos de recursos que no entran en ningún caso en la norma penal (artículos 2 Dos y 4 de la Ley Orgánica 8/2007). Esta precisión es especialmente significativa, pues limita el contenido de la prohibición penal a una única forma de financiación o de recursos que pueden concurrir a la financiación de los partidos políticos de los muchos y diversos contemplados por la normativa de referencia. En este sentido, fuera del precepto penal quedan todas las formas de financiación ilegal que tengan su origen en la financiación pública; y también, y es quizá más preocupante, el resto de formas de financiación privada que reconoce la Ley, entre otras algunas que han generado especial preocupación en los últimos tiempos. Tal es el caso de las denominadas “operaciones asimiladas” a las donaciones y que consisten en “la aceptación por los partidos políticos que, directa o indirectamente, terceras personas asuman de forma efectiva el coste de sus adquisiciones de bienes, obras o servicios o de cualesquiera otros gastos que genere su actividad”; o las relativas a los acuerdos a desarrollar en la fijación de las condiciones de las deudas o créditos que mantengan respecto a entidades bancarias, financieras y de crédito en relación con los fondos procedentes de los préstamos o créditos que concierten. Se genera de esta forma, y se quiera o no reconocer, una importante laguna en la intervención penal, que al menos en este aspecto no parece haber tenido la preocupación si quiera de analizar los más recientes casos de corrupción en relación a la financiación de partidos políticos para darse cuenta de los importantes vacíos que pueden apreciarse con una simple lectura de la normativa extrapenal a la que se hace referencia en materia de financiación de partidos políticos.

Las donaciones privadas y cuya recepción daría cuerpo a la conducta prohibida son: “*a) las donaciones anónimas, finalistas o revocables; b) las donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales; y c) donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.*” El tenor literal de estos “*límites a las donaciones privadas*” que dan cuerpo al artículo 5 Uno de la Ley de financiación de partidos políticos y sustancia a la norma del art. 304 bis 1 del Código Penal, creo que expresan suficientemente el sentido del injusto que fundamenta estas infracciones: son donaciones que por su naturaleza (finalistas o revocables), su cuantía (las de una misma persona superior a 50.000 euros anuales) o los sujetos que las realizan (las “anónimas”, de donante desconocido, y las provenientes



de personas jurídicas y de otros entes sin personalidad jurídica) pueden incidir de forma especialmente lesiva en el ejercicio de las funciones de los partidos políticos condicionando claramente su desarrollo y sentido.

La conducta típica, en el número 1 del artículo 304 bis, consiste en “recibir” tales donaciones. El concepto “recibir” ha de interpretarse en un sentido material por el que habrá que estar a la efectiva recepción de la donación o aportación de que se trate; no se mencionan en el tipo conductas alternativas y perfectamente válidas en el contexto como el simple “aceptar” (ni mucho menos el “solicitar”), de lo que hay que deducir la necesidad del efectivo traslado de la donación de aquel que la entrega al que la recibe. Y como queda dicho, el que recibe no sólo ha de ser un partido político, sino que éstos verán habilitada su posible responsabilidad criminal a través de la clausula contenida en el número 5 del artículo 304 bis.

De forma complementaria, el número 4, castiga a quien “entregue”, por sí o por persona interpuesta, donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, incriminación lógica por la misma dinámica del fenómeno criminal que se prohíbe donde dos partes distintas concurren a perfeccionar el injusto: el que ilegalmente “se financia” y aquel que financia “ilegalmente”. El sentido de la conducta es igualmente material, en correlación con la correspondiente prohibición de la recepción de donaciones, quedando claramente habilitada la responsabilidad de otras personas (los donatarios) al admitirse que la entrega se realice “por sí o por persona interpuesta”.

En ambos casos nos encontramos ante delitos de resultado, que se perfeccionan en el sentido material señalado al recibir o entregar, admitiendo por ello, al menos teóricamente la tentativa.

Son por supuesto tipos dolosos, que exigen la plena consciencia y voluntad de los diversos elementos, sobre todo, de la condición de ilegal de la financiación que se entrega o se recibe.

Desde el punto de vista de la posible colisión normativa, los mayores problemas que plantearán estas nuevas figuras delictivas, será en relación con las infracciones contenidas en el artículo 17 de la L.O. 8/2007 en la que se sancionan los mismos comportamientos en relación con la recepción o aceptación de donaciones o aportaciones, con la única salvedad de que la norma administrativa se refiere en exclusiva a los partidos políticos.

### *1.2. Los tipos agravados de financiación ilegal de partidos políticos*

Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos (tanto en la modalidad de recepción como en la de entrega) previstos en el artículo 304 bis, presentan dos tipos agravados en su número 2, que ven aumentada su penalidad con una pena de prisión de seis meses a cuatro años; y un tipo hiperagravado en su número 3, que permite imponer las penas para los tipos del número 1 y del número 2 en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

El número 2 del artículo 304 bis, presenta dos tipos agravados con una configuración técnica muy defectuosa, no sólo por volver a utilizar el sistema de las normas penales en blanco, sino también por tener un enunciado poco apropiado al referirse a los “hechos anteriores” cuando en realidad añade un presupuesto de hecho nuevo al incluir una referencia expresa a las “donaciones recogidas en el artículo 7 Dos de la Ley Orgánica 8/2007” (“*Los partidos no podrán aceptar ninguna forma de financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos*) que no se mencionan en el número 1 del mismo artículo.

Fundamento del primer tipo agravado, que se contiene en la letra a), y que se refiere a los mismos hechos contemplados en el número 1 del artículo 304 bis, es la cuantía de la donación o aportación con que se financia ilegalmente al partido político. Se impondrá la mayor pena cuando las donaciones “anónimas, finalistas o revocables” o las procedentes de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica, superen los 500.000 euros; o bien, cuando las donaciones provenientes de una única persona física supere la cantidad de 550.000 euros.

El supuesto agravado de la letra b), que contempla la financiación de partidos políticos por Gobiernos, organismos o entidades extranjeros (art. 7 Dos de la L.O. 8/2007), tiene también un fundamento indiscutible: si condicionar el ejercicio de las funciones de los partidos políticos mediante financiación ilegal tiene una indiscutible relevancia penal, tanto más relevante ha de ser el hecho cuando la financiación ilegal proviene de un Gobierno, organismo o entidad extranjero. Precisamente por ello, y abundando en los muchos defectos del artículo 304 bis, es difícilmente comprensible que esta modalidad agravada limite su aplicación a los casos en que la financiación supera los 100.000 euros.

Especial comentario merece la penalidad que se ha previsto para estos supuestos, y que supone añadir a la multa de triple al quíntuplo del valor de la financiación ilícita, prevista como pena única para los supuestos de los tipos básicos, una pena de prisión de 6 meses a cuatro años, para estos supuestos agravados. Tal pena de prisión es de especial contundencia, y sobre todo merece crítica el amplísimo marco penológico con que se fija: de seis meses en su límite mínimo, a cuatro años (o 48 meses, o sea multiplicando por ocho el límite mínimo) en su límite máximo, lo que facilita un margen demasiado amplio al arbitrio judicial a la hora de la fijación de la pena.

Por último, el número 3 del artículo 304 bis, presenta un tipo hiperagravado, referido a los “hechos a que se refiere el apartado anterior”, que cuando “resultaran de especial gravedad” podrán ser castigados con “la pena” en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Presupuesto para su aplicación son los hechos previstos en el número 2 del artículo 304 bis, es decir: los tipos agravados. Y fundamento de la agravación penológica que incorpora, es que los “*hechos resultaran de especial gravedad*”. Utiliza en este caso la nueva figura delictiva un elemento normativo, la “especial gravedad”, utilizado en muy diversos ámbitos, y que tradicionalmente ha presentado graves problemas para su concreción,

hasta que, con el tiempo y si se da la fortuna de que prosperen los procesos, la jurisprudencia ha podido ir concretando su contenido según la figura delictiva de que se trate. En cualquier caso, como ha señalado PUENTE ALBA, admite un altísimo nivel de arbitrio para la fijación de las características esenciales que ha de tener el hecho para entenderse de “especial gravedad”.

Sí interesa destacar que aquello que ha de resultar de “especial gravedad” son “los hechos a que se refiere” el apartado 2. Y ello para evitar que se entienda la agravación con un fundamento exclusivamente cuantitativo, o basado en la especial entidad de la cantidad objeto de donación o financiación del partido político, que en cualquier caso debiera ser superior a la fijada en el citado apartado 2. Siendo los hechos los que han de resultar especialmente graves, cabe entender que otros elementos del hecho, como la condición o circunstancias del sujeto activo, siempre que ello no derive en la posible apreciación de otra infracción penal; los términos o condiciones en que se realiza la donación; etc...

Desde el punto de vista de penalidad que se asigna a esta figura hiperagravada, la valoración que merece, incluso desde una simple aproximación, no puede ser si no negativa. Como figura especialmente agravada, su penalidad parte de la que se prevé en el número 2 del artículo 304 bis: prisión de seis meses a cuatro años y multa de triplo al quíntuplo de su valor o del exceso referida a las donaciones u otra forma de financiación de las antes analizadas. Según la penalidad prevista para el caso hiperagravado, estas penas han de imponerse en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, lo que, de principio no puede aplicarse a la pena de multa proporcional prevista en el número 2. Pero es que además, la elevación de la pena privativa de libertad vuelve a dar unos márgenes excesivos para el arbitrio del juzgador; piénsese que, la regla de agravación permite llegar a un marco penal de dos años y tres meses a cuatro años de privación de libertad, en el mejor de los casos, que pudiera llegar a una pena de prisión de cuatro a seis años, si nos ponemos en lo peor.

## **2. El delito de participación en estructuras u organizaciones cuya finalidad sea al financiación ilegal de Partidos Políticos (art. 304 ter)**

Completa la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo la intervención punitiva en materia de financiación ilegal de partidos políticos, con la introducción del también novedoso artículo 304 ter. Tal precepto castiga, en su número 1, con una pena de 1 a 5 años de prisión, al que “participe en estructuras y organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de los establecido en la ley”; en su número 2 prevé el castigo para “las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones”, para los que prevé imponer la pena del número 1 en su mitad superior (una pena de prisión de 3 a 5 años); precisando finalmente un tipo agravado, común a las dos modalidades anteriores, que permite imponer la pena correspondiente a las modalidades anteriores “en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado” en atención, una vez más, a la “especial gravedad” de los hechos.

La existencia del precepto parece suficientemente justificada aunque sólo sea porque la realidad criminal reciente en materia de financiación ilegal de partidos políticos y otras agrupaciones similares han puesto de manifiesto la vinculación de los distintos supuestos con tramas o entramados, en definitiva, estructuras, organizaciones, grupos, más o menos organizados y estables, más o menos vinculados a la estructura de los partidos políticos, pero que cumplieran claramente una función de facilitación de los medios y estrategias para la realización de los comportamientos prohibidos, etc. Comportamientos que, al suponer un complejo diseño criminal por su propia estructura, dan lugar a una amplísima fenomenología criminal vinculada a la financiación de los partidos políticos, pero con manifestaciones muy diversas, que no siempre se corresponden con el contenido sustancial que hemos señalado al ocuparnos del bien jurídico objeto de tutela en los delitos de financiación ilegal de partidos políticos.

Ahora bien, que esté justificada su presencia en el Código Penal no significa que su incorporación se haya realizado con la precisión exigible a la creación de una nueva infracción punible. Aun pareciendo correcta la utilización para estructurar este nuevo delito del sistema de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, con los que comparten una cierta racionalidad, su presencia en el nuevo Título XIII bis no parece especialmente afortunada, sobre todo por las difíciles relaciones que mantiene con la figura prevista en el artículo 304 bis, su precedente; y las más problemáticas aún relaciones que habrá de mantener en el futuro con los delitos de Asociaciones Ilícitas del artículo 515 y ss (sobre todo con las previstas en el número 1 de dicho artículo) y los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales de los artículos 570 bis a 570 quater.

En efecto, desde el punto de vista de su objeto de prohibición, los artículos 304 bis y 304 ter tienen ámbitos de aplicación muy distintos. El primero, el artículo 304 bis, sólo prohíbe conductas relacionadas con la "financiación privada" (artículo 2 Dos de la L.O 8/2007 de cuatro de julio), cuando dicha financiación provenga de "donaciones" –y no del resto de formas de financiación privada– (art. 5 Uno de la L.O 8/2007, de cuatro de julio), o bien cuando provenga de "aportaciones de personas extranjeras", cualquiera que sea su forma (art. 7 Dos de la L.O 8/2007 de 4 de julio). Sin embargo, la figura contenida en el artículo 304 ter, no discrimina el tipo de financiación cuya captación sea objeto de la estructura u organización criminal en la que el sujeto responsable participa, bastando con que sea ilícita o lo que es lo mismo que se realice "*al margen de lo establecido por la ley*". Es decir, el artículo 304 ter abarca como objeto material de la actividad de la estructura u organización, todo tipo de recurso económico previsto en la citada Ley de financiación de los partidos políticos, con independencia de que sea pública (abarcando subvenciones para gastos electorales, para gastos de funcionamiento ordinario del partido, las subvenciones anuales de la Comunidades Autónomas, las subvenciones extraordinarias para realizar ciertas campañas, las aportaciones de los Grupos Parlamentarios destinadas a los partidos políticos, etc.) o privada, ámbito en que admite todas las formas de aportación o de obtención de recursos (así no solo incluye las "donaciones", sino también las aportaciones de sus afilia-

dos, las denominadas “operaciones asimiladas” –artículo 4 Tres de la LO 8/2007–, o lo que se puedan obtener de “los acuerdos sobre condiciones de deuda” –art. 4 Cuatro de la Ley antes citada–, donde por ejemplo se incluye la prohibición de condonaciones totales o parciales de deuda por parte de las entidades de crédito). Puede apreciarse, por tanto, la mucho mayor amplitud del objeto del artículo 304 ter, en relación con el del artículo 304 bis.

Por lo tanto, la nueva figura del artículo 304 ter parece quedar suficientemente justificada, al menos desde un punto de vista formal: de no haberse incorporado la nueva modalidad delictiva, sólo tendría relevancia penal la actividad de organizaciones o estructuras dedicadas a la financiación ilegal cuando la forma de financiación fuera la descrita por el artículo 304 bis, única que admitiría la aplicación de los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales. Ahora bien, esta justificación formal lleva consigo algún efecto interpretativo del que no estoy seguro se hayan apercibido en el proceso legiferante, ya sea por apresuramiento ya por propia voluntad. Y es que si bien se mira, lo que hace el artículo 304 ter es tipificar por primera vez en nuestro ordenamiento un delito de participación en organizaciones o estructuras cuyo objeto sea la comisión de “infracciones administrativas”, puesto que toda financiación ilegal que recaiga sobre cualquier tipo de aportación que no se trate de “financiación privada” de las recogidas en los artículos 5 Uno y 7 Dos de la ley de financiación de partidos políticos, no ha sido elevada a la categoría de delito.

Tal como aparece la segunda modalidad de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos gira fundamentalmente en torno a dos elementos: a) la conducta típica sancionada (“participar”, en el número 1 del artículo 304 ter; “dirigir”, en el número 2), en relación con estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de lo establecido en la ley; y b) el propio concepto de *estructura u organización* que en el mismo se utiliza.

El núcleo esencial de la nueva figura viene determinado por la conducta que se tipifica y que presenta dos modalidades: participar en una estructura u organización cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos, en el tipo básico del número 1 del art. 304 ter; y la de “dirigir” la estructura u organización, que se contempla como modalidad agravada en el número 2 del artículo 304 ter. Esta forma de diferenciar distintos niveles de gravedad en base a la distinta función o trascendencia de la conducta incriminada no es una novedad en nuestro derecho a la hora de articular el sistema sancionador en relación a los delitos asociativos o relacionados con la criminalidad organizada, sino que son también utilizados tanto en los delitos de asociaciones ilícitas (art. 515, y 517 CP), como en los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis y ss CP), donde igualmente se distingue, aunque con mucha más precisión en base a similar criterio.

Y precisamente es la falta de concreción en la descripción de los comportamientos típicos lo que genera la problemática a resolver respecto a las conductas

tipificadas en los números 1 y 2 del art. 304 ter pues se formulan con tal generalidad que se hace necesario precisar su sentido y contenido material. Desde luego la descripción es muy parca en sus términos, limitándose la ley a castigar al que "*participe en estructuras u organizaciones*", o bien, a las personas "*que las dirijan*", sin entrar en mayores precisiones que permitan aventurar su sentido y fundamento, como si hace, con diversa amplitud para los delitos de asociaciones ilícitas.

En la medida en que se pueden seguir considerando válidos los argumentos que decantaron la adopción de interpretaciones restrictivas en materia de delincuencia organizada, deben hacerse extensivas al entendimiento de las conductas previstas en el artículo 304 ter. Partiendo de esta base, entiendo que la expresión "*los que participen en estructuras u organizaciones*" debe entenderse en un sentido material como participante en las "actividades" de financiación ilegal de que se trate, y no como simple pertenencia a la organización o estructura; exigiendo, además que dicha participación tenga cierta relevancia, no consistiendo en un simple favorecimiento o cooperación de cualquier índole a la actividad ilícita que aparece como designio de la organización, sino que suponga participar de forma activa, material y relevante en la financiación del partido, así como en la posible perturbación de la normalidad en el ejercicio de sus funciones en los términos que hemos expuesto.

Precisada en estos términos la conducta de "*participación*", la más gravemente penada conducta de "*dirección*" debe encontrar determinado su contenido en base a criterios similares. De esta forma, por "*las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones*" estimo que hay que entender un grupo cualificado de sujetos que participan en la estructura u organización con una aportación específica a la actividad delictual que se considera su objeto: la financiación ilegal de los partidos. Siguiendo el sentido que ha venido asignándose a estos partícipes cualificados en otros delitos relacionados con la criminalidad organizada, creo que hay que centrar su contenido en aquellos que participan en la actividad delictual ostentando una cierta capacidad decisoria, de organización, de orientación o impulso de la actividad delictiva.

Por supuesto, desde el punto de vista subjetivo, la punición de los sujetos exigirá en todo caso el conocimiento de su vinculación con la actividad de la estructura u organización, así como del carácter ilícito de la financiación cuya obtención es objeto de la organización.

La segunda gran característica de esta nueva modalidad delictiva en el ámbito de la financiación de los partidos políticos radica en que, inopinadamente, el legislador decide introducir un nuevo concepto hasta ahora inédito en el marco de las distintas estrategias de persecución de la delincuencia organizada, como es el concepto de "*estructuras..., cualquiera que sea su naturaleza cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de lo establecido en la ley*". Ello supone añadir a nuestro más que variado Derecho Penal de asociaciones y organizaciones criminales un ulterior concepto que ha de compartir espacio con los ya previstos de: asociaciones ilícitas (art. 515 CP); organizaciones criminales (art. 570 bis 1,

párrafo 2) y grupos criminales (art. 570 ter 1, párrafo 2). Un concepto, sobra decirlo, que por la especial amplitud de los ya implantados en nuestro derecho plantea como principal dificultad fijar su concreto contenido y caracteres, lo que no es fácil por la exhaustividad con que se definen respectivamente las organizaciones y grupos criminales en los artículo 570 bis y siguientes, siendo con estos últimos, los grupos criminales, con los que viene a coincidir las nuevas “estructuras”.

Al igual que hemos comentado en relación con el nuevo delito de financiación de partidos políticos del artículo 304 bis, en la modalidad prevista en el artículo 304 ter, se prevé, en su número 3, un tipo agravado respecto a las modalidades incluidas en los número 1 y 2 del mismo artículo que encuentra su fundamento en la “especial gravedad de los hechos a que se refieren los apartados anteriores”; tipo agravado que permitirá la aplicación de la pena prevista en su mitad superior (alcanzando en este caso de 3 a 5 años de prisión), que podrá llegar hasta la pena superior en grado (de 5 a 7 años y 6 meses de prisión).

De nuevo el factor decisivo, y aquel al que se refiere el fundamento de la notable agravación penológica es la especial gravedad de los hechos que, como ocurría en el artículo 304 bis, no queda suficientemente precisada, contando en este caso, además con la desventaja de que la vinculación a un sistema de cuantías, como el que se articula en el artículo 304 bis, no existe en el artículo 304 ter, por lo que la cuantía no es sino uno más de los distintos factores sobre los que habremos de valorar esa mayor o menor gravedad de los hechos que el tipo exige. Quizá habría que valorar adecuadamente la circunstancia de que los hechos que se castigan son, en ambos casos, formas de participar en la organización o estructura, entendidos en los términos que hemos precisado. Por ello, el primer elemento a tomar en consideración para valorar esa mayor o menor gravedad deberá ser valorar la “entidad de la contribución a designio criminal” de forma que cuando la participación, material o de dirección, sea especialmente relevante, podrá acudir a la aplicación de esta modalidad agravada. Junto a ello, debiera tomarse aunque solo sea a título orientativo los criterios de agravación que se utilizan en otros pasajes del Código Penal para agravar las previsiones en relación con la criminalidad organizada como ocurre en el caso de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales. Así como podrían hipotizarse no pocos criterios que sirvieran de orientación para valorar esa mayor gravedad: por ejemplo, la valoración de las condiciones, circunstancias o cualidades del sujeto (sobre todo en referencia a su vinculación con el partido financiado); el ámbito de implantación del partido político de que se trate, etc.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV; *La criminalidad organizada*, (GONZALEZ RUS, JJ dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; AA. VV; *La delincuencia organizada: un reto a la Política Criminal actual*; Aranzadi, Pamplona, 2013; FARALDO CABANA, Patricia; *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch,

Valencia, 2012; GONZALEZ RUS, Juan José; “Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 – caso Filesa), *Actualidad Penal*, 2000. LOPEZ-MUÑOZ, Julián; *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015. NIETO MARTIN, Adán. “Financiación ilegal de partidos políticos”, en *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, p. 122 y ss. OLAIZOLA NOGALES, Inés; *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción.*, ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2014, p. 190 y ss. PUENTE ALBA, Luz María. “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (GONZALEZ CUSSAC, JL dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 950; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (FERRE OLIVE, JC y ANARTE BORRALLA, E, eds.), Universidad de Huelva, 1999, pp. 177 y ss. SAINZ-CANTERO CAPARROS, José Eduardo; “Delitos contra el Orden Público (v). De las organizaciones y grupos criminales”, *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, p. 1185 y ss. SAINZ-CANTERO CAPARROS, José Eduardo; “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado* (Morillas Cueva, dir.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 659 y ss.



# UNIDAD 7

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



# Competencias

- Comprender el delito de colusión y cómo impacta en la realidad peruana, sobre todo en el ámbito de las contrataciones públicas en el contexto del Covid-19.
- Analizar las principales características del delito de peculado propio, valiéndose para ello del aporte de diversas resoluciones jurisprudenciales.
- Comprender el impacto del delito de malversación de bienes públicos en el contexto de la corrupción de funcionarios en Perú.
- Analizar las principales características del delito de tráfico de influencias y su impacto en la realidad peruana, sobre todo en el contexto del caso de los Cuellos Blancos del Puerto.
- Entender el impacto del delito de enriquecimiento ilícito en la defraudación de las expectativas de la ciudadanía frente al funcionario que se aprovecha del cargo para lucrar ilícitamente, analizando la estructura típica del delito.



## **PRIMERA LECTURA**

**García Navarro, E. (2022).** Colusión defraudatoria. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 587-765.

La colusión es uno de los delitos funcionariales de mayor incidencia en la casuística penal. Los cambios en el ámbito administrativo de un Estado han conllevado a que se esté ante el nuevo foco de la actual delincuencia administrativa. Teniendo presente los casos de corrupción en contrataciones estatales con ocasión de la pandemia y la compra de mascarillas y productos de desinfección, uno puede advertir lo arraigado que está la intención de defraudar al Estado patrimonialmente, ya que ni siquiera este contexto de alarma mundial impidió que diversos funcionarios busquen lucrar a costa del interés general de la ciudadanía.



Edward García Navarro

Tomo II

DERECHO PENAL  
PARTE ESPECIAL

Delitos contra  
la Administración  
Pública cometidos  
por funcionarios  
y servidores públicos

  Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos,  
evolución legislativa  
y jurisprudencias  
con códigos QR y  
códigos Bitly en la obra.



EDITORIAL  
JUSFERIA





EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL



Delitos contra la  
Administración Pública  
cometidos por funcionarios  
y servidores públicos

Tomo II



IUSTITIA

Primera edición: abril de 2022

© 2022, Derecho Penal - Parte Especial - Tomo II

© 2022, Edward García Navarro

© 2022, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1861  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e Impresión**

Editora Grijley E. J. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y diagramación**

Libia Huamali Sánchez

Tiraje: 1.000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N.º 202201700

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200122

ISBN: 978-612-4362-37-8

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

## COLUSIÓN DEFRAUDATORIA

(Artículo 384, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Denominación. §3. Naturaleza delictiva. §4. Clasificaciones. §5. Antecedentes. §6. Modelos legislativos. §7. Descripción, fuentes y antecedentes legales. §8. Bien jurídico protegido. §9. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §10. Imputación subjetiva. §11. Ampliación de la imputación. 11.1. Consumación y tentativa. 11.2. Autoría y participación. 11.3. Concurso de imputaciones. §12. Justificación. §13. Imputación personal. §14. Modalidades agravadas especiales. §15. Pena.

### §1. GENERALIDADES

La colusión es uno —por no ser el primero— de los **delitos funcionariales de mayor incidencia** en la casuística penal<sup>(636)</sup>. No obstante que no es una figura tradicional, los cambios en el ámbito administrativo de un Estado (nuevos diseños de contratación y adquisición de bienes y servicios y la habilitación a otras entidades públicas para que se abastezcan) han conllevado a que se esté ante el nuevo foco de la actual delincuencia administrativa. A ello, cabe agregar el crecimiento económico del Estado que ha derivado en una mayor inversión en obras públicas a nivel nacional, regional y local. Todo esto podría explicar esa «especial sensibilidad de las adquisiciones estatales frente a actos de corrupción debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público»<sup>(637)</sup>.

1247.  
Justificación a la represión penal

<sup>(636)</sup> Así tal.: JAREÑO LEAL en *Revista Internacional Transparencia e Integridad* n.º 5, 2017, p. 1; CASTILLO ALVA, 2017, p. 125; MENDOZA VAEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 47.

<sup>(637)</sup> GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, 2008, p. 18. *Vid.* CASTILLO ALVA, 2017, p. 125.

Los agentes delictivos que intervienen en las contrataciones públicas buscarán obtener sus mayores beneficios económicos; ya sea aprovechándose de su encargatura (mediante el pedido de sobornos) o del patrimonio público de la administración (los gastos públicos serán percibidos por los postores corruptores). Cuando se espera que el crecimiento económico del Estado contribuya al beneficio social de su pueblo, ese objetivo gubernamental se ve opacado por el aprovechamiento particularizado de los defraudadores que en las contrataciones públicas buscan lograr sus máximos lucros. A esto se debe añadir no solo la variedad<sup>(638)</sup>, sino las nuevas formas tecnificadas y complejas de las adquisiciones públicas que hacen cada vez más viable la concertación y la defraudación contra la administración.

**1248.** En general, observamos **consecuencias tripartitas** de la actividad corrupta de los que se coluden en las contrataciones públicas: «en el aspecto económico, se encuentra la disminución del presupuesto público al impedir una recaudación regular; en el aspecto político, se propicia la pérdida de legitimidad de la autoridad en tanto favorece intereses privados; y en atención a los derechos fundamentales, se impide el acceso igualitario a los servicios públicos por parte de los ciudadanos»<sup>(639)</sup>.

**1249.** Asimismo, por lo menos, se aprecia una doble afluencia patrimonial indebida en un contexto de contratación pública que hace más atractivo al delincuente recurrir a la colusión. Por eso que se diga que pareciera que esta figura penal sea una de las **formas más recurrentes de la corrupción en el ámbito de las contrataciones públicas**<sup>(640)</sup>. En esa situación, ante un concurso o licitación pública de valor presupuestal considerable, no falta poco para que entre los postores interesados opten por la corrupción como la vía segura para conseguir ganar la buena pro o los funcionarios se aprovechan de una necesidad de servicio y la disposición presupuestal y ven la posibilidad de obtener ganancias extras derivadas del soborno de los participantes.

**1250.** El nivel organizativo de la colusión llega a estratos mayores en el sentido de organizarse previamente en el reparto de las ganancias y beneficios indebidos entre los funcionarios y los particulares postulantes. Así, entre ellos puede existir hasta un doble pacto colusorio (funcionarios-postulantes y postulantes-postulantes) que consi-

<sup>(638)</sup> Se señala que la contratación directa es el proceso adquisitivo estatal más atractivo para la colusión: JAREÑO LEAL en Revista Internacional Transparencia e Integridad n.º 5, 2017, p. 3; GÓMEZ PATIÑO en Revista Prolegómenos. Derechos y Valores n.º 17, 2014, p. 50.

<sup>(639)</sup> DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 14.

<sup>(640)</sup> Cfr. GÓMEZ PATIÑO en Revista Prolegómenos. Derechos y Valores n.º 17, 2014, p. 50; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 13; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 83. En el Informe Defensorial n.º 168 («El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junín») sobre la colusión se ha indicado que «su sistematicidad y permanencia requiere de reglas informales (coimas para ganar licitaciones) socialmente válidas instauradas en forma paralela a la legal (Ley de Contrataciones del Estado) que han construido y sido construidas por un contexto en donde, más que una tolerancia a la corrupción, hay un aprovechamiento funcional de ésta. De ahí que los postores perdedores de una licitación en buena parte denuncien la colusión en el otorgamiento de la buena pro cuando su acuerdo inicial, igualmente ilegal, no los favoreció» (2014, p. 52).

ga que nadie se vea perjudicado y, por ende, tampoco denunciado. Esta concertación defraudatoria en doble partida permitirá no solo sortearse las licitaciones, sino también ceder posiciones claves en los concursos públicos a cambio de la participación en las obras; todo ello, perjudicando los intereses de la Administración Pública.

Frete a esta realidad, el legislador penal peruano ha dado una mayor atención a la cobertura de imputación que se puede conseguir con la fórmula del artículo 384 del Código Penal. Hay un desfile de normas modificatorias al diseño legal de la colusión, lo que nos permite resaltar el interés político-criminal sobre una mejor respuesta penal contra las concertaciones defraudatorias en el ámbito de los contratos y adquisiciones públicas. Así, el criterio legislativo, desde la perspectiva de la imputación jurídica, ha sido la ampliación de los alcances de los elementos típicos para evitar supuestos de impunidad. El ejemplo más evidente es la conversión de la colusión por resultado a una colusión por concertación, como veremos *infra*. También, desde la perspectiva punitiva, se nota el incremento significativo de la represión, ya que la colusión ahora es uno de los delitos funcionariales de mayor severidad punitiva (pena máxima de privación de libertad de veinte años) a la cual se le ha adicionado penas de inhabilitación y de multa.

En concreto, la fórmula penal peruana de la colusión es una de las más reconstituidas por ese afán represivo de comprender toda irregularidad en los contratos públicos y darle una respuesta penal agresiva. Con ello, el mensaje penal normativo tiende a evitar la proliferación o la especialización de las concertaciones defraudatorias.

## §2. DENOMINACIÓN

La denominación tradicional del fraude del funcionario o gestión desleal como delito<sup>(641)</sup>, es el *nomen* colusión (del latín: *collusio*) que implica, por lo general, el acuerdo entre dos o más personas para generar un daño o específicamente para limitar la competencia. Se trata de la importación de una terminología de empleo cotidiano en el Derecho de la competencia, trasladado al ámbito de las licitaciones y contrataciones públicas. Con ello, la opción de la colusión implica una **denominación** que pretende resaltar esa esencia concertadora (una expresión quechua cercana: *Yachachinakuy* o *Kamachinakuy*), esto es, el acuerdo ilegal logrado entre el funcionario y el interesado. Inclusive, para distinguirlo de los acuerdos regulares, se le adiciona el adjetivo «desleal»<sup>(642)</sup>, que se conecta con las actuaciones infractoras de los deberes funcionariales en las licitaciones y contratos públicos.

<sup>(641)</sup> Cf. RODRÍGUEZ DÉVESA, 1995, p. 1191; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 454; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 281.

<sup>(642)</sup> Esta denominación ya venía siendo empleada en el Código Penal de 1924. Vid. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 423. Es cuestionada por no guardar relación con el bien jurídico. GONZALES ORBEGOSO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 38. Aunque también se acostumbraba titularlo como concierto o gestión desleal en fraude del Estado. Vid. CORSO MASÍAS IV, 1958, p. 272; ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 59. Con mayor precisión, JOSÉ LUIS MANDUJANO RUBÍN lo denomina colusión desleal en contratación pública (2018, p. 141).

1251.  
Tendencia  
político-  
criminal

1252.  
Denomi-  
nación

**1253.** Por nuestra parte, consideramos importante agregar su otra esencia, la defraudación, y así nombrarlo como la **colusión defraudatoria o fraudulenta**. Entonces, con esta denominación encerramos los dos aspectos resaltantes del delito: *primero*, la **colusión**, por la intervención dual o plural para acordar la infracción normativa; y, *segundo*, la **defraudación**, como peligro o resultado patrimonial perjudicial a la administración derivado del acuerdo.

**1254.** No somos de recibo en emplear el *nomen colusión ilegal*<sup>(643)</sup>, ya que traería consigo dificultades demarcatorias con las infracciones administrativas (*v. gr.*, cárteles); y, además, si la propia definición de colusión lleva en sí descripciones irregulares que la hacen desde ya indebida y, por ende, terminaríamos ante una redundancia o tautología<sup>(644)</sup>. Por otro lado, el simple empleo de la **colusión**<sup>(645)</sup> (como el legislador peruano ha titulado en las Leyes n.º 29703, 29758 y 30111 y el Decreto Legislativo n.º 1243) nos llevaría a la misma problemática que la colusión ilegal, además que no asegura que toda colusión tenga la finalidad o el resultado defraudatorio contra la Administración Pública. Asimismo, tampoco podemos dejar de mencionar la base concertadora del delito, esto es, la participación mínima dual de los infractores, y simplemente limitarnos al componente defraudatorio y nombrar al delito como un **fraude a la administración pública**<sup>(646)</sup>. Téngase presente que el fraude también se produce con la intervención unilateral y, además, el presente delito no es el único que ostenta el fraude en su ejecución en provecho de la administración, ya que se tiene también a la concusión implícita en sus modalidades genérica y específica.

### §3. NATURALEZA DELICTIVA

**1255.** Hay una variedad de interpretaciones sobre la **naturaleza estructural** de la colusión tanto desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Algunos yerran cuando la denominan o también cuando definen su ubicación legislativa. También se dan las desactualizaciones estructurales de la figura con la abundante secuencia de modificaciones legislativas de los componentes esenciales de la colusión. Esto nos lleva a analizar algunas de las posiciones mayoritarias sobre lo que tenemos que conocer por la colusión como delito.

<sup>(643)</sup> Asumen dicha definición: CASTILLO ALVA, 2017, p. 20; GONZALES ORBEGOSO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 38.

<sup>(644)</sup> *Cf.* ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 309; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 17; MANDUJANO RUBÍN, 2018, p. 141; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 23; ULLOA GAVILANO en *Actualidad Penal* n.º 11, 2015, p. 181.

<sup>(645)</sup> Asumen esta denominación: CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 17; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 153; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 23.

<sup>(646)</sup> Asumen esta denominación: FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1161; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 309. También lo refiere: ROJAS VARGAS, 2016, p. 187.

No cabe duda que esta figura penal se resalta como un **delito funcional** (**primera naturaleza delictiva o naturaleza base**), debido a la participación infractora del funcionario público como uno de los agentes delictivos y la concurrencia de la Administración Pública —por intermedio de sus diferentes entidades— como la perjudicada patrimonial, lo cual nos permitirá sostener la tutela preponderante de un bien jurídico institucional. Sin embargo, es menester indagar cuál o cuáles son las otras naturalezas delictivas a las que responde la actual fórmula típica de la colusión y que la distingue de los demás delitos funcionariales.

1256.  
Primera naturaleza del delito funcional

Al haberse caracterizado como un delito defraudatorio, puede sostenerse que la colusión consiste en una modalidad especial de **estafa**<sup>(647)</sup>. En ese sentido, el rasgo fraudulento de la concertación con el consecuente perjuicio patrimonial nos daría a discernir que indiscutiblemente una colusión se corresponde con los elementos estructurales de toda defraudación patrimonial<sup>(648)</sup>. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la víctima directa de la concertación fraudulenta no es una persona natural, sino una persona jurídica pública (entidad administrativa), por lo que habría problemas en lograr la configuración del engaño (medio delictivo por excelencia)<sup>(649)</sup> hacia una persona jurídica. En ese mismo parecer, se suele decir que el efecto fraudulento lo recibiría el representante de la persona jurídica agraviada para lograr la disponibilidad patrimonial; sin embargo, esto no sucedería en la colusión, ya que justamente el responsable funcional o el que declarará la disposición del patrimonio público es quien comete el fraude a su propia representada<sup>(650)</sup>. Por ello, se «prescinde del clásico requisito de la estafa común, la maniobra engañosa que es causa de la disposición patrimonial, y alude y se conforma únicamente con la concertación (...) finalísticamente dirigido»<sup>(651)</sup>.

1257.  
Como una estafa

Es por ello que se identifica a la defraudación no tanto en el engaño tradicional, sino en el aprovechamiento del cargo para perjudicar a la propia administración, esto es, una forma de actuación infiel o de gestión desleal<sup>(652)</sup>. La defraudación se reconduce, no tanto por el empleo de un fraude individual para superar la determinación patrimonial de un tercero, sino en el aprovechamiento infiel y deliberado de

(647) *Cf.* RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 416; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448.

(648) *Vid.* MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 733; CARDONA TORRES, 2010, p. 520; VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 303.

(649) Consideran el engaño como el medio del fraude funcional (colusión): CARDONA TORRES, 2010, p. 520; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 202; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448.

(650) *Cf.* ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Batarrita, 1999, p. 208.

(651) *Cf.* RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1191; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 454; ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Batarrita, 1999, p. 208; CARDONA TORRES, 2010, p. 520.

(652) *Vid.* ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Batarrita, 1999, p. 208.

la predisposición patrimonial que ostenta como atributo en relación con la entidad pública que representa. Ese aprovechamiento no es manifiesto, sino solapado u oculto, en el sentido que se da la apariencia frente a los demás de la regularidad de la actuación funcional en el proceso de licitación o contratación (fraude generalizado). En tal sentido, se establece la naturaleza de la colusión por la defraudatoria, mas no en el sentido de la infidelidad funcional o la aparente administración regular del patrimonio estatal. No debemos dejar de mencionar los que plantean la idea de formar un grupo autónomo dentro de los Delitos contra la Administración Pública cuya característica principal sea la de ejercer la defraudación contra la propia Administración Pública<sup>(653)</sup>.

1258.

Como una  
malversación de  
fondos

Otros sostienen que la colusión se corresponde, más bien, a una estructura típica de la **malversación de fondos**, puesto que ambos tienen por objetivo el desprendimiento indebido del patrimonio público<sup>(654)</sup>. Si hay una línea de discusión sobre la exigencia o no del engaño o fraude en la colusión, se señala que mejor sería reconducir la figura por el lado del malgasto del patrimonio de la Administración Pública. Sin embargo, la peculiaridad o distinción se encontraría en la forma dual en que se interviene, ya que el funcionario necesitará del particular interesado para conseguir el perjuicio patrimonial, lo que no sucede con la malversación; además que en este delito el funcionario se ve beneficiado del propio patrimonio público<sup>(655)</sup>, lo cual no sucede en la colusión.

Entonces, se presenta una forma de acuerdo en común entre un *extraneus* (malversador) y un *intraneus* (beneficiado) que planifican el desgaste patrimonial de la administración. En todo caso, en relación con la colusión por concertación se apreciará una suerte de tentativa de malversación<sup>(656)</sup> o malversación a futuro<sup>(657)</sup>. Desde la perspectiva de la afectación al bien jurídico, la colusión por concertación es un delito de peligro; mientras que la malversación de fondos, un delito de lesión<sup>(658)</sup>. Por ello, si nos remitimos a una colusión por resultado, no cabe duda de las coincidencias dogmáticas con la malversación de fondos.

1259.

Como una  
concusión

El Código Penal de 1991 ha calificado a la colusión como una forma de **concusión** al incluirla dentro del rubro que titula la referida denominación delictiva (Sección II, Capítulo II, Título XVIII). La tradición legislativa española junto a los

<sup>(653)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2016, p. 187.

<sup>(654)</sup> Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1788; DELGADO GIL en Anuario de derecho penal y ciencias penales n.º 62, 2009, p. 404; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; QUERALT, 2008, p. 1119; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1190. Por ello, ANDRÉS DELGADO GIL considera juntar ambos delitos dentro de un grupo de delitos que atentan la hacienda pública (en Anuario de derecho penal y ciencias penales n.º 62, 2009, p. 404).

<sup>(655)</sup> Cfr. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247.

<sup>(656)</sup> Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1788.

<sup>(657)</sup> QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 189.

<sup>(658)</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 454.



delitos de exacciones ilegales (concusión) y fraudes funcionariales (colusión) bajo un mismo título debido a que los emparentaba una misma esencia fraudulenta de corte patrimonial o económica, aun cuando sean diferentes los perjudicados. Con la vigencia del Código Penal peruano de 1991, la influencia española queda de lado y se asume una nueva sistemática diferenciadora entre concusiones y colusiones. No debemos dejar de señalar que el legislador peruano efectúa un ajuste desacertado en la denominación del título cuando la fuente española describía a las exacciones ilegales y los fraudes, y no simplemente exacciones.

No obstante, esto ha tenido eco aplicativo en algunas jurisprudencias y ciertos comentaristas. Es el caso de FRANCISCO CHIRINOS SOTO que denomina a la colusión como una concusión impropia por el componente fraudulento que lo distingue, según el autor, de las exacciones ilegales<sup>(659)</sup>. Sin embargo, es evidente la marcada separación estructural de la colusión y la concusión<sup>(660)</sup>, principalmente en cuanto a los perjudicados, la concurrencia de los agentes delictivos y las modalidades conductuales. Esto nos lleva a sostener de *lege ferenda* la necesidad de la separación de la colusión de las concusiones<sup>(661)</sup> y no seguir con este mito legislativo de persistir en mezclar estas figuras delictivas, ya que es insostenible mantener la agrupación de estos delitos en un solo rubro.

En torno a los perjudicados, en la concusión (explícita o implícita, genérica o específica) siempre será el particular el perjudicado patrimonial a diferencia de la colusión en donde es la Administración Pública la que se ve perjudicada en su patrimonio por la actuación de sus funcionarios. Si tomamos en cuenta la concurrencia de los agentes delictivos, en la colusión hay una relación de concertación, esto es, de acuerdo (libre) de prestaciones entre el funcionario y el particular interesado; empero, en la concusión hay una relación de imposición o aprovechamiento, es decir, solo existe una pretensión y es la que traslada el funcionario al particular a través de su requerimiento indebido<sup>(662)</sup>. Por ello, en la colusión se requerirá de, por lo menos, dos sujetos activos (un funcionario público y un particular), mientras que en la concusión basta con uno (funcionario público), ya que el otro será el sujeto pasivo de la acción. Por último, se tiene a las modalidades conductuales, las cuales en la concusión son abusivos requerimientos coactivos (explícitas) o fraudulentos (implícitas), a diferencia de la colusión que solo pueden ser concertaciones fraudulentas, con el resaltado que el funcionario no puede recurrir al *metus publicæ potestatis*.

(659) CHIRINOS SOTO, 2004, p. 778.

(660) Así tab.: ROJAS VARGAS, 2016, p. 187; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 388; ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 59.

(661) Así tab.: ROJAS VARGAS, 2016, p. 187; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 388; ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 59.

(662) Así tab.: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 330.

1260.  
Como un  
cohecho

Por otro parte, se ha sostenido el rasgo corruptor con el que se desenvuelve el funcionario responsable en las contrataciones o adquisiciones públicas, pues para poder conseguir que el particular interesado consiga ser seleccionado como ganador, por lo común, recurrirá a las peticiones económicas de compensación (dádivas). Esto lo relaciona con los delitos de **cohecho** y, para los que plantean la perspectiva ética del bien jurídico institucional, no hay más motivos que calificarla como una forma especial del cohecho en atención al ámbito de comisión (contrataciones públicas). Así, por ejemplo, lo señala FIDEL ROJAS VARGAS al sostener que «la figura de colusión ilegal es en términos generales una modalidad de corrupción —en sentido lato— del sujeto público que nos muestra crudamente la venalidad y deslealtad, de funcionarios y servidores especialmente vinculados con el bien jurídico, incompatibles con el cargo o comisión»<sup>(663)</sup>.

Aun cuando el soborno no está descrito como un elemento típico que deba darse para el quebrantamiento del rol del funcionario público<sup>(664)</sup>, la idoneidad de una concertación fraudulenta lo reclama como tal. Sin embargo, la naturaleza defraudatoria y el complejo bien jurídico institucional de la colusión los distingue de toda forma de cohecho, ya que no debemos de olvidar que el funcionario conseguira una posible consecuencia material contra la Administración Pública, lo cual no es exigible en una imputación por cohecho.

1261.  
Como un  
abuso de  
funciones

Desde una perspectiva amplia, la intervención del funcionario en la concertación fraudulenta no se aleja a la idea del prevalimiento que ejerce de la función pública específica que se le encomienda para cautelar los intereses contractuales de la administración. Así, se podría decir que la colusión responde mejor a un **abuso funcional específico**, por las facultades funcionariales extralimitadas en el ámbito de las contrataciones públicas, de las cuales se aprovecha y produce el perjuicio relevante. El funcionario se extralimita de sus funciones específicas en las contrataciones y supera el parámetro de riesgo de función de cautelar los intereses de la administración en la adquisición de bienes o servicios de los particulares. Por eso, XABIER ETXEBARRÍA ZARRABEITIA describe que se está ante un «abuso fraudulento del cargo en el ámbito contractual»<sup>(665)</sup> y JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ indique que se trata «de un peculiar abuso de poder del sujeto activo que interviene por cuenta y en nombre del Estado en un negocio jurídico de contenido económico»<sup>(666)</sup>. Si bien este planteamiento es acertado, su generalidad estaría inserto en su descripción como delito funcional que ya hemos hecho mención como la naturaleza base de la colusión.

<sup>(663)</sup> ROJAS VARGAS, 2007, p. 408.

<sup>(664)</sup> Por eso, JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ sostiene que no requiere probarse la contraprestación al funcionario (2017, p. 388).

<sup>(665)</sup> ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 215.

<sup>(666)</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 388.

Por último, no debemos dejar de mencionar los postulados de un **tratamiento autónomo de la colusión**, alejado de las formas penales tradicionales, debido al quebrantamiento de deberes funcionariales exclusivos por las responsabilidades que ostenta en las contrataciones públicas, de la cual nos adherimos. La intervención delictiva del funcionario y el particular interesado convierte el ámbito regular de la contratación o licitación en una especie de negocio público ilegal, injusto, arbitrario o fraudulento; por ello, es menester resaltar justamente esa realidad delictiva formada como el rasgo propio de la colusión que la debe distinguir de otros delitos funcionariales. En ese sentido, podría estar aquí la razón para formular un grupo delictivo emparentado por los negocios públicos delictivos.

1262.  
Naturaleza autónoma

No se pretende una estructura dogmática propia de la colusión, sino una identidad del delito en atención al bien jurídico institucional diferenciado. Pero si debemos hablar de la estructura dogmática de la colusión se llegará a la idea de estar ante una **compleja mixtura de componentes típicos**<sup>(667)</sup>: concertación fraudulenta (estafa), extralimitación de las funciones públicas específicas (abuso de funciones), fin o resultado de perjuicio patrimonial a la administración (malversación de fondos) y contraprestación pecuniaria por parte del particular interesado para el funcionario (cohecho). Téngase presente que no basta una sola naturaleza, sino una pluralidad, además de su condición de delito funcionarial.

1263.  
Naturaleza mixta

#### §4. CLASIFICACIONES

En el estudio de la colusión apreciamos diferentes formas de clasificar o distinguir el delito, que, más allá de su objetivo didáctico, conllevarían a importantes problemáticas de discusión dogmática para prever sus alcances en la imputación típica. Por lo pronto, describiremos algunas de las clasificaciones más resaltantes conforme a un elemento típico del delito de la colusión.

1264.  
Formas de clasificación

Así, si tomamos en cuenta el **grado del desarrollo del delito**, advertiremos tres etapas temporales de comisión: concertación, ejecución y resultado. En tal sentido, estaremos ante una **colusión por concertación** cuando el funcionario público llega a un acuerdo con el particular interesado en la contratación pública para conseguir defraudar a la administración. Se trata simplemente de un acto preparatorio excepcional por su punición y que es elevado a la categoría de delito autónomo. Frente a este prototipo, la ejecución de los roles acordados o la causación de un resultado perjudicial contra la administración se constituye en la etapa de agotamiento del delito. Desde la perspectiva político-criminal, es la forma de colusión más acogida en

1265.  
Por el grado de desarrollo

(667) Es de anotar que era clásico calificar al fraude funcionarial (colusión) —desde JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO— en sus dos elementos estructurales de fraude y abuso de funciones (II, 1881, pp. 515-516). Para ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE la colusión sería una mixtura entre el cohecho (propio específico) y la malversación, «al menoscabar las arcas del Estado y a su vez manifiesta sobornos que recibe el funcionario por parte del particular» (V, 2016, p. 330).

las legislaciones penales y constituye un adelantamiento de las barreras de punición por la significancia que implica la posición infractora que asume el funcionario y el interés ilegal del particular; ambos guiados a vulnerar los intereses de la administración en la contratación pública.

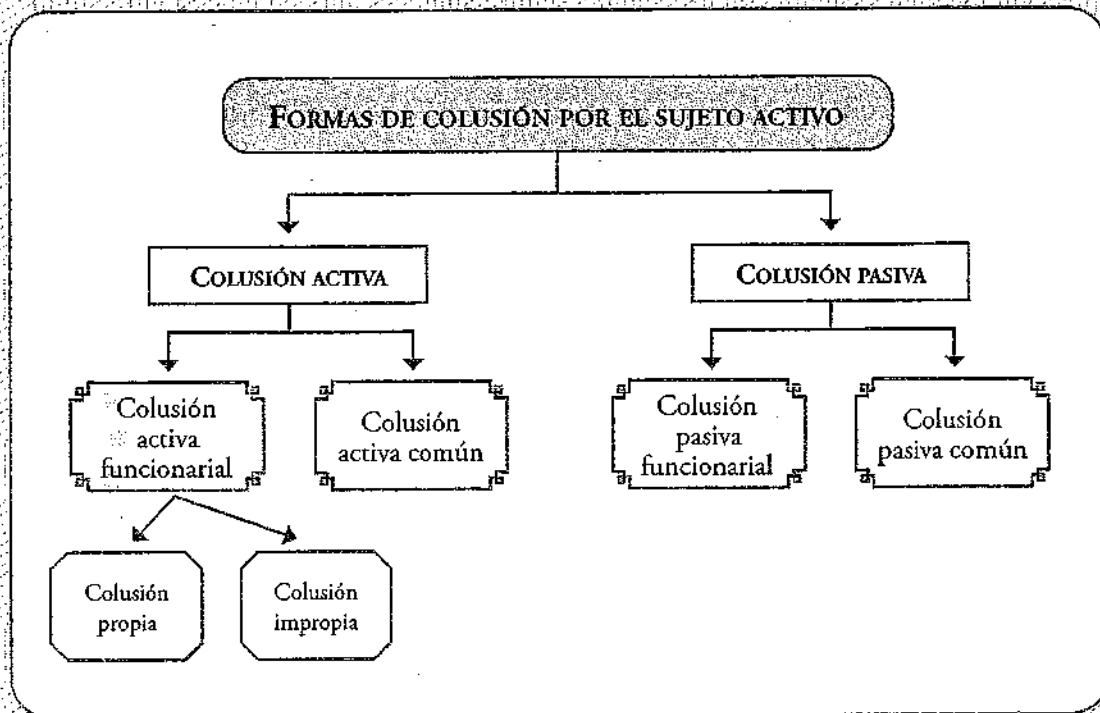
Por otro lado, se tiene a una **colusión por resultado**, en el sentido que tanto el funcionario como el particular interesado deben conseguir comprometer (siquiera, como peligro concreto) los intereses patrimoniales de la administración en torno a la contratación pública. Para muchos esta califica un delito de resultado funcional que se ajusta a los parámetros del principio de lesividad, aunque no sea el agrado de quienes propugnan la flexibilización de las garantías o límites del poder penal. El cuestionamiento de la presente modalidad se resume por la presunta impunidad que genera a los actos de concertación, cuando estos, muy bien, califican como formas tentadas (inacabada) de la colusión por resultado, que también son merecedoras de penas importantes. En tal sentido, quienes reclaman la criminalización de la colusión por concertación consideran a la colusión por resultado como su forma agravada o, mejor aún, quizá un delito agravado por el resultado.

Existe también la modalidad de la **colusión por ejecución**, es decir, aquella que se configura con la realización de los roles establecidos en el acuerdo previo entre el funcionario y el particular interesado, sin necesidad de conseguir el resultado perjudicial contra la administración. Se estaría ante una forma de tentativa acabada, en el sentido que, no obstante que los sujetos intervinientes ejercen los puntos acordados en la concertación, no consiguen generar el resultado perjudicial contra la administración. Esta modalidad no ha tenido mucha recepción legislativa como fórmula, pero es asimilable en la estructura típica de la colusión por el resultado como un acto de tentativa (inacabada).

1266.

Por el  
sujeto  
activo

Por otro lado, podemos describir una clasificación de la colusión en atención al **sujeto activo** y su intervención en delito. Entonces, tenemos una **colusión activa** por la iniciativa de los sujetos (planteamiento de sus pretensiones) en el impulso por la concertación fraudulenta o el resultado perjudicial. Esta iniciativa puede provenir del funcionario (**colusión activa funcional**) o del particular interesado (**colusión activa común**), lo importante es que logre incitar a su contraparte a sumar esfuerzos para conseguir configurar el delito. También podemos mencionar una **colusión pasiva** por la poca intervención (no planteamiento de pretensión) de uno de los sujetos en la concertación fraudulenta. No habría problemas en configurar una colusión pasiva por parte del funcionario (**colusión pasiva funcional**) que toma una posición permisible o de aceptación de las actuaciones que ejerce el particular interesado para defraudar, sin solicitar contraprestación a cambio de otorgar el contrato público. El problema reside con la colusión pasiva del particular (**colusión pasiva común**), en el sentido que al tener mayor intervención el funcionario en la defraudación contra la administración, habría problemas de demarcación casuística con el delito de negociación incompatible, en donde el particular interesado tampoco tiene intervención activa en el referido delito.



La colusión activa funcional podríamos, a su vez, subdividirlo en propia e impropia en atención a la vulneración o no de los deberes funcionariales en el ámbito de las contrataciones públicas. Así, estaremos ante una **colusión activa funcional propia** cuando en la concertación fraudulenta el funcionario asume el rol de quebrantar o incumplir uno de sus deberes funcionariales en el proceso de licitación, contratación o ejecución contractual para favorecer al particular interesado. Es la forma habitual de la colusión defraudatoria y de mayor asertividad político-criminal para su represión penal.

Habrá una **colusión activa funcional impropia** cuando en la concertación el funcionario asume el rol de sujetarse al cumplimiento de sus deberes funcionariales en el proceso de licitación, contratación o ejecución contractual. Es evidente que la concertación ocurre no para torcer las reglas del proceso de contratación, sino para asegurar que el particular interesado obtendrá el contrato y planificar superar cualquier interrupción o intromisión a ese objetivo. Si bien, no hay reglas o principios que se comprometan con la actuación del funcionario, si se observa la contraprestación proveniente del particular interesado, lo cual nos llevaría más que a una colusión —ya que no hay afectación al bien jurídico institucional— a un caso de cohecho.

Con relación al **sujeto pasivo** de la colusión, se plantea una clasificación delictiva conforme a la entidad pública afectada. Así, estamos ante una **colusión centralizada**, en el sentido que la concertación defraudatoria se dirige a una entidad del Gobierno Central o de alguno de los poderes del Estado, la cual nos precisa que el proceso de contratación corresponde a la obtención de bienes o servicios a favor

1267.  
Por el  
sujeto  
pasivo

de sus instituciones. Por otro lado, estamos ante una **colusión descentralizada** o generalizada cuando la concertación defraudatoria no es selectiva y se dirige contra cualquier entidad pública, esto es, a las entidades del Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y los organismos autónomos, siempre y cuando estén facultadas para contratar o adquirir sus respectivos bienes o servicios. Actualmente, la tendencia legislativa se inclina por seguir un modelo de colusión descentralizada.

1268.

Por la  
forma de  
comisión

En atención a la **forma cómo ejecutan la concertación** los sujetos, podríamos clasificar la colusión en directa o indirecta. Una **colusión directa** es aquella en la que el funcionario y/o el particular interesado intervienen personalmente en el establecimiento del acuerdo defraudador. Se ajusta la figura en un delito de autoría inmediata o sin necesidad de cómplices primarios intermediarios. Sencillamente el número de interventores en el delito se reduce a la cantidad mínima necesaria para la configuración de la colusión. En una **colusión indirecta** el funcionario y/o el particular interesado no intervienen en forma personal, sino que se valen de intermediarios (responsables o no) para lograr la comunicación de las pretensiones indebidas y lograr, por lo menos, la concertación defraudatoria. En esta forma de colusión se consolida un delito de autoría mediata o de cómplices primarios intermediarios.

## §5. ANTECEDENTES

1269.

Origen:  
Código  
Penal  
español  
de 1848

Remontarnos a los **orígenes legislativos** de la colusión es dar una mirada a la legislación penal española decimonónica<sup>(668)</sup>, ya que no hay, antes de esta experiencia codificadora, alguna relacionada con los fraudes de los funcionarios en las contrataciones públicas. Precisamente, la inclusión de la figura se halla en el artículo 314<sup>(669)</sup> del **Código Penal de 1848** (Código PACHECO). Es en este código que se define el rubro que perdura en la legislación de «*Fraudes y exacciones ilegales*» (Capítulo XV) dentro de los delitos funcionariales (Título VIII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*»). En ella hay dos grupos delictivos vinculados por su proceder fraudulento, los fraudes funcionariales y las exacciones ilegales (concusiones)<sup>(670)</sup>. Es en los fraudes funcionariales (gestiones desleales) que destacan los delitos de la colusión y la negociación incompatible, siendo el primero como el tipo básico; y el segundo, el tipo agravado<sup>(671)</sup>.

(668) Vid. FUENTES/DE LA LAMA III, 1877, p. 807; CASTILLO ALVA, 2017, p. 21.

(669) «El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado».

(670) Hubo el planteamiento de que se trataban de delitos autónomos con características distintas: CUELLO CALÓN II.L. 1980, p. 464.

(671) Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, 1995, p. 1192; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 454; CATALÁN SENDER, 1999, p. 299; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4130.

Con relación a la colusión, conforme a su propio autor, JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, se describe un delito que contiene dos elementos criminales: «uno, el robo o fraude que al Estado se causa; otro el abuso de funciones y de poder con que se comete»<sup>(672)</sup>; más adelante, pone énfasis en la gravedad del delito por «concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública»<sup>(673)</sup>, no sin antes aludir la importancia de su prevención general al indicar que «mucho habría ganado la moral pública si lo que aquí se previene se hubiera efectivamente practicado con severidad en estos últimos años»<sup>(674)</sup>. Asimismo, otros autores que han contribuido en la redacción codificadora, como TOMÁS MARÍA DE VIZMANOS y CIRILO ÁLVAREZ MARTÍNEZ, resaltan la gravedad del delito y señalan que «en estas negociaciones median regularmente grandes ganancias; es fuerte la tentación de un empleado público a entrar en estos conciertos; es demasiado común en estos tiempos de inmoralidad y de corrupción que se verifiquen tales manejos, y solo un rigor inexorable puede salvar la fortuna pública de un complejo naufragio»<sup>(675)</sup>. Los autores españoles de entonces no identificaban todavía la concertación como el elemento neurálgico de la figura y mantenían el planteamiento de JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO sobre la estructura del delito de los componentes del fraude y el abuso.

El modelo estructural del codificador de 1848 es el que prácticamente se mantiene en las posteriores reformas penales y que inspirará a otros legisladores foráneos, incluido al peruano. Así, se tipifica la intervención de un sujeto activo funcional (empleado público) en relación con su cargo vinculado a una comisión de suministro, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos (prevalimiento de su condición funcional), que ejecuta conductas fraudulentas, con o sin intervención del interesado o el especulador (concertar o usar cualquier artificio) para defraudar al Estado (finalidad delictiva). Sobre esta descripción, JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO resaltaba la generalidad tipificadora necesaria para abarcar todos los casos de fraudes funcionariales de la época<sup>(676)</sup>.

Cabe resaltar que el modelo de fraude funcional (gestión desleal) del legislador español se centra en la concertación o el acuerdo entre el funcionario y el interesado; esto es, una actuación preparatoria a la realización de las infracciones de los deberes funcionariales, sin interesar que se haya o no producido el perjuicio patrimonial (**colusión por concertación**).

Posteriormente, las demás fórmulas mantienen inalterable la agrupación de estos fraudes como delitos funcionariales en un rubro que comparten con las exacciones ilegales. Asimismo, en cuanto a la estructura típica del modelo, no hay una reforma

1270.  
Código  
Penal  
español d  
1850

(672) PACHECO II, 1881, pp. 515-516.

(673) *Ibidem*, p. 518.

(674) *Ibidem*, p. 516.

(675) DE VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 304.

(676) PACHECO II, 1881, p. 516. Crítico por su casuismo y falta de técnica: BENAVIDES SCHILLER, 2016, pp. 139-140.

mayor que resaltar. Así, el artículo 323<sup>(677)</sup> del **Código Penal de 1850** (Capítulo XV «*Fraudes y exacciones ilegales*»; Título VIII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*») mantiene el mismo texto legal de su antecesor.

1271.  
Código  
Penal  
español  
de 1870.

El artículo 411<sup>(678)</sup> del **Código Penal de 1870** (Capítulo XI «*Fraudes y exacciones ilegales*»; Título VII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*») solo se limitó a especificar al sujeto activo en el funcionario público, por su posición de dominador funcional en las comisiones de suministro, contratos, ajustes y liquidaciones de efectos y haberes públicos. Ya no se trata de cualquier empleado público, sino de aquel que tiene el poder funcional para la toma de decisiones. Este sujeto activo funcional se describirá en las posteriores fórmulas penales españolas. Por otro lado, en esta etapa de criminalización del delito, los comentaristas dan importancia recién al sentido concertador, además de la idea de la dualidad de elementos estructurales (fraude y abuso), no obstante, su descripción desde la fórmula pionera<sup>(679)</sup>.

1272.  
Código  
Penal  
español  
de 1928

El artículo 487<sup>(680)</sup> del **Código Penal de 1928** (Capítulo XII «*Fraudes y exacciones ilegales*»; Título V «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos*») se interesa en precisar el elemento tendencial de la concertación fraudulenta, esto es, que no solo tenga por objetivo afectar el patrimonio estatal (Gobierno central), sino también el provincial y el municipal (Gobiernos descentralizados). Con ello, se resolverían los problemas de impunidad legislativa de concertaciones en entidades provincial y locales, que ahora aparecerán como perjudicadas ante los fraudes funcionariales. Sin embargo, la permisibilidad administrativa de las contrataciones para las entidades gubernamentales autónomas reactivaría los cuestionamientos sobre la restricción aplicativa de la figura penal<sup>(681)</sup>.

1273.  
Otros  
códigos  
decimonó-  
nicos

Más adelante, el artículo 405<sup>(682)</sup> del **Código Penal de 1932** (Capítulo XI «*Fraudes y exacciones ilegales*»; Título VIII «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*») excluiría esta ampliación interpretativa del elemento tendencial volviéndose a la descripción de un fraude funcional que solo opera para contrataciones a cargo de

(677) «El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado».

(678) «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado».

(679) Cfr. VLADA Y VILASECA, 1874, p. 565. Vid. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 141.

(680) «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concierte con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, la Provincia o el Municipio».

(681) Vid. BENAVIDES SCHILLER, 2016, pp. 141-142.

(682) «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado».



funcionarios del Gobierno Central<sup>(683)</sup>. A continuación, el artículo 400<sup>(684)</sup> del **Código Penal de 1944** (Capítulo XI «Fraudes y exacciones ilegales»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»), restituye la descripción textual del elemento tendencial del codificador de 1928, la misma que se mantendrá en el artículo 400<sup>(685)</sup> del **Código Penal de 1973** (Capítulo XI «De los fraudes y exacciones ilegales»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»).

Actualmente, el artículo 436<sup>(686)</sup> del **Código Penal de 1995** plantea una fórmula del fraude funcional más comprensiva y no casuística como la figura tradicional<sup>(687)</sup>. Esto se observa en el ámbito de comisión y el elemento tendencial. En el primero, ya no se enumeran las modalidades de contratación pública («suministros, contrataciones y ajustes»), sino se utiliza una cláusula interpretativa («en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública») y se mantiene la etapa ejecutiva de la misma («liquidaciones»); todo esto para tener el cometido de comprender todas las posibilidades de contratación, aunque se decante en la amplitud de una cláusula que pueda contravenir la *lex certa*<sup>(688)</sup>. En el segundo, se resuelve la impunidad selectiva de los perjudicados de las defraudaciones patrimoniales con una cláusula general («cualquier ente público»), lo que permite entender como agraviados no solo al Gobierno central, provincial y local, sino también a otras entidades públicas facultadas para las contrataciones<sup>(689)</sup>.

Lo novedoso del vigente modelo legislativo español reside en la tipificación de la conducta del interesado que se concierta con el funcionario, elevándolo a la categoría de autor en un tipo penal autónomo y dejando de lado su tratamiento dogmático bajo las reglas de la participación (en especial, del principio de accesoriedad limitada)<sup>(690)</sup>.

1274.  
Código  
Penal  
español  
de 1995

<sup>(683)</sup> No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español mantenía la interpretación de la defraudación extensiva contra las provincias y los municipios. Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 360.

<sup>(684)</sup> «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, Provincia o Municipio».

<sup>(685)</sup> «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, Provincia o Municipio».

<sup>(686)</sup> «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público... Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena...».

<sup>(687)</sup> Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1161; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 543; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández et al., 1998, pp. 120-121.

<sup>(688)</sup> Vid. CATALÁN SENDER, 1999, pp. 304-305.

<sup>(689)</sup> Cfr. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 142; PAZ RUBIO/COVIAN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4131; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández et al., 1998, p. 121.

<sup>(690)</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2012, p. 655.

1275.  
Poca acogida en la legislación europea

Debemos acotar que la recepción de la colusión en otras legislaciones penales europeas influyentes no ha tenido mayor acogida<sup>(691)</sup>; por lo pronto, resaltamos su ausencia en los códigos penales de Alemania, Suiza e Italia.

1276.  
Legislación penal francesa

En el caso de la **legislación penal francesa**, una tipificación cercana a la figura de la colusión recién se advierte en su Código Penal de 1994<sup>(692)</sup>. En el artículo 432-14<sup>(693)</sup> se presenta el delito como un atentado contra la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los contratos públicos y las delegaciones de servicios públicos. El funcionario responsable ejerce la conducta de procurar o tratar de procurar a un candidato a los contratos públicos una ventaja injustificada quebrantando las disposiciones legales o reglamentarias que garantizan el libre acceso o igualdad de los candidatos.

Se tipifica una conducta *ex post* del funcionario a una posible concertación con el interesado (**colusión por ejecución**). El funcionario busca conseguir la ventaja indebida (procurar o tratar de procurar) a favor de un candidato, pudiendo ser esto parte de los roles asumidos ante un acuerdo previo con este. En ese parecer, el interesado o candidato tendría una intervención en el delito a título de partícipe, ya sea como instigador o cómplice.

1277.  
En la legislación latinoamericana

En la **legislación latinoamericana** la criminalización del delito de colusión no ha tenido mucha recepción y son contados los códigos penales que la tipifican con evidente influencia española. En general, hay notorias ausencias del delito en importantes códigos penales como el de Argentina, Uruguay, Bolivia y Costa Rica que se han limitado con la tipificación de la negociación incompatible<sup>(694)</sup>. Pareciera que ha sido la legislación penal peruana la que ha dado mayor importancia a la figura — está demás indicar la cantidad de modificaciones de su fórmula —, sin dejar de mencionar la gran cantidad de estudios, comentarios y la exhaustiva jurisprudencia.

<sup>(691)</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, pp. 1191-1192.

<sup>(692)</sup> El Código Penal de 1810 contaba solo con la tipificación del delito de negociación incompatible (artículo).

<sup>(693)</sup> «... el hecho de procurar o tratar de procurar a otro una ventaja injustificada por un acto contrario a las disposiciones legales o reglamentarias que tengan por objeto garantizar la libertad de acceso e igualdad de los candidatos en los contratos públicos y las delegaciones de servicio público, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público o investida de un mandato público de carácter electivo o que ejerza las funciones de representante, administrador o agente del Estado, de las colectividades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargadas de una misión de servicio público y de sociedades de economía mixta locales, o por cualquier otra persona que actúe por cuenta de alguna de las mencionadas».

<sup>(694)</sup> Al respecto, JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA informa que «no estamos ante un delito en el que haya acuerdo legislativo respecto a su desarrollo y regulación en el derecho comparado, en especial, en la realidad hispanoamericana» (2017, p. 20).

Así, en el artículo 239<sup>(695)</sup> del **Código Penal chileno** (6. «*Fraudes y exacciones ilegales*»; Título V. «*De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*»), el modelo del fraude funcional se centra en la necesidad del resultado defraudatorio contra el Estado, ya sea con concertación (defraudación) o con su permisión (consentimiento de la defraudación). El legislador chileno presenta una **colusión por resultado**, donde no basta el acuerdo entre el funcionario y el interesado, como se exige en la fórmula española. Además, el legislador chileno gradúa la pena conforme a la cuantificación del monto defraudado.

1278.  
Código Penal chileno

El **Código Penal colombiano** ha sido una de las últimas legislaciones que ha incorporado en su catálogo de delitos a la colusión, la cual la denomina «*acuerdo restrictivo de la competencia*»<sup>(696)</sup>. En cuanto a la ubicación legislativa, el legislador colombiano incluye la figura penal en un rubro independiente junto a la negociación incompatible (Capítulo IV «*De la celebración indebida de contratos*»; Título XV «*Delitos contra la administración pública*»). En el artículo 410-A<sup>(697)</sup> (incorporado por la Ley n.º 1474 del 12 de julio de 2011) se presenta una **colusión por concertación** que no necesita de la defraudación o el perjuicio patrimonial contra la entidad administrativa, pero siempre guiada por la finalidad de alteración ilícita del procedimiento contractual.

1279.  
Código Penal colombiano

En la **legislación penal brasileña** la figura de la colusión ha sido criminalizada en una ley especial, la Ley n.º 8.666 del 21 de junio de 1993, la misma que reglamenta el artículo 37.21 de su Constitución Federal e instituye las normas generales para las licitaciones y los contratos de todas las entidades de la Administración Pública. En la Sección III («*De los crímenes y de las penas*») de la referida ley identificamos un catálogo casuístico de ilícitos penales relacionados al ámbito de la contratación pública. El legislador brasileño maneja una técnica legislativa cerrada y enumerativa de conductas penales. Más adelante, estos delitos son incorporados en el Código Penal con la Ley n.º 14.133 del 1 de abril de 2021.

1280.  
Legislación penal brasileña

Del citado catálogo rescatamos dos ilícitos penales cercanos a la colusión. Así, el delito de fraude del carácter competitivo del procedimiento de licitación (artículo 90)<sup>(698)</sup>. En este el infractor funcional ejercerá ajustes, combinaciones o cualquier otra maniobra administrativa con la finalidad de obtener una ventaja favorable para sí o para otro en la adjudicación de la licitación. Por otro lado, se tiene al delito

(695) «El empleado público que en las operaciones en que interviere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo».

(696) Para más detalles sobre los antecedentes del delito: HUMAR JARAMILLO/Franco Najar en Revista de derecho de la competencia n.º 13, 2017, p. 181.

(697) «El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual».

(698) «Frustrar o defraudar, mediante ajuste, combinación o cualquier otro expediente, el carácter competitivo del procedimiento de licitación, con la intención de obtener, para sí o para otro, una ventaja resultante de la adjudicación del objeto de la licitación».

del fraude en la ejecución del contrato (artículo 96)<sup>(699)</sup>, en el que se describe un fraude en perjuicio de la Hacienda Pública en las licitaciones para la adquisición o venta de bienes o mercaderías o contratos. En el referido dispositivo se enumeran las formas de fraude: *i.* elevando arbitrariamente los precios; *ii.* vendiendo como verdaderos o perfectos mercaderías falsificadas o dañadas; *iii.* entregando una mercadería por otra; *iv.* alterando la sustancia, calidad o cantidad de los bienes suministrados; y *v.* tornando injustamente, por cualquier medio, más onerosa la propuesta o la ejecución del contrato.

1281.  
Otras  
legisla-  
ciones  
latinoame-  
ricanas

Entre otras legislaciones latinoamericanas de influencia hispana resaltan el artículo 450<sup>(700)</sup> del **Código Penal guatemalteco** (Capítulo V «De las negociaciones ilícitas»; Título XIII «De los delitos contra la administración pública»), el artículo 376<sup>(701)</sup> del **Código Penal hondureño** (Capítulo VIII «Fraudes y exacciones ilegales»; Título XIII «Delitos contra la administración pública»), y el artículo 454<sup>(702)</sup> del **Código Penal nicaragüense** (Capítulo IX «De los fraudes y exacciones»; Título XIX «Delitos contra la administración pública»).

## §6. MODELOS LEGISLATIVOS

1282.  
Formas  
de mode-  
los legis-  
lativos

Aún la poca experiencia legislativa, podemos rescatar algunos modelos de criminalización primaria del delito de colusión para entender los fines político-criminales del legislador penal al momento de la tipificación del delito. En la legislación comparada encontramos diferentes pautas para la descripción normativa de la colusión, pero todas ellas no dejan de tener como directriz los alcances preventivo generales anticorrupción y el sentido tutelar del objeto jurídico de protección.

<sup>(699)</sup> «Defraudando, en perjuicio del Tesoro Público, un proceso de licitación para la adquisición o venta de bienes o mercancías, o un contrato resultante de ello: I. Aumento de precios arbitrariamente; II. Vender, como reales o perfectos, mercancías falsificadas o dañadas; III. Entrega de una mercancía por otra; IV. Cambio de sustancia, calidad o cantidad de los bienes suministrados; V. tornar injustamente más onerosa la propuesta o ejecución del contrato, por cualquier medio».

<sup>(700)</sup> «El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado».

<sup>(701)</sup> «El funcionario o empleado público que por razón de su cargo participe en cualquier acto jurídico en que tenga interés el Estado y se ponga de acuerdo con alguno de los interesados para defraudar al Fisco o con ese mismo propósito se valga de su condición para favorecer a un tercero o para facilitar su participación personal, directa o indirecta, en los beneficios que puedan producir tales asuntos o use cualquier otro artificio con la misma finalidad».

<sup>(702)</sup> «La autoridad, funcionario o empleado público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, o cualquier otra operación en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defraudare o consintiera que se defraude a la administración pública, órganos dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del municipio y de las Regiones Autónomas».

Es indiscutible la identificación de la colusión como un delito funcional. El tema reside en la **ubicación legislativa** que se le da dentro del grupo de los Delitos contra la Administración Pública, atendiendo a su naturaleza delictiva y su objeto de protección penal. Por lo pronto, la legislación penal española ubica a la figura dentro de un rubro independiente junto a las exacciones ilegales. Algunos de sus comentaristas consideran que lo que se identifica en ambas figuras penales es la forma fraudulenta de su realización, pero se diferencian en razón a quien resulte siendo el perjudicado económico: en la colusión lo será la administración; en la concusión, el particular. Este modelo legislativo también fue adoptado en los códigos penales de Chile, Honduras y Nicaragua. En relación con el Código Penal peruano pareciera asumir este modelo, aunque el legislador nacional no solo se limita a juntar a los delitos de colusión y concusión, sino que los titula como delitos de concusión.

1283.

Conforme a su ubicación legislativa

Otro diseño legislativo opta por la formación de un rubro autónomo de delitos relacionados con las negociaciones o contrataciones públicas ilegales. Con ello, se pretende dar autonomía delictiva a la colusión y emparentarla junto a otras similares a esta como la negociación incompatible. Este modelo se observa en los códigos penales de Francia («*De los atentados contra la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los contratos públicos y las delegaciones de servicio públicos*»), Colombia («*De la celebración indebida de contratos*»), El Salvador («*Negociaciones ilícitas*») y Guatemala («*De las negociaciones ilícitas*»).

El modelo legislativo más recurrente es el que atiende al **grado de comisión de la colusión**. En tal sentido, se construye un modelo tomando en cuenta una colusión en la que basta el acuerdo entre los sujetos; se requiere que, además del acuerdo, se logre el resultado perjudicial contra la administración (**modelos puros**) o se recurre a ambas (**modelo mixto**). Con ello, la finalidad preventiva reside en imputar actos anteriores a la afectación del bien jurídico (criminalización de actos preparatorios) o actos vulnerantes. El mayor interés que se brinde al objeto jurídico de protección motivará al legislador a optar por un modelo puro de colusión (por concertación o por resultado) o un modelo mixto.

1284.

Conforme al grado de comisión

En la legislación comparada, la codificación penal española siempre ha asumido el primer modelo bajo una colusión por concertación, el cual han seguido el artículo 410-A del Código Penal colombiano, el artículo 328 del Código Penal salvadoreño, el artículo 450 del Código Penal guatemalteco y el artículo 376 del Código Penal hondureño. Entre los que asume también un modelo puro, pero de tipificación por una colusión por resultado (defraudación), se encuentran el artículo 239 del Código Penal chileno y el artículo 454 del Código Penal nicaragüense. Téngase presente que el vigente modelo peruano es prácticamente el único que criminaliza la colusión bajo un modelo mixto, en el sentido de que la colusión por concertación constituye el tipo básico y la colusión por resultado califica como el tipo agravado.

Una alternativa intermedia en el modelo puro de la colusión es la acogida en el artículo 432-14 del Código Penal francés, en el cual el interés del legislador se centra en la ejecución (procurar o tratar de procurar) del acto irregular del

funcionario para conseguir la ventaja indebida a favor del candidato o postor de una licitación o una contratación. Se estaría en una etapa *ex ante* a la defraudación y *ex post* a la concertación (colusión por ejecución) o, mejor dicho, la realización funcional del acto acordado.

1285.  
Conforme a la entidad pública agraviada

Otro modelo de criminalización se enfoca en la **entidad pública afectada** con la colusión. Una primera opción recae en tipificar la actuación de los funcionarios del Gobierno central de las contrataciones públicas (colusión centralizada) y una segunda opción incluiría a la actuación de los funcionarios de los Gobiernos regionales, locales u organismos autónomos (colusión descentralizada). No podemos dejar de mencionar como tercera opción la intervención de organismos internacionales en la contratación pública, esto es, cuando la entidad traslada la responsabilidad de la conducción del proceso de licitación o una entidad que no forma parte de la Administración Pública. Nada impide que estos también puedan incurrir en actos colusorios con los interesados.

Estando a la ampliación de las posibilidades administrativas para que todas las entidades de la Administración Pública puedan contratar o adquirir sus propios bienes o servicios de los particulares, es que el legislador penal no debe dejar de prevenir los actos colusorios que puedan perjudicar a las entidades públicas. La asunción de cualquier modelo legislativo dependerá de las facultades administrativas que tengan las entidades públicas para la contratación y la adquisición.

Sobre este aspecto, en la legislación penal española se optó por sancionar una colusión relacionada con contrataciones gubernamentales, provinciales y municipales desde el artículo 487 del Código Penal de 1928 y para cualquier entidad pública con el artículo 436 del Código Penal de 1995. También siguen una colusión descentralizada el artículo 239 del Código Penal y el artículo 454 del Código Penal nicaragüense. En el caso de la fórmula nacional persiste todavía la referencia literal de la colusión vinculada al Estado o una entidad de este, lo cual nos daría un posible mensaje normativo de tipificación de colusiones centralizadas.

1286.  
Conforme al estado procedimental de la contratación

Por último, otro modelo de criminalización de la colusión puede recaer en el **estado procedimental de las contrataciones o las adquisiciones públicas** de los bienes y los servicios. Si bien, los actos más comunes de la concertación provienen durante la etapa de licitación o calificación de los postores a efectos de conseguir ganar la firma de una contratación pública (colusión por contratación), no cabe duda que la prevención normativa pueda también abarcar estadios posteriores a esta y que se relacionan con las adendas, las renegociaciones de cláusulas contractuales o la supervisión de ejecución contractual, las cuales podrían configurar concertaciones *ex post* (colusión por ejecución contractual).

En la legislación comparada, la criminalización se perfila tanto en la etapa de licitación como la ejecución de los contratos públicos. A primera línea, la técnica legislativa empleada fue la casuística de formas de contrataciones combinadas

con algunas de sus etapas (contratos, suministros, ajustes y liquidaciones). Así se observaba en el artículo 400 Código Penal español de 1973 y se aprecia a la fecha en el artículo 450 del Código Penal guatemalteco. En otra línea, se pretende sintetizar la ejemplificación de contratos con cláusulas abiertas para la interpretación vía norma extrapenal y organizar los supuestos tomando en cuenta la mención general de contratos y liquidaciones o señalando sus diferentes etapas. Tenemos como ejemplos al artículo 436 del Código Penal español de 1995 y al artículo 384 del Código Penal peruano.

## §7. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **colusión defraudatoria** está tipificado en el artículo 384 del Código Penal conforme al siguiente texto legal:

**1287.**  
Art. 384

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

*«El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.»*

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

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

Evolución  
legislativa



<https://bit.ly/3oM2z5h>

1288.  
Código  
Penal de  
1863

El primer antecedente legislativo de la colusión se halla en el artículo 201<sup>(703)</sup> del Código Penal de 1863 que la identificaba como un fraude funcional dentro del rubro: «De los fraudes y exacciones» (Título X) entre los delitos funcionariales (Sección Quinta: «De los delitos peculiares a los empleados públicos»). Se nota en ella la influencia española, en especial, la del artículo 323 del Código Penal de 1850.

Así, se asume la misma ubicación legislativa de su fuente española al agruparla junto a las exacciones ilegales en un apartado especial dentro del grupo de los delitos funcionariales. Entre los autores de la época, MANUEL ATANASIO FUENTES DELGADO y MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA identificaron al fraude funcional como una especie de la defraudación que «los empleados públicos pueden cometer respecto a los fondos, que, por razón de su oficio, administran»<sup>(704)</sup>.

Lo resaltante del legislador peruano es la reestructuración del modelo español del fraude funcional, principalmente en los elementos del sujeto activo, la conducta típica y el medio delictivo.

Así, en cuanto al **sujeto activo**, se sintetiza la vinculación funcional con la contratación pública en razón al cargo o comisión especial. Sobre la **conducta típica**, se avanza las barreras de punición más allá de la concertación hasta la defraudación que constituye el momento consumativo formal (**colusión por resultado**); entonces, lo que para el modelo español la defraudación era la finalidad del funcionario, para el modelo peruano es la conducta-resultado. Debemos señalar que el legislador peruano no acoge la otra modalidad conductual española, es decir, el ejercer cualquier otro artificio defraudador. En relación con el **medio**, la concertación pasa a constituirse como el medio conductual indispensable a toda defraudación. Con ello, la concertación se califica como el punto de partida del delito, pero no el culminante; en tal sentido, mientras que la concertación para el modelo español es un delito consumado, para el modelo peruano es un delito tentado.

**Jurisprudencia:** «El delito de colusión ha sido construido históricamente siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa que realiza el funcionario público cuando interacciona en representación de los intereses del Estado. Por tanto, lo antijurídico de dicha conducta funcional radica en que el agente defrauda la expectativa del Estado al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervinientes en el proceso de negociación» (Sentencia del 3 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 542-2017 Lambayeque, fundamento 8). <https://bit.ly/3uaKNjw>



<sup>(703)</sup> «El empleado público que, en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraude al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros».

<sup>(704)</sup> FUENTES/DE LA LAMA III, 1877, p. 808.



Nótese que esta fórmula peruana carece del **elemento tendencial** y transcribe de su fuente española el mismo **ámbito de comisión del delito** (contratos, suministros, ajustes y liquidaciones); aunque con una técnica legislativa defectuosa por reiterativa (por una parte «*contratos*» y por otra «*convenios, ajustes, liquidaciones o suministros*») que se mantendrá en los subsiguientes códigos penales. Por último, se hace referencia al partícipe *extraneus* con la expresión «*interesado*» que la toma de la fórmula española (mas no al «*especulador*»).

El **Código Penal de 1924** prosigue con la influencia española y opta por la transcripción de su antecesor en su artículo 344<sup>(705)</sup>, siendo el **segundo antecedente legislativo**. Podríamos indicar que la fuente española sigue latente en la fórmula nacional<sup>(706)</sup>, con la salvedad que sobre la ubicación legislativa que se acopla a una mixtura española-helvética (Anteproyecto de Código Penal suizo de 1918), esto es, en el grupo de los «*Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales*» (Sección XIV) bajo un apartado autónomo (Título II «*Concusión*») que comparte con la concusión específica y la negociación incompatible, y que ya era cuestionado por MANUEL G. ABASTOS HURTADO<sup>(707)</sup>.

1289.  
Código  
Penal de  
1994

Prácticamente no hay mucho que resaltar en modificaciones y solo nos queda remitir su análisis a lo ya anotado, ya que, inclusive, se importan los mismos defectos de técnica legislativa (*v. gr.*, reiteración del ámbito de comisión). Además del cambio de conjugación de los verbos («*intervenga*» por «*interviniere*», «*defraude*» por «*defraudare*»), el codificador nacional incluye al funcionario junto al empleado público en la descripción del sujeto activo, en el sentido de dar un mayor mensaje preventivo general a quienes ostentan el poder funcional frente a los servidores o subordinados funcionariales. En resumen, el codificador de 1924 no trae ninguna innovación a la figura y simplemente se limita a la transcripción del modelo del codificador de 1863.

El **texto original** del artículo 384<sup>(708)</sup> del **Código Penal de 1991** mantiene el modelo base del codificador de 1863, aunque —a diferencia del Código Penal de 1924— sí efectúan modificaciones importantes —mejor dicho, ampliaciones— en los elementos típicos el ámbito de comisión y el sujeto pasivo. Con ello, se consolida la

1290.  
Código  
Penal de  
1991

(705) «El funcionario o empleado público que en los contratos en que interviere, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros».

(706) Como fuentes legales, para LUIS BRAMONT ARIAS, se debe incluir al artículo 177 del Código Penal uruguayo de 1889 (1966, p. 424).

(707) Cfr. ABASTOS HURTADO II, *sf*, p. 59.

(708) «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años».

actual fórmula de la colusión defraudatoria como una de raigambre hispana, aunque de fuente desfasada (artículo 323 del Código Penal de 1850)<sup>(709)</sup>, ya que el codificador de 1991 no se ha actualizado con los posteriores modelos legislativos españoles.

En relación con el elemento **ámbito de comisión del delito**, se hace una exhaustiva ejemplificación de concursos y operaciones. Además de los referidos contratos, suministros, convenios, ajustes y liquidaciones, se agregan las licitaciones, los concursos de precios y las subastas. Al final, se incluye una cláusula genérica interpretativa («*cualquier otra operación semejante*»), lo que implicaría una dualidad alternativa de adecuación típica del contexto de comisión (contratos u operaciones) que se venía describiendo en la fórmula de la negociación incompatible desde el Código Penal de 1863 (artículo 201). Lo criticable de la técnica legislativa aplicada es las tantas veces anunciada reiteración descriptiva de los ámbitos comisivos que infla de terminologías al texto penal de la colusión y hace complejo la percepción del mensaje preventivo general de la norma penal.

En torno al **sujeto pasivo**, el interés del legislador peruano residía en la mención expresa de las empresas mixtas o estatales o de dependencia gubernamental («*empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado*») que en su momento eran consideradas el objeto preventivo general a resaltar en los delitos funcionariales y en la definición penal del funcionario público. Nótese que el legislador no toma en cuenta la renovación de la figura española de no solo delimitar las contrataciones del Gobierno central, sino abarcar a los Gobiernos regionales y locales y de organismos autónomos, lo cual nos lleva a sostener que la herencia española de la figura peruana proviene con el Código Penal de 1850 y ya no con el Código Penal de 1973.

Sobre su **ubicación legislativa**, se adopta un modelo mixto italo-hispánico, debido a que se persiste en agrupar a la colusión defraudatoria junto a la concusión (influencia española), aunque emparentándolas bajo el título de «*Concusión*» (Sección II), como si la colusión fuera una especie de esta. Lo resaltante es la exclusión de la negociación incompatible en la referida sección, cuando era tradición legislativa su vinculación con la colusión. Este grupo delictivo se reubica en los «*Delitos cometidos por funcionarios públicos*» (Capítulo II) de los «*Delitos contra la Administración Pública*» (Título XVIII) (influencia italiana).

<sup>(709)</sup> Vid. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 23. Se hace referencia como fuentes extranjeras a los artículos 400 y 401 del Código Penal español de 1973 y/o el artículo 265 del Código Penal argentino. Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 406; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 308; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 391; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 170; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 125; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 22. El problema reside en que no es del todo acertado la data de la codificación española, pues no hay correspondencia entre ambas fórmulas (como sí la hay con la codificación de 1850); y, en relación con la codificación argentina, se plantea como fuente la descripción de su modelo de negociación incompatible y no de una colusión, de la cual carece a la fecha.

A continuación, el artículo 384 será objeto de una cantidad considerable de modificaciones legislativas que harán de la colusión defraudatoria una de las figuras penales funcionariales de mayor protagonismo e invocación casuística en los últimos tiempos. Lo trascendental de estas reformas es que no se limitan a la acostumbrada modificatoria de la consecuencia punitiva, sino que además se modifican algunos elementos constitutivos del tipo penal, convirtiéndola cada vez más en una fórmula represiva y de alcances amplios<sup>(710)</sup>.

La **primera modificación legislativa** del artículo 384<sup>(711)</sup> proviene de la Ley **1291**, n.º 26713 del 27 de diciembre de 1996. El interés del legislador reside solo en el sujeto pasivo, en especial, en la exclusión de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por este<sup>(712)</sup>. La discusión de entonces era el señalamiento de las empresas mixtas y sus funcionarios en el marco aplicativo de los delitos funcionariales y la presunta derogación tácita del artículo 40 de la Constitución Política<sup>(713)</sup>. Se trata de una abrogación de los casos de colusión defraudatoria en el ámbito de las empresas mixtas o estatales que no tuvo mucha recepción casuística, ya que al final, entre los comentaristas y los fallos jurisprudenciales, se legitimó la imputación del delito relacionadas con estas entidades.

Otro aspecto resaltante del legislador de entonces es el empleo de una cláusula abarcativa de cualquier entidad gubernamental («entidad u organismo del Estado»); no obstante, no supera las dudas sobre si también se debe comprender a las entidades de los Gobiernos regionales, locales u organismos autónomos.

La **segunda modificación legislativa** del artículo 384<sup>(714)</sup> la identificamos con la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011<sup>(715)</sup> que fue impulsada por el Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ del PODER JUDICIAL («Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública»). En ella, la atención reformadora se centra en el ámbito de comisión del delito, la conducta típica y el medio delictivo, y el marco punitivo.

(710) Cfr. PARIONA ARANA, 2017, p. 17.

(711) «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años».

(712) Cfr. CASTILLO ALVA, 2017, p. 25; REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 392.

(713) Vid. para más detalles: REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, pp. 394-397.

(714) «El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años».

(715) Para un mayor análisis de la norma, Vid. GASPAR CHIRINOS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 27, 2011, pp. 209 y ss.

Sobre el **ámbito de comisión**, es rescatable la síntesis del legislador para plantear una fórmula concreta y comprensiva de las contrataciones públicas («*en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos*») y, con ello, resolver la problemática de técnica legislativa de redundancia y casuística<sup>(716)</sup> que se venía arrastrando desde sus orígenes. Sin embargo, surgen dudas sobre la criminalización de la colusión en cualquiera de las etapas de los procesos de contrataciones públicas. En ese aspecto, era acertada la inclusión del Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ del PODER JUDICIAL de la frase «*en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios*» porque se reemplazaba el enunciado casuístico con una cobertura completa de todas las etapas del proceso de contratación.

**Jurisprudencia:** *«Respecto a la imputación relacionada a la ejecución de la obra como el pago a la empresa ganadora a los dos días de haberse celebrado el contrato, no puede constituir prueba o indicio del delito de colusión, pues dicho pago se efectuó después del proceso de adjudicación, es decir, en la ejecución de la obra, cuando ya se había concedido la buena pro para la realización de la obra, por lo que, la única etapa donde podía haberse producido el delito de colusión, donde los encausados y los contratistas se habrían podido coludir para defraudar al Estado ya había precluido»* (Ejecutoria suprema del 8 de noviembre de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3709-2010 Piura, considerando 4).

En torno a la **conducta típica** y el **medio delictivo**, al verbo rector defraudar se le acompaña el adverbio «*patrimonialmente*» y así se resuelve la discusión entre los penalistas y algunos fallos jurisprudenciales<sup>(717)</sup> por las posturas interpretativas de la necesidad de un resultado patrimonial perjudicial a la administración o la simple concertación con tendencia a la defraudación. La primera postura es acogida y, con ello, se reafirma un modelo legislativo de colusión por resultado —y no una colusión por concertación— que ya venía siendo asumida desde sus orígenes legislativos nacionales<sup>(718)</sup>.

**Jurisprudencias que exigen la configuración de la defraudación como perjuicio patrimonial:** *«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 Agricul-*



<sup>(716)</sup> También cuestionado por: ROJAS VARGAS, 2007, pp. 406-407; CASTILLO ALVA, 2017, p. 26; BENDEZÚ BARNUEVO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 50, 2013, p. 132. *Vid.* ESPINOZA MONTES en *Actualidad Penal* n.º 39, 2017, p. 338.

<sup>(717)</sup> *Vid.* MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, pp. 21-22; BENDEZÚ BARNUEVO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 50, 2013, p. 132.

<sup>(718)</sup> Así tab.: CASTILLO ALVA, 2017, p. 26; HURTADO POZO, 2011, p. 7; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 21; TREJO LUGO en *Actualidad Penal* n.º 19, 2016, p. 243; ESPINOZA MONTES en *Actualidad Penal* n.º 39, 2017, p. 336; BENDEZÚ BARNUEVO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 50, 2013, p. 132.

*tura, 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» (Ejecutoria Suprema del 24 de noviembre de 2000, Expediente n.º 2916-2000-Lima). <https://bit.ly/39CyF0U>.*

*«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» (Ejecutoria Suprema del 4 de julio de 2002, Expediente n.º 1402-2001-Tumbes). <https://bit.ly/2XMAvKH>.*



*«La 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 sobrevaluadas o que de otra forma importaron un atentado efectivo o perjuicio al patrimonio municipal» (Ejecutoria suprema del 5 de abril de 2004 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 310-2003-Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3u7T9bw>.*



*«Se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado, real o potencialmente; que, en el presente caso, los dictámenes periciales o informes técnicos no determinan la causación de un concreto agravio a la hacienda municipal» (Ejecutoria suprema del 14 de junio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 238-2005-Jaén, considerando 3). <https://bit.ly/3lXB4t5>.*



*«No se ha acreditado la comisión del delito de colusión toda vez que no se ha acreditado en forma fehaciente e indubitable que hubiere existido en su proceder una previa concertación con allegados a las empresas supuestamente favorecidas, y al no haberse tampoco acreditado algún perjuicio en contra del patrimonio del IPSS, tal como quedó demostrado con el laudo arbitral, el cual declaró lícito el contrato como su ejecución, por lo que, la conducta imputada a los acusados resultó atípica al tipo penal del delito de colusión, dado que la estructura del mismo requiere de ambos supuestos, es decir, concertación ilícita y perjuicio patrimonial, lo que no se ha demostrado en el presente caso» (Sentencia del 1 de febrero de 2006 de la Cuarta Sala Penal Especializada en Reos en Carcel de Lima, Expediente n.º 1263-1999, considerando 13). <https://bit.ly/3zDW8tc>.*



*«El delito de colusión es un delito de resultado exige que se defraude al Estado, está conformado por dos elementos uno subjetivo y otro objetivo; el primero debe ser ese ánimo de actuar con deslealtad para con el Estado y el segundo que se cause un perjuicio al mismo» (Ejecutoria superior del 10 de julio de 2006 de la Sala Penal Especial, Expediente n.º 1868-2003-J, considerando 8). <https://bit.ly/3maChxp>.*



«Dada la forma en que está construido y ubicado el tipo penal, es decir, donde se sanciona el comportamiento del funcionario que interviene en los negocios de adquisición de bienes y servicios para el Estado o los organismos homólogos, por lo cual dicho carácter, es decir, su connotación comercial, necesariamente nos conducirá a exigir la existencia de un perjuicio que al menos tenga un correlato patrimonial o económico» (Ejecutoria superior del 14 de abril de 2008 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 016-2001)<sup>(719)</sup>.

«Existe la discusión doctrinaria acerca de lo que significa 'defraudar al Estado', que tiene dos connotaciones diferentes: a) el hecho de engañar y ser infiel a la administración estatal en la confianza que este le otorga al funcionario de la administración; b) Que la defraudación se manifieste a través de un perjuicio patrimonial a la hacienda pública, como consecuencia del mal comportamiento del funcionario de la administración. En el presente caso la imputación del Ministerio Público conforme aparece de la acusación escrita que ha sido reiterada en su integridad en el juicio oral, indica que hay detrimento patrimonial, aunque no precisan el rema y en su parte dogmática señala que la defraudación del estado debe manifestarse en un perjuicio patrimonial» (Sentencia del 7 de enero de 2010 de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 32-2006). <https://bit.ly/2ZlxFv>



«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» (Sentencia del 22 de setiembre de 2011 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 27-2003-AV, considerandos 29-31). <https://bit.ly/39zdAEU>



Pero esta discusión se define a última hora por los congresistas en contra de la propuesta del PODER JUDICIAL de una colusión por concertación. Es de anotar que en el dictamen del 13 de abril de 2011 de la COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA se sustentó la modificatoria erradamente al tomar los fundamentos del Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ del PODER JUDICIAL que eran, más bien, para una colusión por concertación. La propuesta del PODER JUDICIAL consideraba a la concertación ilegal como la conducta y a la defraudación

(719) Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 153.

como el elemento tendencial y se explicaba que «si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española» (página 5). Los parlamentarios archivaron implícitamente la propuesta del PODER JUDICIAL y en su modelo legislativo se limitaron a agregar calificativos a la **conducta** (defraudare «*patrimonialmente*») y al **medio delictivo** (concertación «*ilegal*») para evitar confusiones de imputación a concertaciones regulares.

Por último, en el **marco punitivo**, la idea del legislador fue la imposición de penas efectivas en todos los casos, evitando la posibilidad aplicativa de la pena suspendida; para ello, se elevó el extremo mínimo de la pena privativa de libertad de tres a seis años.

Solo en atención a la precisión del grado de comisión del delito se sostuvieron duras críticas contra la segunda modificación legislativa. No era de recibo para la opinión pública y la prensa una colusión por el resultado —aunque esta fórmula estructural se mantenía desde sus orígenes legislativos— y se difundían graves repercusiones por su vigencia, como la impunidad de los funcionarios concertadores que no logran el perjuicio patrimonial de la administración<sup>(720)</sup>, aun cuando se podría hablar de una tentativa de colusión por el resultado<sup>(721)</sup> y, con ello, evitar el adelantamiento de las barreras de punición o la flexibilización de principios penales como la *ultima ratio*. Las críticas descontextualizaron el sentido dogmático de la colusión y la presión mediática reforzaría la suerte de la Ley n.º 29703 en una breve vigencia que no superaría los 40 días (ley penal temporal).

**Jurisprudencias que definen la defraudación como una concertación de tendencia al perjuicio patrimonial:** *«El delito de colusión se caracteriza porque el núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, entendiéndose al fraude como el 'perjuicio patrimonial' potencial o real para la Administración, que en tal sentido, no puede haber fraude si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que sea indebida, pero esto no quiere decir que se necesita la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consuma; que el tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal, misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada, que el delito se consuma con la*



<sup>(720)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2016, p. 190; CASTILLO ALVA, 2017, p. 27; PARIONA ARANA, 2017, p. 20; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 22; BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 132; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 339.

<sup>(721)</sup> Así también: CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 24; TREJO LUJO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 245; BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 132.

*simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario» (Ejecutoria suprema de 8 de febrero de 2006 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1512-2005 Cusco, considerando 8). <https://bit.ly/3zGPoL7>.*

*«El delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio, siendo el caso que la defraudación debe entenderse como trasgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto —el perjuicio— un elemento objetivo de tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio)» (Ejecutoria suprema del 16 de marzo de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 344-2010 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3zAeNWX>.*



*«En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 11). <https://bit.ly/3EF4u7I>.*



*«Por consiguiente, pues, el término usado en la descripción típica de 'defraudare al Estado' o 'defraudare patrimonialmente al Estado' nunca fue ni puede ser equivalente de perjuicio económico material y concreto. Es más, normativamente el legislador nacional, en más de una ocasión, ha utilizado en el Código Penal vigente el término perjuicio en su acepción gramatical de daño o menoscabo concreto o potencial, como se aprecia en el artículo ciento cuarenta y tres que sanciona el delito de alteración del estado civil; y lo mismo ocurre en el artículo ciento noventa y seis al tipificar el delito de estafa o en el artículo cuatrocientos veintisiete donde se describe el delito de falsedad documental. Es más, en el Código Penal anterior al actual existía paralelamente al delito de colusión y, por ende, distinto de este, una modalidad específica de fraude a la Administración Pública, en el inciso quinto, del artículo doscientos cuarenta y seis, que expresamente exigía: 'Un fraude en perjuicio de alguna administración pública' (...). De allí que la exigencia de un perjuicio patrimonial material y verificado para la configuración de un delito de colusión no fue aceptada ni requerida por la más caracterizada doctrina nacional y jurisprudencia de aquella época (...) En consecuencia, pues, el término defraudare o defraudare patrimonialmente, que actualmente consigna el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente, no ha perdido esa connotación semántica y normativa originaria. Por lo demás, estos aspectos histórico-hermenéuticos han sido obviados y no discutidos ni esclarecidos de modo consistente por los juristas nacionales que se han ocupado actualmente del tema» (Sentencia del 3 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 542-2017 Lambayeque, fundamento 9). <https://bit.ly/3uaKNjw>.*



*«No se puede asumir el perjuicio como un elemento objetivo del tipo penal, pues se colige que no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión, basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del ilícito:*



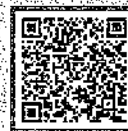


como la existencia de un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, lo cual podría resultar en un perjuicio patrimonial para el Estado» (Ejecutoria suprema del 8 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 1189-2018 Amazonas, considerando 5.4). <https://bit.ly/39Nb9Pf>

«Como consecuencia de lo mencionado, el principio de lesividad permite aseverar que el tipo penal no es uno de resultado, sino uno de mera actividad que se configura cuando el agente delictivo se confabula con un particular para efectuar una contratación estatal—sea a favor o contra el Estado— (...) Resulta válido afirmar que el término defraudación previsto en el tipo cuyo texto legal se imputa no es equivalente al perjuicio económico material» (Sentencia del 26 de junio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.° 9-2018 Junín, fundamentos 1.7 y 1.9). <https://bit.ly/3nZ5vSl>



«No necesariamente debe identificarse defraudación con el resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con ineludible producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, entendido linealmente como la configuración —y acreditación— de sobreprecios o de fijación de valores superiores a otros productos similares o de la adquisición de productos de menor calidad en relación a las exigencias de la licitación y en comparación con los productos existente en el mercado que han podido competir en la licitación» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, A. V. n.° 28-2003, considerando 39). <https://bit.ly/3ACelSp>



«Con la acción colusiva se concerta (medio) para defraudar al Estado en desmedro de sus legítimos intereses y normal desempeño funcional, siendo por tanto indiferente la existencia del perjuicio» (Ejecutoria superior del 8 de abril de 2009 de la Sexta Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.° 1010-2008-A, considerando 1). <https://bit.ly/3EF53hQ>



Todo esto derivó en una demanda de inconstitucional por la FISCALÍA DE LA NACIÓN contra la Ley n.° 29703 ante el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. El órgano supremo constitucional emitió su sentencia el 3 de mayo de 2012 (Expediente n.° 00017-2011-PI/TC), en la cual declaró inconstitucional el adverbio «patrimonialmente» que acompañaba la conducta defraudatoria. Para ello se invocaron dos argumentos. *Primero*, el objeto jurídico de protección, en el sentido que dicho adverbio desatendería los principios constitucionales que rigen la contratación pública y vaciaría los fines constitucionales que son la sanción de actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública (fundamentos 29-30). El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL consideró que no se puede asumir direcciones interpretativas a la norma que en puridad circunscriben la protección penal al patrimonio del Estado. *Segundo*, el compromiso internacional enfocado en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en tanto que no era necesaria la anunciación de delitos que produzcan daños o perjuicios patrimoniales al Estado (fundamento 29).

1293.

Inconstitucionalidad de la Ley 29703

Para algunos, la importancia de esta sentencia de inconstitucionalidad impediría la pervivencia de la versión del texto del artículo 384 conforme a la Ley n.º 29703 por aplicación ultraactiva o retroactiva de la misma en torno a su favorabilidad para el imputado de exigir el resultado perjudicial<sup>(722)</sup>. Al declarar la nulidad y sin efecto la expresión «patrimonialmente» se evita revivir los efectos legislativos en casos de colusión cuya ejecución fue anterior o durante la vigencia de la Ley n.º 29703.

**Jurisprudencia:** «Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente 00017-2011-PI-TC del tres de mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión 'patrimonialmente', siendo posteriormente modificada» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 9.1). <https://bit.ly/3EF4u7L>.



1294.  
Ley 29758

Sin embargo, el legislador penal se adelantó a la emisión de la sentencia de inconstitucional y, presionado por el cuestionamiento público de la criminalización de la colusión por resultado, impulsó la **tercera modificación legislativa** del artículo 384<sup>(723)</sup>. Así, por la Ley n.º 29758 del 11 de julio de 2011 se optó por tipificar tanto la colusión por concertación como la colusión por el resultado con graves y diferenciadas penas que para algunos constituye una técnica legislativa acertada<sup>(724)</sup>. Por lo pronto, las modificaciones se observan en relación con las conductas típicas, los modos de realización del delito y el ámbito de comisión.

La exacerbada discusión sobre la interpretación del artículo 384 concluye con la tipificación simultánea de la concusión por concertación y la colusión por resultado, pero ahora como delitos autónomos. Entonces, desde la perspectiva persecutoria, se trate de un acto de concertación o un resultado perjudicial para el Estado, al final se tendrá una colusión con consumación formal diferenciada en penas y categorizada en una colusión simple y una colusión agravada.

No cabe duda que este ha sido el tema central de los reformistas, los cuales se han decantado en tres posiciones: *primero*, los que optan por la derogatoria de la Ley

<sup>(722)</sup> Cfr. PARIONA ARANA, 2017, p. 22.

<sup>(723)</sup> «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años».

<sup>(724)</sup> A favor: ROJAS VARGAS, 2016, p. 191. No lo consideraban necesaria: CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 24.

n.º 29703 y, por ende, la vuelta del modelo anterior conforme a la Ley n.º 26713 (Proyecto de Ley n.º 4885/2010-CR); *segundo*, los que se limitan a la eliminación del adverbio «*patrimonialmente*» de la fórmula del artículo 384 (Proyecto de Ley n.º 4892/2010-PE); y, *tercero*, los que reestructuran los grados de comisión y establecen la concertación como la conducta típica y la defraudación patrimonial como el elemento de tendencia interna trascendente (Proyectos de Ley n.º 4878/2010-CR, 4881/2010-CR y 4886/2010-CR). Al final, tuvo asidero en la modificatoria la tercera posición, toda vez que con las dos primeras se insistiría con una colusión por resultado.

Sobre la **forma de cometer** las modalidades de la colusión, el legislador incluye la expresión «*interviniendo directa o indirectamente*» (Proyectos de Ley n.º 4878/2010-CR, 4881/2010-CR y 4886/2010-CR), con la cual amplía las posibilidades de imputación del funcionario responsable que puede ejercer personalmente o se vale de un intermediario (responsable o no) para llevar a cabo el acto de concertación con el postor interesado y así permitir, por ejemplo, la adecuación típica de supuestos de autoría mediata. Los Proyectos de Ley n.º 4878/2010-CR y 4881/2010-CR aluden que esta expresión ya venía siendo propuesta por el PODER JUDICIAL, pero que no tuvo recepción de los parlamentarios.

En cuanto al **ámbito de comisión** se realizan algunas precisiones a la cláusula genérica (Proyectos de Ley n.º 4878/2010-CR, 4881/2010-CR y 4886/2010-CR). Se aclara la imputación del hecho en cualquiera de las etapas de la contratación, concesiones, adquisiciones y operaciones; y se precisan los objetos de la contratación (bienes, obras o servicios).

La **cuarta modificación legal** del artículo 384<sup>(725)</sup> procede de la Ley n.º 30111 del 26 de noviembre de 2013; en esta ocasión solo vinculado al **aspecto punitivo**, ya que se adiciona la pena de multa para las dos modalidades de la colusión. El motivo de la incorporación de la pena multa proviene de la observación que realizó el GRUPO DE TRABAJO SOBRE COHECHO EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES de la ORGANIZACIONES PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) al pedido de adhesión del Estado peruano como miembro pleno por no contar con la sanción pecuniaria en la fórmula penal del cohecho activo transnacional (artículo 397-A, Código Penal), en cumplimiento con el

1295.  
Ley 30111

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

artículo 3.3 de la Convención de la OCDE que recomendaba la aplicación de sanciones monetarias. En el Proyecto de Ley n.º 2470/2012-PE se indicaba que se aprovecha la incorporación de la pena de multa no solo en relación al cohecho activo transnacional, sino también a los delitos funcionariales que los califica como los que «causan un grave menoscabo al normal desarrollo de la función pública y perjuicio patrimonial», encontrándose entre ellos a la colusión defraudatoria.

**1296.** La **quinta modificación legal** del artículo 384 se encuentra en el Decreto Legislativo n.º 1243 del 22 de octubre de 2016, el cual también se fija en el aspecto punitivo del delito. En esta ocasión, el legislador amplía el marco de penas e incluye a la inhabilitación. Se trata de una pena de inhabilitación de tipo accesoria que recae principalmente en la privación del ejercicio funcional, la incapacidad para obtener cargos o comisiones públicas y la privación de grados, distinciones o títulos honoríficos (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). En la exposición de motivos de la referida ley se resalta la necesidad de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceso o reincorporación a la función o al servicio público a quienes se les ha condenado por delitos funcionariales (entre ellos, la colusión defraudatoria), conforme al Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016.

**1297.** La **sexta modificatoria** del artículo 384 proviene de la Ley n.º 31178 del 28 de abril de 2021. En esta última modificatoria el interés reside en la agravación de la inhabilitación, al convertirla en una pena principal con un marco entre cinco a veinte años de privación de derechos en las formas básica y agravada. Asimismo, se incorporan tres modalidades agravadas: *i)* en atención a la condición de integrante de una organización criminal o vinculada a ella; *ii)* la conducta típica se realiza en el contexto de programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias; y, *iii)* el sujeto activo se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

**1298.** Por último, no debemos dejar de mencionar entre otros antecedentes a los **proyectos codificadores** como el artículo 206 del Anteproyecto de Código Penal de 1877, el artículo 351 del Proyecto de Código Penal de 1916, el artículo 632.2 del Anteproyecto de Código Penal de 1927, el artículo 468.2 del Proyecto de Código Penal de 1928, el artículo 377 del Proyecto de Código Penal de 1991, el artículo 567 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 563 del Proyecto de Código Penal de 2016.

## §8. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

**1299.** Como todo delito funcional, el **objeto jurídico genérico de protección** reside en un correcto funcionamiento de la Administración Pública, mejor dicho, en la realización regular de la función pública al servicio de la Sociedad. Hay que subrayar que un **bien jurídico institucional** o funcional es el que se determina

en la actividad administrativa de corte prestacional guiado por los intereses sociales o públicos<sup>(726)</sup>. Pero, para conseguir el servicio administrativo social, el aparato gubernamental necesitará de la logística y la experiencia que la contribuyan. No siempre la Administración Pública puede auto sostenerse en esa labor constitucional (una buena administración a la Sociedad); por ello, dependerá de los mejores insumos y actuaciones técnicas o profesionales para conseguirlo a través de los procesos de contrataciones y adquisiciones públicas. «Este “correcto funcionamiento de la Administración” es una finalidad tuitiva general, que precisa todavía de mayores concreciones para ejercer una adecuada función caracterizadora típica»<sup>(727)</sup>.

En forma apropiada, frente al presente delito, podemos describir a este objeto genérico de protección como la correcta realización de los procesos de contratación y adquisiciones públicas<sup>(728)</sup>, entendiéndose estas como una actuación o función pública compleja que se delimita siempre bajo el interés social, esto es, que cumpla con los servicios públicos óptimos para la generalidad. Esa correcta realización de la contratación pública es amplia para una tutela penal.

Por eso, este objeto genérico de protección requerirá de **bienes jurídicos institucionales específicos** que servirán de pilares o bases para conseguir su cometido general. Para lograrlo, se busca vía la prevención general adelantarse a cualquier acto que pretenda desquebrajar los principios que sostienen una correcta actuación de los interventores en los procesos de contratación y adquisición pública. Entonces, el mensaje normativo a los funcionarios responsable es que organicen sus actuaciones en defensa de los intereses patrimoniales y/o económicos de la Administración Pública; asimismo, también cabría un mensaje normativo para los particulares postores de adecuar sus participaciones en el juego limpio de propuestas óptimas y no incurriendo en la mala práctica competitiva.

Consideramos, atendiendo a la estructura típica de la colusión, que el objeto jurídico específico de protección debe configurarse, a su vez, en un **doble nivel (tesis dualista)**, en el cual ambos se interrelacionan o retroalimentan para cumplir el cometido de ser el sostenimiento del correcto funcionamiento de la contratación o adquisición pública. Por lo pronto, desde un **nivel formal** de contenido administrativo, es menester la vigencia de los principios administrativos que regulan la actuación de los sujetos en un proceso de contratación o adquisición pública; y, desde un **nivel material** de contenido patrimonial o económico, pues se trata del interés de la administración por el empleo de sus recursos para la adquisición de bienes y servicios a favor de una prestación servicial óptima o el destino de sus activos o bienes para obtener ingresos económicos.

**1300.**  
Objetos  
específicos  
de protec-  
ción

**1301.**  
Niveles de  
los objetos  
jurídicos  
específicos

(726) Vid. DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 184-185; CASTILLO ALVA, 2016, p. 112.

(727) BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 88.

(728) Vid. SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2010, p. 1664.

1302.  
Interrelación de los  
objetos  
jurídicos  
específicos

Estos dos niveles funcional y patrimonial o económico (objeto dual de protección penal)<sup>(729)</sup> pueden ser calificados como los **bienes jurídicos institucionales** (pluriofensividad funcional)<sup>(730)</sup> que **no se excluyen**; sino que, por el contrario, van a depender de sí mismos y así no limitarnos a planteamientos aislados propios de tesis monistas, como veremos a continuación. No podemos dejar de pensar que exista un déficit patrimonial o económico de la administración cuando el funcionario responsable no ha cumplido con eficiencia o eficacia en la selección del contratista que otorgue el servicio más conveniente a los intereses públicos o que haya excluido la posibilidad de que otros postulantes puedan ofrecer unos bienes más convenientes u ofertas más atractivas que con el que se ha concertado. Por otro lado, no podría tener validez ni sentido exigir a los funcionarios objetividad, regularidad o eficacia en la aplicación de las reglas de selección si estas se corresponden con la búsqueda de los insumos que espera la administración obtener del proveedor seleccionado. También podríamos señalar que los deberes funcionariales garantizarán la prevalencia de la mejor inversión de los activos patrimoniales de la administración o que estos justificarán la exigencia de someter a sus funcionarios al cumplimiento de los referidos deberes<sup>(731)</sup>.

1303.  
Objetos  
jurídicos  
específicos  
inmediatos y  
mediatos

Entiéndase que la posición que asumirán estos objetos jurídicos específicos de protección corresponderá a la cercanía del compromiso quebrantador del proceder de los infractores penales<sup>(732)</sup>. Por lo común, serán los principios administrativos de las contrataciones y adquisiciones públicas los próximos a ser quebrantados, en el

<sup>(729)</sup> Entre otros autores que desarrollan al bien jurídico en dos perspectivas: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batairitia, 1999, pp. 209-210; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2093; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 806; ALONSO PÉREZ, 2000, pp. 258-259; CATALÁN SENDER, 1999, p. 307; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 707; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 531; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 277; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; LUZÓN CUESTA, 2000, pp. 281-282; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 415; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; PARDO PARDO en Revista de Derecho Penal y Criminología n.º 106, 2018, p. 108; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 309; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; PARIONA ARANA, 2017, p. 26; ROJAS VARGAS, 2016, p. 192; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 332; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 29; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2013, p. 186; SALAZAR SÁNCHEZ en Actualidad Penal n.º 30, 2016, p. 151; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 127; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 170; BUENDÍA VALENZUELA en RAE Jurisprudencia n.º 20, 2010, p. 193; MOMETHIANO, 2003, p. 765.

<sup>(730)</sup> Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 167; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 173; PARDO PARDO en Revista de Derecho Penal y Criminología n.º 106, 2018, p. 108.

<sup>(731)</sup> Vid. SALINAS SICCHA, 2016, p. 327; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, pp. 143-144.

<sup>(732)</sup> Entre los autores que describen el posicionamiento de los intereses afectados: SALINAS SICCHA, 2016, pp. 327-328; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 144.

momento mismo de la concertación y la ejecución de los roles acordados; por eso que se señale que estos califican como el **objeto jurídico específico inmediato de protección**. Asimismo, los intereses patrimoniales o económicos de la administración serán los siguientes a ser afectados luego del quebrantamiento de los referidos principios y esto se advertirá con la generación del resultado patrimonial perjudicial contra la administración. En ese parecer, estos son el **objeto jurídico específico mediato de protección**.

No cabe confundir la selectividad de estos intereses específicos conforme a la modalidad de la colusión defraudadora a imputar<sup>(733)</sup>. Algunos han estimado que en la colusión por concertación (colusión simple) se atenta al objeto jurídico específico formal o administrativo; mientras que en la colusión por resultado o defraudación (colusión agravada) se atenta al objeto jurídico específico material o patrimonial o económico<sup>(734)</sup>. Consideramos que en ambas modalidades de la colusión defraudadora se comprometen ambos objetos jurídicos de protección, pero en diferente grado de vulneración. Así, si bien es más latente el compromiso de los principios administrativos en una colusión por concertación, no se puede negar que también se quebranten en una colusión por resultado; aunque si tomamos en cuenta solo a los intereses patrimoniales o económicos administrativos el grado de compromiso no será el mismo en ambos.

Así, desde el **nivel formal o normativo**, entendemos que existe un **objeto jurídico específico inmediato de protección** el cual reside en los principios administrativos que guían la actuación de los funcionarios en el ámbito de las contrataciones o adquisiciones públicas. De ella se determinan los deberes funcionariales a los que se sujetan los funcionarios para demostrar que se han limitado al cumplimiento y resguardo de los intereses patrimoniales o económicos de la administración. Se trata de las expectativas institucionales que deben demostrar los funcionarios para garantizar su desenvolvimiento en el proceso de obtención de los bienes y servicios que reafirmarán la calidad del servicio público o en la disposición de los activos del erario público para mejores ingresos.

Aquí corresponde informar la tesis de quienes han formulado un objeto jurídico específico de protección relacionado con la infracción de los deberes funcionariales o institucionales de los funcionarios en las contrataciones estatales. Esta teoría descarta la idea del bien jurídico —y, por ende, del patrimonio estatal como objeto de protección— y se centra en la vigencia de las expectativas sociales e institucionales de los intervinientes en el proceso de contratación. Por lo común, se resguarda el

**1304.**  
Compromiso vulnerador del bien jurídico en las modalidades

**1305.**  
Objeto jurídico específico administrativo

**1306.**  
Tesis monista de la infracción de deber

(733) *Vid.* GONZALES ORBEGOSO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 41.

(734) Así también: NÚÑEZ RODRÍGUEZ en *Actualidad Penal* n.º 43, 2018, pp. 160-165; TREJO LUGO en *Actualidad Penal* n.º 19, 2016, p. 246; MÁRQUEZ ALVIS en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 91, 2017, p. 157.

cumplimiento de un **deber específico positivo** del funcionario que consiste en el empleo de los activos de la Administración Pública de la forma más beneficiosa para la obtención de bienes y servicios; y, un **deber genérico negativo** dirigido al particular interesado que implica el desenvolvimiento en su ámbito de postulante sin que afecte la participación de los demás y el interés patrimonial de la administración. Los que propugnan esta **tesis monista bajo el enfoque normativo** —o podría decirse funcionalista— sostiene que antes de hablar de un bien jurídico protegido se debe tener en cuenta una relación normativa que dé sentido a la prevalencia del patrimonio estatal justamente bajo la expectativa de la vigencia de ese deber positivo específico.<sup>(735)</sup>

**Jurisprudencia:** «El quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios —Ley de Contrataciones del Estado— da vida a la figura delictiva de la colusión ilegal» (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2587-2011 Cusco, considerado 4.2). <https://bit.ly/3CHZ5e>.



En ese sentido, PERCY GARCÍA CAVERO señala que «el deber positivo específico del funcionario en este ámbito de actuación consiste en disponer del patrimonio estatal para la adquisición de los bienes o servicios necesarios de forma beneficiosa para el Estado, excluyéndose acuerdos con particulares que resulten perjudiciales para el Estado»<sup>(736)</sup>. Por su parte, RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN indica que lo que se protege es «la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilegal, para procurar defraudar al Estado»<sup>(737)</sup>.

La problemática principal de esta tesis se halla en falta de contenido o identificación de los deberes infringidos por los intervinientes de la colusión<sup>(738)</sup>. No hay precisión sobre qué reglas o infracciones en el proceso de contratación son las vulneradas, solo hay una referencia genérica de la infracción funcional contra los intereses de la administración. Además, este tipo de posturas conllevan a que las infracciones de deberes y desobediencias funcionariales se confundan con las infracciones administrativas y desquebrajan los principios de lesividad y *ultima ratio*.

<sup>(735)</sup> Entre los que siguen esta tesis: VILCHEZ CHINCHAYÁN en *Actualidad Penal* n.º 46, 2018, p. 87; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 126; MENDOZA VAEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 50; BUENDÍA VALENZUELA en *RAE Jurisprudencia* n.º 20, 2010, p. 193.

<sup>(736)</sup> GARCÍA CAVERO en *García Caveró/Castillo Alva*, 2008, p. 22.

<sup>(737)</sup> MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 140.

<sup>(738)</sup> *Vid.* DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 158.



La posición formal del objeto específico de protección también se ha determinado siguiendo las **tesis moralistas o éticas**. Se considera que la colusión compromete la buena imagen o el prestigio<sup>(739)</sup> de la administración en el ámbito de las contrataciones o las adquisiciones públicas, como también se ha sostenido que los funcionarios contravienen los deberes de lealtad<sup>(740)</sup>, integridad<sup>(741)</sup>, fidelidad<sup>(742)</sup> o probidad<sup>(743)</sup> que se le exige someterse en este tipo de procesos<sup>(744)</sup>. El sentido del planteamiento reside en que el funcionario, al concertar con el interesado fuera del parámetro de actuación que le exige la norma, se está comportando contrario a lo encomendado por la Administración Pública, en el sentido de la **infidelidad funcional**, lo que a su vez produce la destrucción o el desmoronamiento de la buena imagen que debe demostrar la administración para con la Sociedad.

1307.  
Tesis moralistas o éticas

**Jurisprudencias**<sup>(745)</sup>: «Garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública; y, además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios» (Ejecutoria suprema del 8 de julio de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1397-2014 Piura, considerando 3). <https://bit.ly/3i4Q0Ev>.



«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» (Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3307-2008 Loreto, considerando 9). <https://bit.ly/39xtBel>.



<sup>(739)</sup> Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 444; SALINAS SICCHA, 2016, p. 327; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 143; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 170; TREJO LÚGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 246; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 160.

<sup>(740)</sup> Cfr. PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; LUZÓN CUESTA, 2000, pp. 281-282; ROJAS VARGAS, 2007, p. 407; PARIONA ARANA, 2017, p. 25; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 170; TREJO LÚGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 246; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 160.

<sup>(741)</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2093.

<sup>(742)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1191; MÁRQUEZ ALVIS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 91, 2017, p. 157.

<sup>(743)</sup> Cfr. LUZÓN CUESTA, 2000, pp. 281-282; ROJAS VARGAS, 2007, p. 407; PARIONA ARANA, 2017, p. 25; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 444; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 160.

<sup>(744)</sup> Los que plantean la moralidad administrativa: GONZÁLVES/BALTAZAR JUNIOR, 2019, p. 778; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 884.

<sup>(745)</sup> *Vid.* cab. Sentencia del 27 de abril de 2012 de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2009, considerando 2.

«En el delito de colusión son dos los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional» (Ejecutoria suprema del 24 de mayo de 2006 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2029-2005 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3CEXjul>.



«Se protege —en esencia— la regularidad, el prestigio y los intereses de la Administración Pública, plasmados en la idoneidad moral y celo profesional exigido a los agentes que desempeñan función o servicio público» (Ejecutoria superior del 8 de abril de 2009 de la Sexta Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 1010-2008-A, considerando 1). <https://bit.ly/3EF53hQ>.



«El bien jurídico específico es el interés de la Administración Pública en la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios en el legítimo uso de la calidad o de la función» (Ejecutoria superior del 15 de junio de 2004 de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 03-2012, considerando 5).

Los que siguen la tesis moralista suelen acuñar el adjetivo de «desleal» a la colusión o también la denominan gestión desleal<sup>(746)</sup> o una infidelidad administrativa en torno a la no defensa de la posición de la administración en el contrato público. Al respecto, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA señala que «la esencia de estas infracciones reside en el quebrantamiento del deber de fidelidad en la gestión de los servicios públicos en que por razón de su cargo haya de intervenir el funcionario»<sup>(747)</sup>. ¿Cómo puede aceptarse que un funcionario en vez de defender los intereses de la administración defienda los del particular o los suyos en aprovechamiento oculto de sus actuaciones? En realidad, el funcionario se desenvuelve en los contratos en un doble e incompatible rol «actuando como funcionario con la obligación de defender los intereses de la Administración y a la vez interviniendo como particular con intereses privado encontrados con los públicos y que, lógicamente, no puede menos que pretender que prevalezcan sobre estos últimos»<sup>(748)</sup>.

**Jurisprudencia:** «De allí, pues, que tanto en el artículo doscientos del Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres como el artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, y en el texto original del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, cuando se tipificó el delito de colusión se excluyó expresamente toda alusión a un perjuicio patrimonial material y concreto, que debiera generarse como consecuencia de la negociación encomendada al funcionario público agente del delito, prevaleciendo como objeto de tutela penal solo el interés de reprimir penalmente la deslealtad de aquel. De allí que a este delito se le denominó en la doctrina como colusión desleal» (Sentencia del 3 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 542-2017 Lambayeque, fundamento 9). <https://bit.ly/3uaKNjw>.



<sup>(746)</sup> Cfr. CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 528; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; LUZÓN CUESTA, 2000, pp. 281-282.

<sup>(747)</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1191.

<sup>(748)</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, pp. 258-259.

El problema de este planteamiento estriba en el empleo de terminologías gaseosas o amplias de ámbitos no penales — como la ética y la moral — que pueden llevar a arbitrarias interpretaciones por parte del poder penal y la flexibilización extrema de sus límites garantistas. En algo tan vacío como la imagen o la honorabilidad no se puede encomendar el contenido del objeto jurídico de protección<sup>(749)</sup>, puesto que lo que le importa a la Sociedad de la Administración Pública no es su prestigio, sino principalmente el servicio público que le brinda. «En una administración pública democrática no interesa la lealtad o la gratitud del funcionario con la entidad pública, sino la efectiva prestación de un servicio público y el buen funcionamiento de la entidad en el concreto sector del tráfico en el que interviene. Los criterios a tomarse en cuenta como objeto de tutela no pueden ser subjetivos, personales o de vínculos afectivos, sino criterios objetivos que sean compatibles con los valores de pluralismo y de eficacia dentro de un Estado Constitucional»<sup>(750)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La defraudación establecida en la ley no debe entenderse como un atentado contra la majestad, el buen nombre o la imagen de la Administración Pública que se ve mancillada en este tipo de comportamientos» (Ejecutoria superior del 14 de abril de 2008 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima. Expediente n.° 016-2001)<sup>(751)</sup>.

Por nuestra parte, optamos que los objetos jurídicos inmediatos de protección deben recaer en los **principios** o las **características jurídicas administrativas** que guían la actuación de los que intervienen en los procesos de contratación o adquisición de bienes y servicios<sup>(752)</sup> u obtención de ingresos. Serán estos lo que determinarán el contenido de las expectativas o los deberes en los cuales se deberán sujetarse tanto los funcionarios como los particulares concursantes. Así, son estos elementos los que brindan las garantías suficientes a la Administración Pública y a la Sociedad que se conseguirá con las contrataciones públicas los bienes, servicios

**1308.**

Postura de los principios administrativos

(749) Así tab.: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 332; HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 186.

(750) CASTILLO ALVA, 2017, p. 39.

(751) Gaceta Penal & Procesal Penal n.° 3, 2009, p. 153.

(752) Así tab.: ROCA AGAPITO en Alvarez Garcia III, 2013, p. 553; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 166; PARDO PARDO en Revista de Derecho Penal y Criminología n.° 106, 2018, p. 108; DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 184-188; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.° 39, 2017, p. 346; ZÚNIGA FLORES/SALDANA VARGAS en Actualidad Jurídica, n.° 264, 2015, pp. 97-98; DÍAZ GUEVARA en <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/colusion.htm>; NÚÑEZ RODRÍGUEZ en Actualidad Penal n.° 43, 2018, p. 163; GUIMARAY MORI en Boletín n.° 7 Proyecto anticorrupción, 2011, p. 3. Para JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA no deben ser promovidos estos principios como bienes jurídicos de protección, aunque señala que estos «lo que pretenden es la optimización, mejora y máxima eficacia de los procesos de contratación» (2017, p. 48). Precisamente, la justificante punitiva de la colusión recae en el quebrantamiento de estos principios, puesto que su incumplimiento afectará lo que constitucionalmente se busca en los procesos de contratación.

y obras idóneas para el servicio público, así como los ingresos estimados por sus activos, ya que conducirán las actuaciones de los funcionarios sujetos a los intereses públicos y no a los privados.

«Estos principios se constituyen en límites para los funcionarios, quienes no pueden evadirlos. Si pudieran hacerlo, el fin primordial de la actividad que realizan no sería necesariamente el interés público sino el privado. De hecho, no podrían orientar su accionar para beneficiar a terceros y dar la apariencia por lo menos en el resultado, de haber conseguido o perseguido el interés público»<sup>(753)</sup>. Ya lo ha resaltado el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL al mencionar en su sentencia el 3 de mayo de 2012 (Expediente n.º 00017-2011-PI/TC) que «lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública» (fundamento 26).

**1309.**  
Contenido de los principios administrativos

Los alcances o los contenidos de los principios administrativos no son organizativos o procedimentales<sup>(754)</sup>, menos genéricos o vagos, sino que tienen **reconocimiento normativo** y se ajustan a las exigencias concretas de los **intereses patrimoniales o económicos** de la administración. En tal sentido, no podrá invocarse otros principios administrativos que no tengan relación (directa o indirecta) con el proceso de contratación o adquisición pública de bienes y servicios, ya que no forman parte de los fines de protección de la norma penal.

**1310.**  
Identificación de los principios administrativos

Por ello, para identificarlos, debemos hacer mención al artículo 76 de la Constitución Política que circunscribe las formas obligatorias de adquisición de insumos, servicios o ingresos en los contratos y adquisiciones a través de las licitaciones o concursos públicos: «*La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades*». La norma constitucional traslada la precisión de los procedimientos y las responsabilidades de quienes intervengan en ellos en la Ley, en este caso, la Ley n.º 30225, «*Ley de contrataciones del Estado*» (complementada por su Texto Único Ordenado, conforme al Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

En la referida ley se establecen cuáles son los principios administrativos que dan contenido a las responsabilidades y los deberes de los interventores en los procesos de contrataciones y adquisiciones públicas, en puridad precisa las garantías normativas necesarias para una correcta realización de los procesos de contratación y adquisiciones públicas. Es importante subrayar la **finalidad** de estos criterios garantistas precisados en el artículo 1 de la Ley n.º 30225: «*Tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras*».

<sup>(753)</sup> DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 186.

<sup>(754)</sup> Cfr. DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 188.

de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos». En ese parecer, optamos por reunir, como pilares que sostienen un proceso de contratación y adquisición óptimo para la Administración Pública y la Sociedad, los principios que el legislador administrativista plasma como garantías límites de actuación.

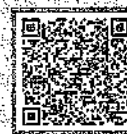
En el artículo 2 de la Ley n.º 30225 se menciona una serie de principios administrativos específicos, dejando abierta la posibilidad de aplicar los principios generales del Derecho Público en los procesos de contratación. En tal sentido, estimamos mejor reagrupar aquellos que tiene por fin directo la defensa de los intereses patrimoniales económicos de la administración, puesto que no todos tendrán relación inmediata con dicho objetivo (*v. gr.*, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social) y no serán invocados como objetos jurídicos de protección penal. Los principios administrativos que califican como objetos jurídicos específicos de protección son la regularidad, la objetividad o imparcialidad, la economía y la eficacia o eficiencia, la competencia y la transparencia. Desarrollaremos cada uno de ellos:

**1311.**  
Principios  
adminis-  
trativos

**Jurisprudencias:** *«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»* (Sentencia del 3 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 00017-2011-PI/TC). <https://bit.ly/3zDArSb>.



*«El bien jurídico tutelado —objeto protegido por el sistema penal— es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación —al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar—, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcional en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos»* (Sentencia del 5 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1546-2019 Piura, fundamento 2). <https://bit.ly/2W81eAt>.



*«De modo específico podemos señalar que el objeto de la tutela penal es proteger la legalidad, la transparencia y la igualdad en la realización de los actos de adquisición y contratación del Estado, sancionando a quienes (funcionarios o servidores públicos) transgrediendo sus roles hayan lesionado los intereses del Estado, en estos ámbitos»* (Sentencia del 14 de junio de 2012 de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2006, considerando 3.2).

**1312.**  
Principio  
de regu-  
laridad o  
legalidad

El **principio de regularidad** —o también denominado por otros como legalidad—<sup>(755)</sup> implica la sujeción del funcionario seleccionador o contralor y del particular interesado a las reglas o pautas normativas prestablecidas para un regular proceso de contratación o adquisición de bienes, servicios u obras. Como un principio general del derecho administrativo está refrendado en el artículo III.f del Título Preliminar de la Ley n.º 30057 (*«Ley del Servicio Civil»*).

Es menester que las expectativas o los deberes funcionariales sean cumplidos conforme a los alcances que brinda la norma administrativa y no por conveniencia o decisión personal de estos. Una concertación defraudatoria es expresión de una actuación alejada a las pautas normativas administrativas, ya que estas no habilitan a sus funcionarios ni muchos menos a los particulares interesados a tomar decisiones económicas-contractuales que no se correspondan con los intereses patrimoniales que busca la administración. Se evitan actuaciones irregulares o ilegales que motivarían perjuicios patrimoniales o económicos en los gastos o ingresos públicos.

**1313.**  
Principio  
de obje-  
tividad e  
imparcial-  
dad

Los **principios de objetividad e imparcialidad**<sup>(756)</sup> establecen que el funcionario seleccionador o contralor aplican los criterios o las reglas normativas sin sujetarse a simpatías o preferencias parcializadas entre los concursantes o postulantes particulares. Se entiende que el funcionario efectuará sus determinaciones ceñidas a los intereses patrimoniales o económicos de la administración, esto es, a lo más beneficioso para un servicio público óptimo en esa búsqueda de mejores condiciones que solo se lograrán si es que el funcionario no pierde su objetividad y no se somete por encima de los intereses particulares.

**Jurisprudencia:** *«El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública— y en sujeción a los intereses públicos [tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal]»* (Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1318-2012 Lima, fundamento 12). <https://bit.ly/3kDivuw>



<sup>(755)</sup> Así también lo identifican: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 309; PARIONA ARANA, 2017, p. 25; DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 188-190; SALINAS SICCHA, 2016, p. 327; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 143; CÁCERES JÚLCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 29; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 186; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 246; SALAZAR SÁNCHEZ en Actualidad Penal n.º 30, 2016, p. 151; MOMETHIANO, 2003, p. 765.

<sup>(756)</sup> Así también lo identifican: EYEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 210; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2093; ALONSO PÉREZ, 2000, pp. 258-259; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 415; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; ROJAS VARGAS, 2007, p. 407; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 332; DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 190-193; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALEZ CIEZA, 2020, p. 42; PARIONA ARANA, 2016, p. 25; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; SALAZAR SÁNCHEZ en Actualidad Penal n.º 30, 2016, p. 151; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 444.

En *contrario sensu*, la conducta parcializada del funcionario en la concertación antepone sus intereses privados a los de la administración y así afecta la objetividad que se le exige en los procesos de contratación o adquisición<sup>(757)</sup>. La posición del funcionario seleccionador o contralor es neutral, sin favoritismo particularizados (selección concursal o ejecución contractual objetiva); pero cabe aclarar que esa imparcialidad u objetividad debe entenderse frente a los particulares concursantes, en la cual evidentemente no ingresa la administración<sup>(758)</sup>, pues ella deberá obtener de todas estas propuestas cual es la que le resulte más ventajosa. Bajo este principio, el funcionario se desenvolverá manteniendo su integridad y sujeción a la norma en las decisiones y resoluciones que asuma en los contratos y las liquidaciones<sup>(759)</sup>.

La aplicación de las reglas que rigen los procesos de contratación y adquisición no deben estar direccionadas hacia ventajas o favorecimientos de lo que convenga al funcionario, sino de lo que determine la norma en cuanto favorezca a la administración. Este principio, se complementa perfectamente con el anterior y rige exclusivamente las actuaciones de los funcionarios (selección o control). Está previsto como un principio general del Derecho Administrativo de aplicación apropiada en los procesos de contratación y adquisición pública y se desprende del artículo III.1 del Título Preliminar de la Ley n.º 30057.

Es otro de los contenidos de los deberes funcionariales y que se infringen cuando el funcionario decide concertarse con uno de los postulantes, ya que se aparta de la neutralidad exigida y acuerda la concesión del contrato o el cumplimiento de esta siempre en beneficio del particular interesado antes que de la administración. Lo que se pretende con este interés jurídico específico de protección es evitar actuaciones desventajosas, imparciales o privilegiadas que podrían derivar en la asunción de posiciones o situaciones perjudiciales en los gastos públicos.

Debemos resaltar que una de las consecuencias de la garantía del principio de objetividad o imparcialidad se encuentra en el **trato igualitario o equidad participativa** en la que se desenvuelven los particulares participantes en las licitaciones o contrataciones. El funcionario seleccionador, con una actuación despojada de favoritismos o parcialidades, conseguirá que todos los postulantes ofrezcan sus propuestas en las mismas oportunidades y bajo las mismas reglas de exigencia concursal. No tenemos que interpretarlo como una garantía exclusiva de los postores, sino reconducirla a favor de la administración, ya que le permitirá contar con todos los alcances que puedan ofrecer las propuestas y así elegir la más óptima.

(757) *Cfr.* DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 203.

(758) No se trata de una relación contractual horizontal administración-postulante, donde se contraponen intereses público y privado como así lo señalan: CASTILLO ALVA, 2016, p. 50; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2017, p. 129.

(759) *Vid.* CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2093.

a sus intereses. Si bien, el trato igualitario es otro principio específico administrativo (artículo 2.b, Ley n.º 30225)<sup>(760)</sup>, consideramos que es uno derivado del principio que estamos estudiando.

**Jurisprudencias:** «Si el funcionario público que tienen 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 de Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial» (Sentencia del 3 de mayo de 2012 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 00017-2011-PI/TC, fundamento 28). <https://bit.ly/3zDAfSb>.



«Habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado» (Sentencia del 17 de mayo de 2004 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 020-2003-AI/TC, fundamento 13). <https://bit.ly/3u5f9Ug>.



**1314.**  
Principio  
de eco-  
nomía o  
eficiencia  
y eficacia

El principio de economía o eficiencia y eficacia<sup>(761)</sup> determina una gestión correcta o beneficiosa por parte del funcionario en el empleo de los fondos patrimoniales de la administración para la obtención de bienes, servicios u obras en las contrataciones o adquisiciones públicas. La actuación del funcionario se corresponde al mejor manejo que destinará a los recursos públicos al momento de declarar la opción más ajustada a los intereses públicos entre los particulares concursantes o cuando tenga que resolver ampliaciones contractuales sobre la prestación del servicio, el suministro de los bienes, la construcción de las obras o los ingresos por la concesión de sus bienes. Es en este proceso de gestión de los recursos públicos donde se desprenden los deberes funcionariales de economía y eficacia en cuantos a los gastos e ingresos públicos<sup>(762)</sup>. Se garantiza así el mejor rendimiento que se pueda conseguir de los fondos estatales, ya que serán utilizados para la obtención de mejores beneficios sociales u optimizaciones de los servicios públicos.

<sup>(760)</sup> «Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.»

<sup>(761)</sup> Así también lo identifican: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 209; MIR PUIG, 2000, pp. 335-336; Ídem, 2016, p. 170; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 258; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 277; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 415; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 332; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 346.

<sup>(762)</sup> Cfr. MIR PUIG, 2000, p. 335; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, pp. 209-210.



**Jurisprudencia:** *«En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico —menoscabo cuantitativo en términos contables—, sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional (...). Se descarta la protección exclusiva al patrimonio del Estado y el concurso necesario de un perjuicio para la configuración típica del delito de colusión, por cuanto el pacto colusorio podría importar un beneficio para el Estado. Sin embargo, la obtención de dicha gracia implicaría justificar la confabulación del funcionario público con un privado para concederle determinada contratación en desmedro de la optimización de calidad que podrían ofrecer libremente otras personas naturales o jurídicas —limitando la proposición de potenciales mejores ofertas—»* (Sentencia del 26 de junio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 9-2018 Junín, fundamentos 1.6 y 1.8). <https://bit.ly/3nZ5vSl>.



Este es un principio administrativo específico previsto en el artículo 2.f de la Ley n.º 30225, en el cual se señala que *«el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos»*. Podríamos complementar el referido precepto con el artículo III.b de la Ley n.º 30057 que establece que *«el Servicio Civil y su régimen buscan el logro de los objetivos del Estado y la realización de prestaciones de servicios públicos requeridos por el Estado y la optimización de los recursos destinados a este fin»*.

Con la vigencia del presente principio se pretende evitar situaciones de malgasto o derroche patrimonial en perjuicio de la administración. *«Vulnerando la regla de eficiencia y economía del gasto público (...), se defrauda al ente en tanto se pretenda una contraprestación menor a la prestación otorgada por aquel o inferior a la que podría haber recibido el primero de no haberse viciado el proceso por la concertación»*<sup>(763)</sup>. Se podría decir que este principio guarda una vinculación más cercana con el objeto jurídico específico patrimonial o económico de protección. Una indebida gestión del funcionario se resume en el derrocho al patrimonio público frente al beneficio del patrimonio privado ajeno. *«Se defrauda al ente público en tanto se pretenda que la contraprestación recibida sea inferior a la prestación del mismo, o inferior a la que se podría haber recibido de no haberse adulterado el proceso por la concertación»*<sup>(764)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«En la elección del proveedor de bienes o servicios, el funcionario público tiene el deber de optimizar las adquisiciones. Así, deberá realizar un juicio ponderado respecto del precio, la calidad y la garantía de cumplimiento de las cláusulas contractuales ofrecidas*

(763) BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 167.

(764) ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarríta, 1999, pp. 209-210.

*por los postores que estime convenientes. Durante los procesos de adquisición, el Estado debe tener una adecuada representación —nadie compra bienes de mala calidad para perjudicarse o paga su dinero para que le incumplan un contrato—, y es el quiebre doloso de dicho deber para realizar una adquisición defectuosa o para favorecer a un proveedor específico la conducta que fundamenta el injusto de colusión» (Sentencia del 26 de junio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 9-2018 Junín, fundamento 1.5). <https://bit.ly/3nZ5vSl>.*



En la concertación defraudatoria el funcionario seleccionador apoyará la posición del particular interesado en desmedro de otras opciones de los demás postulantes que bien pudieran tener como mejores alternativas que del particular beneficiado. Asimismo, el funcionario contralor apoyará la posición del contratista beneficiándolo en la suscripción de adendas o ejecución del contrato, ya que velará por el cumplimiento contractual a lo que más le convenga al contratista que a la administración, descuidando el empleo correcto de los fondos públicos.

Este principio se relaciona con la actividad de la **asignación debida de los recursos económicos de la administración** que algunos autores lo identifican como un objeto específico de protección penal<sup>(765)</sup>. Y es que el funcionario que ejerce una gestión eficiente del recurso público mejora la situación económica de la administración en torno el empleo rendidor de sus fondos para servicios públicos de calidad. Un planteamiento similar se puede identificar en lo afirmado por ERICK GUIMARAY MORI al señalar que «cuando el Estado actúa como agente económico del mercado —parte contractual, usuario, concedente, etcétera— se buscará que éste asigne eficientemente sus recursos, no solo por lo escaso de los mismos, sino principalmente porque de esta forma se salvaguarda la objetividad, imparcialidad y prestacionalidad de la gestión pública de la que se trate. El momento de protección tiene que ver con el proceso de utilización, gasto, inversión o asignación de los recursos; no así con el resultado económico, social o político de dicho proceso. Por ende, los parámetros normativos que rigen el sistema de contratación con el Estado, por ejemplo, están pensados para asegurar la asignación eficiente de recursos cuando el Estado se desenvuelva como usuario o parte contractual del mercado económico de bienes y servicios»<sup>(766)</sup>. Asimismo, YVÁN MONTOYA VIVANCO indica que «el bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este (...). Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o

(765) Véase críticas a esta posición en: CASTILLO ALVA, 2017, p. 80.

(766) GUIMARAY MORI en Themis n.º 68, 2016, p. 133. Vid. tab.: GUIMARAY MORI/RODRÍGUEZ VÁSQUEZ en Ius Et Veritas n.º 51, 2015, p. 287.

básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o la gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos» (767).

Con el **principio de competencia**<sup>(768)</sup>, el funcionario deberá brindar todas las condiciones necesarias para que los postulantes o los candidatos planteen sus ofertas o propuestas más persuasivas o provechosas para los intereses de la administración y si esta puede tener un mejor marco de elección de aquellas propuestas más ventajosas sobre los bienes, los servicios o las obras. Se sostiene que la competencia efectiva se pone al servicio de los intereses patrimoniales de la administración; por ello, no debemos ceñirnos en aplicar este principio a favor de los competidores, sino en relación con los intereses del único consumidor: la Administración Pública<sup>(769)</sup>. Esto le otorga la condición de ser un objeto jurídico de protección institucionalizado y no de corte exclusivamente económico<sup>(770)</sup>, ya que el mensaje normativo radica en una competencia de propuestas en pos de una mayor satisfacción de los intereses administrativos.

1315.  
Principio  
de compe-  
tencia

**Jurisprudencias:** «El concierto punible generó una afectación al tesoro público, al impedir la participación de otras empresas —que permitiera una mejor perspectiva económica y funcional—, aceptar una carta fianza impropia y pagar adelantos indebidos. El fraude al Estado es patente» (Ejecutoria suprema del 9 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2529-2017 Ancash, fundamento 8). <https://bit.ly/3u6GBBa>.



«El concierto previo procuró, y, al final de cuentas, logró excluir a otros postores, para garantizar un proveedor determinado y, desde luego, un precio que lo favorezca, al margen del interés colectivo» (Ejecutoria suprema del 22 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3647-2012 Lambayeque, considerando 7.4). <https://bit.ly/3AxNY77>.



Estamos ante un principio específico de las contrataciones públicas previsto en el artículo 2.º de la Ley n.º 30225: «Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra

(767) MONTROYA VIVANCO, 2015, p. 137.

(768) Así también lo identifican: PARDO PARDO en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 106, 2018, p. 108; GONZÁLVES/BALTÁZAR JUNIOR, 2019, p. 778; BALTÁZAR JUNIOR, 2017, p. 884; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; ESPINOZA MONTES en *Actualidad Penal* n.º 39, 2017, p. 346; BETETA AMANCIGÓ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 100, 2017, p. 148.

(769) DAVID LEONARDO PARDO PARDO realiza una descripción más amplia de los consumidores. «Desde la óptica de la entidad pública que habrá de consumir el bien o servicio objeto del futuro contrato, como también a los administrados que deberían verse beneficiados con la ejecución del mismo» (en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 106, 2018, p. 108).

(770) Así lo identifican: PARIONA ARANA, 2017, p. 26; GARCÍA CAVERO en *García Caveró/Castillo Alva*, 2008, p. 20; CASTILLO ALVA, 2017, p. 82.

*prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia*. Adviértase que la competencia en los concursos y licitaciones se plantea a favor de la obtención de la propuesta más ventajosa a lo que la administración busca para la efectivización de los servicios públicos. Lo contrario conllevaría a que la administración se limite a contar con postulantes cuyas propuestas no guardan sus máximas ofertas u ofrecimientos. Al respecto, DILIA PAOLA GÓMEZ PATIÑO resaltó que «al coludirse los competidores, se reduce la oferta disponible para que el Estado compre en mejores condiciones de mercado y se produce un desperdicio de recursos. El efecto anterior es socialmente indeseable y contrario al propósito de obtener más, gastando menos, es decir, eficiencia óptima»<sup>(771)</sup>.

**1316.**  
Libre concurrencia

Una consecuencia del principio de competencia es el **libre concurrencia y participación de los postulantes** o los proveedores en los concursos y las licitaciones públicas (artículo 2.a, Ley n.º 30225)<sup>(772)</sup>, esto es, con todas las posibilidades de poder ofertar sus propuestas en sus mejores condiciones y ventajas técnicas y económicas, lo que lleva a que los funcionarios proscriban toda práctica que limite o afecte la libre participación de los postulantes.

**1317.**  
Principio de transparencia

Complementando los principios de competencia, objetividad e imparcialidad, también se cuenta como pilar de un correcto proceso de contratación o adquisición pública al **principio de transparencia**<sup>(773)</sup>. Es un principio dirigido a los funcionarios seleccionadores en torno a la entrega de información idónea, completa y oportuna a los particulares postulantes para que puedan dar una mejor oferta en sus propuestas sin verse limitados o desfavorecidos frente a los demás. La entrega de la información se corresponde con las pautas, reglas o exigencias que la administración busca en las propuestas sobre los bienes, servicios u obras que está interesado obtener. «El principio de transparencia estará garantizando cuando hay publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general»<sup>(774)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general» (Sentencia del 17 de mayo de 2004 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 020-2003-AI/TC, fundamento 13).  
<https://bit.ly/3u5f9Ug>



(771) GÓMEZ PATIÑO en Revista Prolegómenos. Derechos y Valores n.º 17, 2014, pp. 50-51.

(772) «Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.»

(773) Así también lo identifican: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 415; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; ZUÑIGA FLORES/SALDAÑA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 264, 2015, p. 98; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 336.

(774) CASTILLO ALVA, 2017, p. 51.

Es un principio administrativo específico previsto en el artículo 2.c de la Ley n.º 30225: «Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico». Además, el artículo III.g del Título Preliminar de la Ley n.º 30057 indica que la transparencia implica que «la información relativa a la gestión del régimen del Servicio Civil es confiable, accesible y oportuna».

La concertación fraudulenta tiende al quebrantamiento de la transparencia, puesto que se llega a un desbalance informativo sobre el proceso licitación a favor del particular interesado en perjuicio de los demás postulantes. El funcionario proporciona en la concertación mayor información que la exigida por la norma administrativa, incluyendo el traslado de datos de los demás competidores. La consecuencia de un proceso de contratación no transparente son los acuerdos ocultos o las actuaciones clandestinas que no garantizan que se seleccione la propuesta más conveniente a los intereses patrimoniales de la administración.

En resumen, nos encontramos ante principios administrativos que garantizan aspectos relevantes de un proceso de contratación y adquisición pública que se consolidan como sus bases. Cualquiera de ellas califica como el objeto jurídico específico administrativo inmediato al que los agentes delictivos quebrantarán cuando incurran en el acuerdo fraudulento o ejecuten sus roles acordados. Ahora bien, no debe explicarse que se tenga que vulnerar todos estos principios para afirmar que se ha afectado este primer nivel del bien jurídico institucional. Por ejemplo, no se puede sostener que en la etapa ejecutiva del contrato se afecte el principio de objetividad o competencia. Cada una responde a un aspecto independiente de la contratación pública. Lo importante es verificar que la colusión fraudulenta ha contravenido siquiera una de ellas para afirmar la vulneración del bien jurídico institucional de tipo administrativo (**calificación mínima de la afectación**).

A continuación, se procede a evaluar si la concertación fraudulenta conseguirá comprometer el otro nivel del bien jurídico institucional, esto es, el **objeto jurídico específico patrimonial o económico mediato**. Las infracciones de los deberes a los que los principios administrativos someten a los interventores del proceso de contratación y adquisición pública deben ser idóneas o prestas a perjudicar los intereses de la administración. Estos intereses no son cualquiera, sino solo aquellos de tipo **patrimonial o económico**<sup>(775)</sup>, ya que se exponen los recursos de la administración para la obtención de ingresos, bienes y servicios que emplearán en la realización de servicios públicos eficientes y de calidad. Aquellos procesos de contratación que no

**1318.**  
Afectación mínima de los principios

**1319.**  
Objeto jurídico patrimonial o económico

(775) Vid. HURTADO POZO, 2011, p. 11; URQUIZO VIDELA en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 129, 2009, p. 221; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 26; CASTILLO ALVA, 2017, p. 115.

respondan al carácter patrimonial o económico no son coberturados por el fin de protección de la norma penal.

**Jurisprudencias:** *«El bien jurídico 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»* (Ejecutoria suprema del 21 de mayo de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 300-2014 Cusco, considerando 8). <https://bit.ly/3EMGzU0>.



*«Se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público»* (Ejecutoria suprema del 21 de marzo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 978-2011 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3kBECzLz>.



*«El delito de colusión desleal 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»* (Ejecutoria suprema del 7 de diciembre de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4172-2010 Lima, 5). <https://bit.ly/3kBm98e>.



*«La discusión en cuanto al sustento de la prohibición es manifiesta; lo cierto es que el bien jurídico protegido o ámbito de tutela es el correcto y debido desenvolvimiento de la función pública, de donde se tiene que la lesión o perjuicio se realiza sobre el patrimonio o interés económico estatal»* (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4634-2009 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3kz2zJQ>.



*«El bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente es el patrimonio administrado por la administración pública y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber»* (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1296-2007 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3zAyluj>.



*«En el delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, el objeto del bien jurídico directamente atacado tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por entidad pública»* (Ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1831-2005 Arequipa, considerando 2). <https://bit.ly/2XJOUXk>.



*«La colusión desleal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude en el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración; que, en este orden de ideas, resulta que el traslado del avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuirsele la comisión de este delito»* (Ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 79-2003 Madre de Dios, considerando 6). <https://bit.ly/3i1LB5j>.



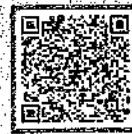
No podemos sostener que el bien jurídico institucional de la colusión se circunscriba solo a un nivel (administrativo o patrimonial) y se deje de lado el otro; por el contrario, reafirmamos la **necesaria dualidad** de estos objetos jurídicos y su **conectividad** hacia un bien jurídico complejo institucional. Por consiguiente, si el funcionario simplemente quebranta sus deberes o incumple las garantías de los principios administrativos, sin que se consiga la posibilidad del riesgo o compromiso al nivel patrimonial o económico del bien jurídico institucional, no se podría imputar jurídicamente el delito de colusión defraudatoria. Con esto logramos demarcar las infracciones penales frente a las administrativas.

1320.  
Conectividad entre los niveles

**Jurisprudencias:** *«El bien jurídico protegido en el delito de colusión — tipo penal de infracción — no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales»* (Sentencia del 26 de junio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 9-2018 Junín, fundamento 1.4). <https://bit.ly/3nZ5vSl>.



*«Este tipo penal busca tutelar tanto la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación como también el patrimonio del Estado. En consecuencia, se busca la mayor eficiencia en los procesos de contratación y adquisición del Estado y se sanciona la conducta que desconozca dicha finalidad al preponderar intereses particulares y/o propios sobre los de la Sociedad, tutelados por el Estado»* (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.3). <https://bit.ly/39wJcuH>.



*«El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo 384 del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios»* (Ejecutoria suprema del 18 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2141-2014 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3kBw9hV>.



*«El bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por la Administración Pública y, adicionalmente, la legalidad del ejercicio funcional — aunque esto último no constituye el fundamento del injusto típico — (...) El objeto de protección alude a la conducta desleal del funcionario o servidor público orientada tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de contratación pública u operaciones a cargo del Estado como a la causación de un perjuicio patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado»* (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 38.1-2). <https://bit.ly/3CIqjBu>.



*«La expectativa normativa protege el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública —en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos—»* (Ejecutoria suprema del 9 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2368-2011 Cusco, considerando 3). <https://bit.ly/3i2W8x4>



1321.

Tesis  
monista  
patrimo-  
nialista

En tal sentido, no se puede sostener que el nivel patrimonial o económico del bien jurídico sea el único objeto de protección frente a una colusión (**tesis monista o de puridad patrimonial**)<sup>(776)</sup>, alegando para ello su descripción fraudulenta que tendrá como consecuencia el desprendimiento patrimonial en perjuicio de la Administración Pública. Recuérdese que los grados de comisión de las modalidades colusorias son distintos, por lo mismo, la afectación del bien jurídico institucional. Entonces, no podemos consolidar la idea de que la colusión es un injusto que integra siempre los aspectos formal y material, aunque se tenga que verificar siquiera el primero. Además, es inevitable resaltar la afectación de los principios administrativos que brindan las garantías necesarias de actuación de los funcionarios, puesto que la colusión es indudablemente un delito funcional que opera siempre en base a la infracción de los deberes funcionariales.

**Jurisprudencias:** *«Este delito tiene como objeto genérico de tutela penal, el normal funcionamiento de la administración pública, entendido como su regular desenvolvimiento en términos de orden y legalidad, asociado necesariamente a su prestigio e intereses, y como objeto específico de protección, el ámbito patrimonial público administrado»* (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1288-2012 Loreto, considerando 7). <https://bit.ly/3maZakj>



*«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»* (Sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Expediente n.º 20-2003-A.V., fundamento 27). <https://bit.ly/2Zi873e>



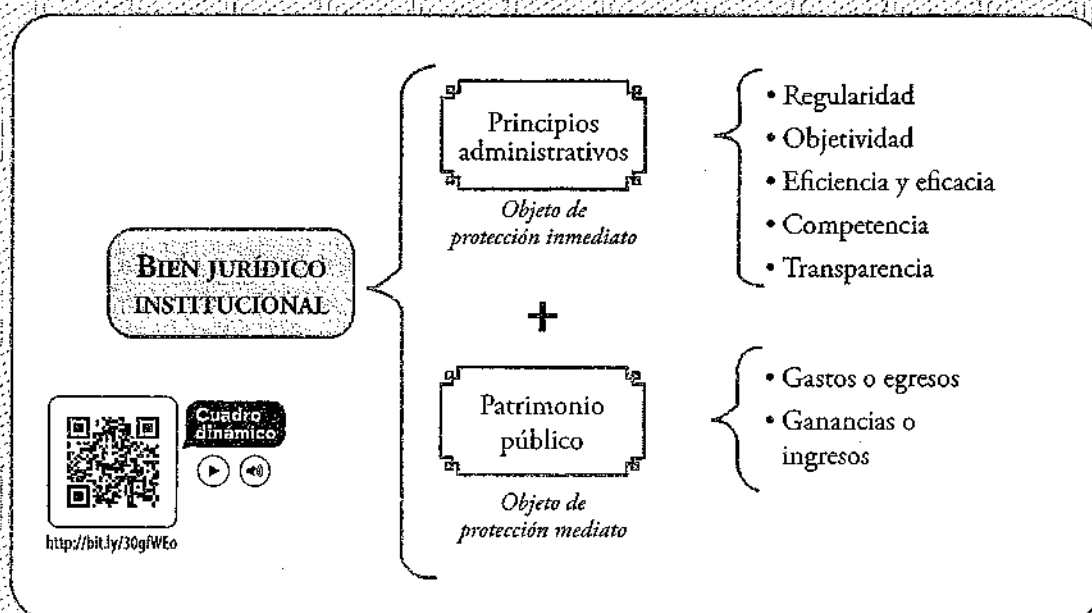
(776) Planteamientos exclusivamente patrimoniales: MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1788; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 277; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; HURTADO POZO, 2011, p. 11; MONTAYA VIVANGO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 98; ALCÓCER POVIS en Jus Jurisprudencia n.º 7, 2007, p. 129; URQUIZO VIDELA en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 129, 2009, pp. 220-221; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 26; GONZALES ORBEGOSO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, pp. 40-41; GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>.



En tal sentido, el objeto jurídico específico mediato de protección recaería, en principio, en el **patrimonio** o el **acervo** o los **fondos económicos** de la Administración Pública<sup>(1295)</sup>. Estos son los que el funcionario emplea para la obtención de los bienes, ingresos, servicios u obras previamente seleccionados de los postores particulares en el ámbito de un proceso de contratación y adquisición. El desprendimiento patrimonial o económico que debe ejercer la administración se entiende por la utilidad en la obtención de mejores servicios públicos o, mejor dicho, en el rendimiento económico de los fondos de la administración para la satisfacción de intereses públicos. Téngase presente que gran parte del patrimonio estatal constituye el conglomerado de las contribuciones y los impuestos de los integrantes de la Sociedad, los mismos que deben ser convertidos en ingresos, bienes o servicios para que califiquen como utilidades que sostendrán los servicios públicos de calidad.

1322.

Patrimonio público



(1295) Así también: BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 92; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 210; MIR PUIG, 2000, p. 335; Idem, 2016, p. 170; CATALÁN SENDER, 1999, p. 307; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1788; VIZUETA FERNÁNDEZ en Laciuz López/Melendo Pardo, 2013, p. 277; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553; PAZ RUBIO/COVIAN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 528; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 707; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 806; GIMENO LAHOZA/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 121; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 416; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; MAYER LUX en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.º 29, 2007, p. 224; ROJAS VARGAS, 2007, p. 407; Idem, 2016, p. 192; PARIONA ARANA, 2017, p. 25; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 309; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 330; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 29; HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 186; PRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; SALINAS SICCHA, 2016, p. 327; CALDERÓN VALVERDE en

**1323.** Este concepto del patrimonio público es tan amplio que consideramos acertado ceñirnos a la noción dual alternativa de los **gastos o egresos de los fondos de inversión pública**, esto es, una parte del patrimonio público que se empleará para la actividad prestacional de la administración<sup>(778)</sup> (patrimonio público negativo), y las **ganancias o ingresos por los activos y bienes públicos**<sup>(779)</sup> que forman parte del patrimonio público y que se destinarán a los particulares para conseguir ingresos —por lo común, pecuniarios— a favor de la administración (patrimonio público positivo). Con ello, se cierra el círculo de las diferentes formas de aprovechamiento de los fondos y bienes públicos para los fines sociales que interesan a la administración.

**1324.** Hay que tener presente que el empleo de los referidos fondos o activos deben corresponder a los intereses públicos —y no otros ajenos— a los que se exigirá **indemnidad** administrativa. Por ello, afirma JOSÉ RAMÓN PIÑOL RODRÍGUEZ que se afecta «la indemnidad de los fondos o presupuestos de los distintos entes públicos que se verían menoscabados a consecuencia de determinadas prácticas tendentes a defraudarlos»<sup>(780)</sup>. La idea de la indemnidad debe circunscribirse al empleo efectivo y no derrochador o en beneficio particular.

**1325.** Entonces, nos encontramos ante recursos empleados económicamente por la administración para conseguir **beneficios de interés colectivo**. En tal sentido, por un lado, la adquisición de bienes, servicios y obras y, por otro lado, la obtención de ingresos por la concesión permanente o temporal de los activos o bienes de titularidad pública. Todos ellos están debidamente presupuestados o identificados y de los cuales espera la Sociedad que se logre un óptimo aprovechamiento a favor de sus intereses.

En relación con los gastos públicos, resalta ANDRÉS DELGADO GIL que «el funcionario que realiza cualquiera de las conductas típicas del delito de fraude, sólo atenta contra una de las dos actividades más importantes de las haciendas públicas; concretamente, la referida al gasto público (...). Por tanto, es el presupuesto de

---

Benavente Chortres/Calderón Valverde, 2012, p. 143; PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 125; MONTROYA VIVANCO en *Actualidad Jurídica* n.º 171, 2008, p. 98; ALCÓCER POVIS en *JuS Jurisprudencia* n.º 7, 2007, p. 129; URQUIZÓ VIDELA en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 129, 2009, p. 220; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, pp. 25-26; GONZALES ORBEGOSO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, pp. 40-41; NÚÑEZ RODRÍGUEZ en *Actualidad Penal* n.º 43, 2018, pp. 164-165; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 127; GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en *Normas Legales* n.º 364, 2006, p. 171; TREJO LUGO en *Actualidad Penal* n.º 19, 2016, p. 246; BUENDÍA VALENZUELA en *RAE Jurisprudencia* n.º 20, 2010, p. 193; MÁRQUEZ ALVIS en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 91, 2017, p. 157; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 160; MOMETHIANO, 2003, p. 765; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 777.

<sup>(778)</sup> Así, *ib. id.*: MORILLAS CUEVA en *Cobb Del Rosal*, 2000, p. 836; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 127.

<sup>(779)</sup> *Cf.* MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 26; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 196; CASTILLO ALVA, 2017, p. 78.

<sup>(780)</sup> PIÑOL RODRÍGUEZ en *Suárez-Mira Rodríguez II*, 2008, p. 544.

gasto público (...), el bien jurídico protegido en el delito de fraude»<sup>(781)</sup>. Sobre los ingresos públicos, ELMER MARCA ROMERO ha indicado que «el Estado no solo es agente económico cuando compra bienes o contrata servicios de terceros, sino también cuando interviene en el mercado ofreciendo sus bienes y servicios, por lo que se debe exigir a sus funcionarios que busquen una intermediación y un precio justo que valor adecuadamente las prestaciones estatales»<sup>(782)</sup>.

Al respecto, el artículo 77 de la Constitución Política resalta que «el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización». Ante ello, con la colusión defraudatoria los infractores se aprovechan de los recursos destinados a las necesidades sociales para verse beneficiados ellos mismos: beneficio particular en provecho del perjuicio patrimonial público<sup>(783)</sup>. El desvío o destino diferenciados de los fondos de inversión pública a intereses privados configura la colusión defraudatoria. Por ello, un correcto proceso de contratación tiende a maximizar el valor de los fondos de inversión públicas (recursos públicos) para el cumplimiento de los fines públicos.

No debemos dejar de mencionar que algunos autores sostienen como un planteamiento de tutela penal específica del patrimonio estatal a la **contratación administrativa**, en el sentido de ser el ámbito económico de un correcto funcionamiento de la administración pública contrario a un acto de concertación fraudulenta. De esta postura es JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA que ha indicado que «la particularidad del delito de colusión ilegal reside en que el objeto de protección radica en la tutela de la contratación administrativa, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado. Queda claro entonces que solo la contratación administrativa es protegida como el bien jurídico en el delito de colusión en la medida que posea un unívoco sentido económico. En este delito solo se puede concertar y perjudicar al Estado en los contratos administrativos»<sup>(784)</sup>. Asimismo, desde una propuesta más amplia, INGRID DÍAZ CASTILLO resalta a la actividad contractual del Estado como el bien jurídico de protección y sostiene «la importancia de un bien jurídico de esta naturaleza radica en la importancia de la actividad contractual estatal como mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder»<sup>(785)</sup>.

1326.  
Contrato  
público  
como  
objeto de  
protección

<sup>(781)</sup> DELGADO GIL en Anuario de derecho penal y ciencias penales n.º 62, 2009, p. 404.

<sup>(782)</sup> MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 26.

<sup>(783)</sup> Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553.

<sup>(784)</sup> CASTILLO ALVA, 2017, p. 117.

<sup>(785)</sup> DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 197.

El problema de esta tesis amplia reside no solo en la confusión de identidad de la contratación con algunos elementos típicos como el ámbito de comisión o el objeto material en el que recaen los efectos delictivos<sup>(786)</sup>, sino en la suscripción de una colusión defraudatoria cerrada a determinadas etapas de la licitación o el concurso público (colusión por contrato). Esto nos traslada a situaciones contradictorias en la cual la concertación fraudulenta (colusión por concertación) tendría que atentar a un contrato público aún no definido o la concertación fraudulenta contra las adendas (nuevas cláusulas no previstas en el contrato público) en una etapa ejecutiva contractual, siendo que estas serían el objeto jurídico de protección.

### §9. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

1327.

Sujeto activo

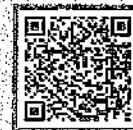
El **sujeto activo** de la colusión defraudatoria es un funcionario público que, por razón de su cargo, está relacionado en el proceso de la contratación o adquisición pública e interviene en la concertación y/o ocasiona el perjuicio patrimonial contra la Administración Pública. Se aprovecha del cargo funcional que ostenta en el proceso de contratación y, abusándolo, decide defraudar a la administración, generando ventajas indebidas al particular interesado y, a la vez, a su persona. Es un sujeto activo especial a quien le denominaremos **funcionario defraudador**.

1328.

Delito de infracción de deber propio

La nota característica del sujeto activo es la de ser un funcionario público, lo que a primera vista nos lleva a afirmar que la colusión defraudatoria es un **delito de infracción de deber propio**, cuya fundamentación de la responsabilidad penal recae en la infracción de un deber positivo de sujeción que la administración requiere a sus representantes funcionariales. Así, al funcionario defraudador se le exige el acatamiento de un deber funcional especial relacionado con su cargo o comisión especial que, en general, podría entenderse como la defensa o la vigencia de los intereses patrimoniales o económicos de la Administración Pública en los contratos y adquisiciones (**deber funcional general**)<sup>(787)</sup>, puesto que tiene, a su vez, una posición de garantía sobre estos. Se le exige una expectativa institucional de sus actuaciones en las contrataciones, en el sentido de un desenvolvimiento acorde a lo que la norma administrativa ha establecido.

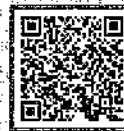
**Jurisprudencias:** «La singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos» (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1969-2012 La Libertad, considerando 5). <https://bit.ly/3i1qrV1>.



<sup>(786)</sup> Cfr. GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>

<sup>(787)</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 33; PARIONA ARANA, 2017, p. 33.

«Los delitos contra la Administración Pública se fundamentan en los «delitos de infracción de deber», en deberes positivos, por lo que no interesa si tenía el dominio o no de una situación, sino, el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público, y específicamente en el contrato que tiene el Estado con los particulares para la adquisición de bienes y/o servicios, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado; que, esta competencia institucional les corresponde a los encausados que fueron condenados como autores (en tanto los extraneos responden como cómplices primarios), puesto que, de acuerdo a la Directiva de la Convocatoria, concurso, selección, ejecución, monitoreo y evaluación del proyecto piloto «de apoyo a las iniciativas sociales de generación de ingresos de las mujeres en situación de pobreza» — el jefe de la Unidad Operativa correspondiente, especialistas de desarrollo y equidad y de comunicación y concertación y especialista administrativo serán los encargados de ejecutar las actividades del proyecto aprobado, cumpliendo con las Directivas internas que norman los sistemas administrativos COOPOP a fin de ejercer un control adecuado de las transacciones financieras y administrativas; así como asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales con terceros, que aseguren la correcta utilización de los recursos y el cabal cumplimiento de las metas institucionales; en ese sentido, son pasibles de imputación del delito de colusión pues todo eran los encargados de dirigir el proyecto» (Ejecutoria suprema del 3 de mayo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 5315-2008 Puno, considerando 5). <https://bit.ly/3CG1SEP>.



«La colusión no es un delito 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» (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1296-2007 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3zAyluj>.



«Se trata de un delito de infracción de deber cuyo verbo rector es concertarse con terceros y defraudar al Estado» (Ejecutoria suprema del 5 de julio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 558-2005 Huaura, considerando 2). <https://bit.ly/3i4ri7f>.



No creemos que la colusión defraudatoria es un delito de infracción de deber impropio<sup>(788)</sup>, en el sentido de que el deber especial funcional fundamenta la agravación de la punibilidad de la figura. Se aduce ello cuando se afirma que la colusión es una modalidad especial de la estafa o la defraudación (delito patrimonial) y que la condición funcional es la que agrava la sanción penal. Sin embargo, acoger tal afirmación implicaría desconocer la autonomía de la colusión defraudatoria como delito funcional.

Ahora bien, se trata evidentemente de un deber extrapenal generalizado que tiene que ser identificado en la norma administrativa que regula los procesos de contratación y adquisición pública (Ley de contrataciones del Estado). Pero de este deber general, a su vez, se desprenden otros de mayor precisión y que provienen de

1329,  
Deberes  
funciona-  
riales

(788) Así lo consideran: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417.

los principios administrativos que reconducen la correcta realización del proceso de contratación pública (objetos específicos de protección inmediatos). Los principios administrativos colman de garantías al desarrollo de la contratación pública y esto se debe a que establecen los **deberes funcionariales específicos** de los cuales se sujetan los funcionarios que intervienen en los procesos de contratación.

**Jurisprudencias:** «Es un delito de infracción de deber, pues la conducta es atribuida solo a los funcionarios y servidores públicos, que de acuerdo con el cargo que ocupan dentro de la institución tienen asignado un deber específico (posición de garante). Esos deberes se originan generalmente en otras ramas jurídicas, como los deberes extrapenales previos a la norma penal» (Ejecutoria suprema del 24 de octubre de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 59-2018 Lima Norte, considerandos 5.4-5.5). <https://bit.ly/3i1GfPg>.



«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.)» (Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Lima del 27 de agosto de 2012, Expediente n.º 108-2011, considerando 7). <https://bit.ly/3o3Ai08>.



1330.  
Deberes  
funcionariales  
específicos

Por lo pronto, estos deberes funcionariales específicos se desprenden de lo señalado en el artículo 9.1 de la Ley n.º 30225 que señala, entre otros, que «los funcionarios (...) que intervienen en los procesos de contratación (...) son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente (...) conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la presente Ley». En tal sentido, se impone un **deber de regularidad o legalidad**, en el sentido de la sujeción a la normatividad por parte del funcionario; un **deber de objetividad o imparcialidad**<sup>(789)</sup>, en cuanto el funcionario debe ejecutar sus actuaciones desvinculados de todo favorecimiento relacionado a uno de los particulares interesados; un **deber de eficiencia o eficacia** en torno a la mejor gestión que pueda ejercer sobre los recursos públicos de la administración; un **deber de brindar una libre competencia**, esto es, de entregar a los postulantes todas las posibilidades permitidas por la norma para que estos brinden al máximo sus mejores ofertas en beneficio de una debida elección a favor de la administración; y un **deber de transparencia** sobre la apertura informativa equilibrada sobre las reglas y exigencias en los procesos de contratación.

Todos estos deberes tienen un objetivo en común que reside en la defensa del interés patrimonial o económico de la administración en las contrataciones públicas. Por ello, el sujeto activo funcionarial debe desenvolver sus actos administrativos

(789) Cfr. CATALÁN SENDER, 1999, p. 309.

en cumplimiento simultáneo de estos deberes funcionariales. Sin embargo, para la configuración del sujeto activo no es menester que el intérprete tenga que verificar la infracción de todos estos deberes, pues la vulneración de cualquiera de ellos es suficiente para calificar la actuación delictiva de este en la contratación pública. Además, cada deber es exigible en la actuación funcionarial conforme a cada etapa del proceso de contratación y en las situaciones concretas en las que se presente el funcionario.

Para verificar que al sujeto activo especial se le es exigible el acatamiento de los deberes positivos funcionariales toma importancia evaluar la conexión o **vinculación funcionarial** del funcionario defraudador con el proceso de contratación (entiendase como objeto material o como ámbito de actuación)<sup>(790)</sup>. «Si bien todo funcionario público posee un mandato general de cautelar los intereses de la Administración Pública, en el delito de colusión desleal se requiere de un mandato especial, es decir, debe acreditarse una especial vinculación funcionarial derivada del cargo entre el funcionario (autor) y su intervención en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública»<sup>(791)</sup>. La ausencia de dicha vinculación durante la realización de la colusión nos conducirá a la atipicidad del caso. Se resalta una **vinculación más amplia** siempre enfocada en cualquiera de las etapas o los actos trascendentales en la contratación pública, a diferencia del peculado o la malversación cuyo nexo funcionarial reside concretamente en los caudales o efectos que forman parte del patrimonio público.

**1331.**  
Vinculación  
funcionarial

**Jurisprudencias:** *«Es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo penal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de tener ese nexo funcional para delinquir»* (Ejecutoria suprema del 9 de diciembre de 2014, R. N. n.º 78-2013 La Libertad, considerando 3.2). <https://bit.ly/3u54JEe>.



*«Siendo requisito esencial para la configuración del tipo penal que se juzga que el funcionario público intervenga en razón de su cargo en un proceso de contratación pública —dado que se requiere una relación funcional más intensa que la de cualquier servidor público— lo que no ocurre en el caso de autos»* (Ejecutoria suprema del 19 de marzo de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 280-2009 Madre de Dios, considerando 4). <https://bit.ly/3AGCUVa>.



<sup>(790)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 409; Idem, 2016, p. 193; PARIONA ARANA, 2017, p. 33; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 32; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 99; REYNA ALFARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 67; SALINAS SICHÁ, 2016, p. 330; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 27; GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, pp. 346-347; VILLEGAS PAIVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 41; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 34, 2012, p. 170; QUISPE MEZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 119, 2019, p. 125.

<sup>(791)</sup> MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 34, 2012, pp. 170-171.

1332.  
Doble condición en el sujeto activo

Para verificar la vinculación funcional estimamos que es menester hallar en el sujeto activo una **doble condición** o calificación<sup>(792)</sup>: *primero*, ser un funcionario público (condición formal o estática); y, *segundo*, tener autorización oficial para intervenir en las contrataciones y adquisiciones públicas (condición material o dinámica). Es necesario que se demuestre que el sujeto activo contaba con ambas condiciones durante el desarrollo del delito, pues justamente así podemos afirmar la vinculación funcional. En tal sentido, por ejemplo, no basta con tener la condición de funcionario si es que esta no tiene entre sus atribuciones la facultad de intervenir en los actos esenciales del proceso de contratación pública. Por ello que se afirma que nos encontramos ante un **delito especial de carácter estricto**<sup>(793)</sup> por las concurrentes exigencias de condiciones funcionariales.

**Jurisprudencia:** «El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público que tiene asignada —por corresponder a su cargo o por encargo especial— la facultad de negociar a nombre del Estado en las operaciones de negocios —en sentido amplio— con los interesados o contratistas; es decir, debe reunir una doble calificación funcional» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.4). <https://bit.ly/39wJcuH>.



1333.  
Primera condición: funcionario público

En relación con la **primera condición**, el infractor debe ser un funcionario público, es decir, ostentar el cargo funcional, lo cual excluye de la imputación jurídica a los particulares (*extraneus*). Esa condición funcional lo tiene que ostentar el infractor durante la comisión de la concertación y la ejecución de los roles acordados, no antes ni después; incluso, si en la consecuencia de la defraudación recién se tiene la condición de funcionario público, no es de recibo la imputación jurídica en su contra. Es funcionario defraudador si su conducta típica contribuyó a incrementar el riesgo funcional al patrimonio de la administración aún si perdió su condición de funcionario al momento del resultado de relevancia penal. En tal sentido, no cabe discutir si la encargatura del funcionario público es permanente (*v. gr.* se encuentra en planillas) o temporal (*v. gr.* tiene contrato con plazo determina-

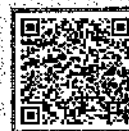
<sup>(792)</sup> Así también: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 210; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1621; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; ROJAS VARGAS, 2016, p. 193; CASTILLO ALVA, 2017, p. 149; GARCÍA CAVERO en García Caverro/Castillo Alva, 2008, p. 32; DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 335-336; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 97; SALINAS SICCHA, 2016, p. 330; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chortés/Calderón Valverde, 2012, p. 146; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 42; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 247; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 347; QUISPE MEZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 119, 2019, p. 125.

<sup>(793)</sup> Vid. MORILLAS CUEVA en Cobo Del-Rosal, 2000, p. 836.



do, o su labor corresponde a una asignación o encargo específico)<sup>(794)</sup>, menos el régimen jurídico que lo vincule con la entidad representada (así también lo resalta el artículo 9.1 de la Ley n.º 30225 en torno a la responsabilidad del funcionario: «*con independencia del régimen jurídico que los vincule a estas*»).

**Jurisprudencias:** «*Se calificó la intervención del Director de la UGEL de Huarney como de complicidad primaria, lo que constituye un error de subsumción pues era el máximo directivo de esa institución pública y le correspondía velar por la correcta asignación y utilización de recursos, al punto que por su máximo cargo le correspondía estar bajo su control y supervisión de los fondos institucionales, tanto más si en el presente caso decidió las adquisiciones y se involucró en el procedimiento llevado a cabo al efecto. Cabe acotar que el título de intervención, entonces, es de autor*» (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1722-2016 Santa, fundamento 11). <https://bit.ly/3zIDqB2>.  
 «*El delito de colusión desleal es un tipo penal cualificado por el agente: no cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991*» (Ejecutoria suprema del 8 de mayo de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1458-2012 Ica, considerando 2.3.4). <https://bit.ly/3i0caHS>.



Por otro lado, téngase presente que el artículo 384 no solo hace referencia al funcionario, sino también al **servidor público**. Al respecto, esto nos lleva a la discusión si este podrá cumplir con las mismas exigencias de todo sujeto activo funcional de poder tener la facultad de intervenir en los actos esenciales del proceso de contratación pública. Por lo pronto, como veremos *infra*, el concepto de servidor público tendrá que resolver la necesidad de que ostente la responsabilidad administrativa sobre los actos que forman parte del proceso de contratación (poder funcional de decisión o determinación). En realidad, la descripción legal del servidor público no puede equipararse a los casos de servidores o técnicos dependientes o asistenciales de los funcionarios, ya que no califican como sujetos activos funcionales (carecen del poder funcional), lo cual nos permite sostener que cuando el artículo 384 hace referencia al servidor público se tendrá que entender bajo el concepto de funcionario administrativo.

1334.  
Servidor público

En relación con las **autoridades**, si bien no cuentan con una mención legal expresa, estas se interpretan del concepto del funcionario público. Es dispensable su descripción legal como también la delimitación de los sujetos activos a funcionarios públicos de alta dirección de las entidades (funcionarios de dirección o de mando), ya que hay funcionarios de menor nivel que perfectamente se les reprocha la responsabilidad en sus actuaciones y pueden incurrir en la colusión defraudatoria.

1335.  
Autoridad

<sup>(794)</sup> Cf. JARBNO LEAL en Revista Internacional Transparencia e Integridad n.º 5, 2017, p. 6.

1336.  
Funcionario según la entidad pública

El tipo penal no discrimina la pertenencia del funcionario defraudador sobre la entidad pública que representa. Puede formar parte de una entidad del Gobierno central, regional, local o de organismos autónomos. Asimismo, puede suceder que este tenga el encargo de ejercer uno de los actos administrativos del proceso de contratación de bienes o servicios para una entidad pública a la cual no pertenece<sup>(795)</sup>. Así, se mantiene en el ejercicio del cargo o de la comisión especial, pero no relacionado a la entidad gubernamental en la que procede, sino que por encargo excepcional o especial la administración opta para que brinde sus servicios a favor de otra entidad pública. Entonces, estos **funcionarios de encargo temporal** cometerán la concertación o la defraudación contra una entidad pública ajena. Lo que sí no tiene discusión es la atipicidad de la colusión si este ejerce sus actuaciones en un proceso de contratación para una entidad privada. En ese caso, todo acto defraudatorio calificará una posible estafa, mas no una colusión defraudatoria.

1337.  
Titulación o nombramiento

La regla general es que las personas que no tengan la condición de funcionario y no estén asignados o involucrados oficialmente en la realización de los actos administrativos de un proceso de contratación no pueden ser imputados como sujetos activos, puesto que son *extraneus* y a ellos no se les puede exigir el acatamiento de los deberes especiales funcionariales, por mas aptos o experimentados que sean en la labor de las contrataciones públicas. Por ello, es necesario constatar que estos cuentan con la **titulación** o el **nombramiento específico**<sup>(796)</sup>. De no contar con la documentación que habilita su intervención oficial, solo cabe imputarse el delito de estafa en perjuicio de la administración<sup>(797)</sup>, ya que al final, en la concertación, se estaría en una relación jurídica *inter privatos*. En ese sentido, si hay una intervención deliberada de asumir o ejercer el acto de función en el proceso de contratación del cual carece de la autorización normativa o de la administración, su proceder configurará una usurpación de funciones con posible concurso ideal con la estafa<sup>(798)</sup>.

1338.  
Nombramiento defectuoso

Cabe la pregunta si los actos administrativos ejercidos en la contratación pública por quien ha sido designado como funcionario (por cargo público o comisión especial) bajo un **nombramiento defectuoso** (irregular o delictuoso) son validos y su intervención paralela mediante la concertación defraudatoria lo determina en el sujeto activo de la colusión. Si la contratación pública consigue su objetivo administrativo,

<sup>(795)</sup> Vid. MIR PUIG, 2000, p. 336; ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Batarrita, 1999, pp. 210-211; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 334; GARCÍA CAVERO en García Caverro/Castillo Alva, 2008, p. 33; PARIONA ARANA, 2017, p. 34; CASTILLO ALVA, 2017, p. 177; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 36; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 28.

<sup>(796)</sup> Cf. ROJAS VARGAS, 2016, p. 194.

<sup>(797)</sup> Cf. CUELLO CALÓN II,I, 1980, p. 465; PUIG PEÑA III, 1955, p. 360.

<sup>(798)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; GARCÍA CAVERO en García Caverro/Castillo Alva, 2008, pp. 36-37; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 334.

las irregularidades de la designación administrativa no puede implicar la impunidad del funcionario defraudador, aunque se cuestione su condición especial<sup>(799)</sup>. En todo caso, prima el aspecto material y no formal de la intervención funcional del infractor.

Hay particulares que no forman parte de la Administración Pública, pero por sus conocimientos y experiencias suelen ser convocados excepcionalmente a integrar al equipo de funcionarios que se encargarán del proceso de contratación. Así se relativiza la afirmación que solo los funcionarios de carrera son los únicos que pueden cometer la colusión defraudatoria. Asimismo, hay **entidades privadas u organismos internacionales** a los que se recurre para cumplir una labor excepcional de encargarse de los actos esenciales del proceso de contratación (*v. gr.*, evaluación de propuestas técnicas o selección del contratista). En cualquiera de estos casos la administración faculta excepcionalmente el ejercicio de la función pública especial, por lo que, sobre ellos, es factible la exigencia de los deberes especiales funcionariales; en tal sentido, pueden muy bien ser sujetos activos funcionariales. Se tratan de los **funcionarios por extensión** o excepcionales a los que por comisión especial se les convoca.

En la práctica hay una mayor incidencia de contrataciones y adquisiciones públicas en el ámbito de actividades de las **empresas mixtas o dependientes del Estado**, esto debido a la especialización de sus rubros que requieren contar de terceros de bienes, servicios y obras para el cumplimiento de sus misiones económicas. En la actualidad no hay discusión dogmática en atribuirles la condición de funcionarios defraudadores a los empleados públicos (*v. gr.*, gerentes, administradores, directores) de dichas entidades<sup>(800)</sup>, ya que a ellos también les es exigible el acatamiento de los deberes especiales funcionariales.

**1339.**  
Funcionarios por extensión

**1340.**  
Funcionarios de empresas mixtas

**Jurisprudencias:** «El encausado, gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión» (Sentencia del 28 de junio de 2016 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 634-2015 Lima, fundamento 7). <https://bit.ly/2XYi1GV>



«Conforme la Ley de Contrataciones y la Ley de Gestión Presupuestaria, la empresa de economía mixta se considera empresa pública, por lo tanto, se colige que los actos ilícitos desarrollados por los acusados si se enmarcan dentro de su responsabilidad penal de índole funcional y además, cualquier acto ilícito que afecte a la mencionada empresa agraviada, siempre irá afectar su patrimonio, lo que indudablemente significa un perjuicio al Estado» (Ejecutoria suprema del 18 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2141-2014 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3kBw9hV>



<sup>(799)</sup> Para PERCY GARCÍA CAVERO «la atribución del deber positivo no surge por el estatus de funcionario público, sino por la confianza especial emanada del procedimiento seguido para llegar a ocupar el cargo de funcionario público» (en García Caveró/Castillo Ayla, 2008, p. 36).

<sup>(800)</sup> *Vid.* JAREÑO LEAL en Revista Internacional Transparencia e Integridad n.º 5, 2017, p. 6; MENDOZA VAREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 53; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, pp. 37-38.

1341.  
Segunda  
condición:  
funciona-  
rio com-  
petente y  
con poder  
de deci-  
sión

En atención a la **segunda condición**, por el gerundio «*interviniendo*»<sup>(801)</sup> que se emplea en el artículo 384 se interpreta la necesidad de un sujeto activo dinámico o con participación activa en el proceso de contratación<sup>(802)</sup>. Entonces se debe indagar si el funcionario defraudador tiene la autorización de la administración para intervenir en el proceso de contratación o adquisición pública. Para sostener que existe una autorización oficial el funcionario debe contar con **dos requerimientos normativos** que son la de ser competente y tener poder de decisión funcional.

La imputación típica por la colusión defraudatoria solo recaerá en el funcionario que tiene esta doble identidad funcional, lo contrario acarrearía la atipicidad objetiva por el sujeto activo, siempre y cuando la norma penal relativice su exigencia de cualquiera de estas. Por lo pronto, su tratamiento se trasladaría a la situación de un *extraneus*, aun si fuera funcionario o tenga la posibilidad de poder contribuir materialmente al proceso de contratación, pero sin competencia y, por ende, sin posibilidades de reprocharle la infracción de los deberes funcionariales. Lo que queda es redireccionar la imputación típica a un delito patrimonial como la estafa<sup>(803)</sup>.

1342.  
Competen-  
cia

La primera identidad normativa del funcionario es la **competencia** para poder intervenir en cualquiera de los actos administrativos del proceso de contratación o adquisición de bienes, servicios u obras<sup>(804)</sup>. Dicha competencia nos permite afirmar que el funcionario defraudador tiene la facultad funcional de poder ejercer un acto de función que tiene acogida en los procedimientos descritos para una contratación pública; mejor dicho, hay una autorización de la administración (por su cargo o una comisión especial) para que se intervenga oficialmente en cualquiera de las actuaciones de un proceso de contratación<sup>(805)</sup>.

(801) En la legislación comparada también se precisa el vínculo funcional del sujeto activo con el proceso de contratación: artículo 436 del Código Penal español («*interviniendo por razón de su cargo*»), artículo 239 del Código Penal chileno («*interveniere por razón de su cargo*»), artículo 450 del Código Penal guatemalteco («*interviniendo por razón de su cargo*»), artículo 454 del Código Penal nicaragüense («*intervenga por razón de su cargo o comisión especial*»), artículo 328 del Código Penal salvadoreño («*por razón de su cargo, interveniere en*») y artículo 376 del Código Penal hondureño («*por razón de su cargo*»).

(802) Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 554.

(803) Vid. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 248.

(804) Vid. MIR PUIG, 2000, p. 336; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 554; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclan Montalvo II, 2001, p. 529; CARDENAL MONTRAVETA en Coigoy Bidasolo I, 2019, p. 707; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1193; PAZ RUBÍO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4132; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 122; CUELLO CALÓN III, 1980, p. 464; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 35; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 42.

(805) Vid. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350; ORTOS BERENGUER en Vives Antón, 1999, p. 773; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 807; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000,

Para establecer la competencia del sujeto activo se requerirá contar con las **normas administrativas especializadas** que regulan el proceso de contratación o adquisición pública<sup>(806)</sup>, ya que estas identificarán los roles o actuaciones que la administración requiere del funcionario y que los destina solo a ellos. Por consiguiente, la competencia funcional es un **elemento normativo** del tipo penal que requiere ser interpretado o determinado por la normatividad especializada (**tipo penal en blanco**) para evaluar si el funcionario imputado es el apto para imputarle la concertación defraudatoria.

**1343.**  
Elemento  
normativo

Un tema debatible gira sobre la necesaria o no especialización de la competencia del sujeto activo, mejor dicho, si únicamente son funcionarios defraudadores los que tienen una función pública especializada o están dedicados exclusivamente a las contrataciones (**competencia específica**)<sup>(807)</sup>. Es cierto que el proceso de contratación les brinda singularidad a las facultades del funcionario defraudador<sup>(808)</sup>, pero no podemos limitar el círculo de los sujetos activos en los que solo cuentan con competencias específicas (imputación típica a los especializados autorizados). Es evidente que no cabe negar a aquellos que en sus encargaturas ostentan una variedad de facultades funcionariales y que, entre ellas, se identifican aquellas que les permitan intervenir en los procesos de contratación. Entonces, el sujeto activo funcional es quien puede tener una **competencia genérica**<sup>(809)</sup>, pero que, entre sus facultades, la norma le faculta

**1344.**  
Competen-  
cia espe-  
cífica o  
genérica

p. 836; CATALÁN SENDER, 1999, p. 309; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Chocán-Montalvo II, 2001, p. 529; PEIJO SÁNCHEZ en Rodríguez Morfallo, 2000, p. 1161; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259; BLANCO LOZANO II, 2, 2005, p. 527; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1995, p. 1193; CUELLO CALÓN II, I, 1980, p. 465; PUIG PEÑA III, 1955, p. 360; CASTILLO ALVA, 2017, p. 154; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, pp. 97-98; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 50.

<sup>(806)</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350; MIR PUIG, 2000, p. 336; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; CASTILLO ALVA, 2017, pp. 154-155; DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 355-356; PARIONA ARANA, 2017, p. 34; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 334; SALINAS SICCHA, 2016, p. 331; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrres/Calderón Valverde, 2012, p. 147; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 34, 2012, p. 171; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, pp. 50-51; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 127; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, pp. 346-347.

<sup>(807)</sup> Optan por las competencias específicas: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 554; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 171; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; CASTILLO ALVA, 2017, pp. 154-155; GARCÍA LEÓN en <https://ipderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>

<sup>(808)</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350.

<sup>(809)</sup> Así ídem. CATALÁN SENDER, 1999, p. 309; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; MIR PUIG, 2000, p. 336; Ídem, 2016, p. 170; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1621; YIZUETA FERNÁNDEZ en Lactuz López/Melendo Pardo, 2013, p. 278; ROJAS VARGAS, 2016, p. 193; QUISPE MEZA en Gaceta Penal & Procesal Pena n.º 119, 2019, p. 125.

ejercer actos de función idóneos para el proceso de contratación<sup>(810)</sup>. Téngase presente que las infracciones tiene incidencia en las funciones específicas dentro del conglomerado de facultades, pues en ellas se generan los deberes funcionariales.

**Jurisprudencias:** *«Resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige»* (Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1105-2011 Ica, considerando 10). <https://bit.ly/3AGD7HW>.



*«No se advierte que los procesados, funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido con sus coprocesados para efectuar la compra del motor de lancha, toda vez que ellos no tuvieron en su ámbito institucional —funcional— la decisión de selección y aprobación de la compra de dicho bien. Habiendo tenido esa competencia la Dirección Nacional de Logística»* (Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4469-2008 Loreto, considerando 4). <https://bit.ly/3o3wiZi>.



*«El tipo del injusio de colusión ilegal es un delito especial propio, por lo que solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal —vinculación funcional—; que la conducta de los particulares o funcionarios concertados —que no intervengan por razón de su cargo— será en calidad de cómplices»* (Ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 823-2006 Tacna, considerando 8). <https://bit.ly/3zEI9EC>.



*«Es autor del delito de colusión, el servidor público que actúa directamente en el ejercicio de su función, en cualquier forma contractual, defraudando al Estado y beneficiando a tercero previo acto de concertación, lo que deriva en la necesidad de determinar que el servidor público imputado tenga vínculo con el hecho formal de contratación, directa vinculación, en este caso quienes directamente reciben los documentos de las propuestas y admiten a los postores, son los miembros de la comisión de recepción de propuestas y admiten a los postores, son los miembros de la comisión de recepción de propuestas y quienes otorgan la buena pro son los miembros del comité de concesión, por tanto serían ellos los servidores directamente vinculados con la contratación y por tanto autores del delito de colusión. Ya se ha establecido que esas personas miembros de dichos comités no tienen responsabilidad penal, sin embargo queda el principal servidor de la Municipalidad, el Alcalde Provincial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los comités, sin embargo fue quien designó a los miembros de los comités, fue quien declara en emergencia la red vial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los comités, sin embargo fue quien designó a los miembros de los comités, fue quien declara en emergencia la red vial del Callao, fue quien*



(810) Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 278; REYNA ALPARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 67; SALINAS SICCHA, 2016, p. 330; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrtes/Calderón Valverde, 2012, p. 147.

*convocó al concurso de concesión y es quien firma el contrato preparatorio, como resultado de los actos de concertación ilegal que desarrollo directamente con representantes del consorcio favorecido, además de ser directo responsable del favorecimiento ilegal con el que se benefició el consorcio en las negociaciones (adendas) que se celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos, por tanto está directamente vinculado, como funcionario público, con todo el proceso realizado para otorgar la concesión y las condiciones de ilegalidad en que se otorgó la buena pro así como el proceso de ejecución, lo que determina que su participación en estos hechos tenga la condición de autor» (Sentencia del 30 de junio de 2016 de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, considerandos 10.3-10.4). <https://bit.ly/3CKhh6W>.*

La competencia debe estar **habilitada** por el nombramiento formal proveniente de la norma administrativa o la designación del funcionario competente<sup>(811)</sup>. Esta se entenderá del nombramiento oficial, de un contrato o una resolución administrativa de designación. Ya hemos indicado que la designación defectuosa podría anular el proceso de contratación, lo cual implicaría a la vez la atipicidad objetiva por el sujeto activo, salvo que haya alcanzado su finalidad administrativa y, con ello, se estaría ante un **funcionario de hecho** a quien se le puede reprochar el no haber cumplido con los deberes funcionariales especiales.

**1345.**  
Competencia habilitada.

**Jurisprudencia:** *«El delito de colusión tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público —que interviene en los negocios públicos en razón a su cargo—, vale decir aquella persona que por ley es la llamada a contratar, a intervenir en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de estas en ejecución; en el caso bajo análisis, el acusado interviene según su cargo —Supervisor de la obra— en la etapa de ejecución de la obra. A pesar que el acusado estaba vinculado con la administración pública, mediante contrato de naturaleza civil —locación de servicios—, a efectos de este delito se le considera funcionario o servidor público, en virtud del inciso 3 del artículo 425 del Código Penal» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 489-2016 Santa, considerando 9). <https://bit.ly/3AGJwmK>.*



Ahora bien, el artículo 384 resaltaba perfectamente dos formas derivadas de competencia funcional (por el cargo o por la comisión especial), que ahora se circunscribe por el cargo (sea una competencia por encargatura permanente o una competencia por encargatura especial o temporal); no obstante que la segunda debe desprenderse de la primera. Cualquiera de ellas perfectamente determina la competencia funcional del sujeto activo.

(811) Cf. CASTILLO ALVA, 2017, p. 154; PARIONA ARANA, 2017, p. 34; SALINAS SIGCHA, 2016, p. 331; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choites/Calderón Valverde, 2012, p. 147; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 347; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 28.

**Jurisprudencias:** «Puede ser autor el funcionario que por mandato legal participa —ya sea en la contratación, en la intervención en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de su ejecución—, o también la persona que recibe formalmente la comisión para negociar —vía mandato formal que le encomiende esta función—» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.4). <https://bit.ly/39wJcuH>.



«El delito en análisis es un delito especial propio donde tener la calidad de funcionario o servidor público no es suficiente para ser autor del delito de colusión, pues el propio tipo penal señala taxativamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudadora en razón de su cargo o de una comisión especial» (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2474-2015 Puno, considerando 5.1). <https://bit.ly/3LZRjGa>.



«El sujeto activo siempre ha de ser un funcionario o servidor público que intervenga en los procesos de contratación pública u operaciones del Estado —en cualquiera de sus etapas—. No es cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquel lo haya hecho con motivo de su intervención oficial en las contrataciones u operaciones del Estado. Es pues, un supuesto de incumplimiento de obligaciones específicas de un funcionario o servidor público. Formalmente, entonces, es un delito especial propio» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 38.3). <https://bit.ly/3CIqjBu>.



**1346.**  
Funcionario por el cargo

Un **funcionario por el cargo** (competencia por encargatura permanente) es quien tiene la competencia funcional para intervenir en el proceso de contratación en atención a la autorización que le otorga la norma administrativa, la misma que describe esa autorización oficial entre sus funciones habituales. Por lo común, se trata del funcionario que forma parte de la entidad pública agraviada, ya sea que se trate del empleado responsable de las contrataciones públicas (competencia específica) o tenga otras funciones entre las cuales se encuentra la participación en las contrataciones (competencia genérica).

**1347.**  
Funcionario por la comisión especial

Un **funcionario por la comisión especial** (competencia por encargatura temporal) es quien recibe la autorización para intervenir en el proceso de contratación (forme parte o no de la misma entidad pública agraviada), sea que integre o no la Administración Pública (*extraneus* u otro empleado público); o integrándola, tenga o no la condición de funcionario público (*v. gr.*, puede ser un servidor público)<sup>(812)</sup>. Es una asignación temporal y excepcional de facultades especiales para poder intervenir en un proceso de contratación en razón a sus conocimientos especializados o experiencias reconocidas. Aquí podemos encontrar a los representantes de entidades privadas u organismos internacionales a quienes se les traslada excepcionalmente la responsabilidad de los procesos de contratación.

(812) Vid. ROJAS VARGAS, 2016, p. 194; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 348.



**Jurisprudencia:** «Queda claro que normativo-institucionalmente el rol de adquisición de bienes y servicios no gobernaba su ámbito de organización funcional, sin embargo, la parte acusadora estima que, más allá de ello, el encargo se produjo por una comisión especial designada directamente por el entonces jefe del SIN, y estando a que aun cuando el origen usual de la relación funcional es la ley en sentido formal, se admite otra clase de fuentes como es el caso de una orden legítima de autoridad» (Ejecutoria suprema del 6 de abril de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 135-2010 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3kBJ1or>.



La competencia funcional del sujeto activo no debe ser entendida en su amplitud, menos en sentido restrictivo. No implica que el funcionario defraudador tenga competencia para ejercer cualquier acto administrativo del proceso de contratación. Desde ya debemos descartar aquellos actos administrativos accesorios o superfluos (*u. gr.*, notificaciones, formación de expedientes) propios de servidores dependientes o auxiliares subordinados. Tampoco podemos decir que solo es funcionario defraudador quien toma la decisión final en la contratación<sup>(813)</sup>. Aquí se debe hablar de la **competencia de actos administrativos esenciales**, es decir, de aquellos sin los cuales no se podría conseguir el objetivo administrativo en las contrataciones.

**1348.**  
Compe-  
tencia  
de actos  
adminis-  
trativos  
esenciales

Si bien el principal acto administración en la contratación es la determinación o decisión del postulante a quien se le otorgará el contrato, no quiere decir que solo quienes tengan competencia de dicho acto administrativo sean los sujetos activos funcionariales. El artículo 384, al hacer referencia a la intervención del funcionario, amplía el alcance de las intervenciones funcionariales en el proceso de contratos públicos. Pero, en atención al fin de protección de la norma penal, el espectro de actos administrativos tiene que estar ceñido a los fundamentales o esenciales, esto es, a los que coadyuvan con relevancia considerable a la culminación del objetivo trazado en la contratación<sup>(814)</sup>. Estas actuaciones administrativas relevantes exigirán en el funcionario un cierto grado de responsabilidad y les colocará en la situación de cumplimiento de expectativas institucionales de garantías sobre el correcto proceso de contratación pública<sup>(815)</sup>. «No cualquier empleado público está cualificado para cometer este delito, sino solo aquel que participe de manera relevante en el proceso de contratación o liquidación, lo cual le coloca en una situación de garantía respecto a la legalidad y corrección del mismo»<sup>(816)</sup>.

<sup>(813)</sup> Cfr. MONTAYA VIVANCO, 2015, p. 138. Vid. QUERALT, 2008, p. 1119.

<sup>(814)</sup> Vid. MIR PUIG, 2000, p. 336; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1621.

<sup>(815)</sup> Vid. ROCA AGAPIFO en Álvarez García III, 2013, p. 554; RODRIGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417.

<sup>(816)</sup> ETXEBARRIA ZARRATEITA en Asua Bararrita, 1999, p. 210.

1349.  
Tipos de  
funcio-  
narios  
defraudadores

En ese parecer, tomando en cuenta además las diferentes etapas de un proceso de contratación comúnmente complejo, podemos identificar funcionarios organizadores, funcionarios seleccionados, funcionarios de asistencia o de asesoramiento, funcionarios revisores y funcionarios supervisores o controladores de la ejecución contractual<sup>(817)</sup>. Todos ellos tienen competencia funcional para ejercer actos administrativos esenciales en el proceso de contratación; sin embargo, como veremos más adelante, algunos (*v. gr.*, funcionarios de asistencia) carecen de la facultad de decisión o determinación.

El **funcionario organizador** es quien realiza los actos preparatorios para el desarrollo del proceso de contratación. Son los que justifican la necesidad de un proceso de contratación y se encargan de formar los componentes necesarios para su realización. Entre ellos encontramos a quienes requieren el suministro de bienes o servicios o la realización de obras (se le denomina área usuaria), autorizan la realización de la licitación, se encargan de elaborar y aprobar las bases de la licitación, designar a los funcionarios seleccionadores, entre otras labores esenciales. El **funcionario seleccionador** es quien se encarga de definir el otorgamiento del contrato entre los particulares postulantes a través de la evaluación de sus propuestas técnicas, económicas y legales, como también de la absolución de consultas sobre los requerimientos de las bases, entre otras labores decisorias. Por lo común, recae esa condición en un órgano colegiado (comité seleccionador). El **funcionario de asistencia** o de asesoramiento es quien brinda el soporte técnico o especializado para los actos administrativos que realizan los demás funcionarios en todas las etapas del proceso de contratación. Su labor se centra en la asesoría o la consultoría sobre las materias especializadas conforme al objeto de contratación, que en lo común se concretará en informes y opiniones relevantes. El **funcionario revisor** es el encargado de resolver en instancia administrativa definitiva las quejas o impugnaciones de los particulares postulantes o realiza las observaciones de oficio sobre los actos administrativos de los funcionarios que intervienen en la etapa preparatoria y de licitación del proceso de contratación (*v. gr.*, el Tribunal de Contrataciones del Estado). El **funcionario supervisor o contralor** es quien se encarga de velar por el cumplimiento contractual de las obligaciones del particular contratista, recurriendo muchas veces a las imposiciones de multas o sanciones u otros mecanismos reconocidos en el contrato público.

1350.  
Arbitros

Existen otras actuaciones que, si bien no forma parte del acervo de actos administrativos del proceso de contratación, están relacionados con cualquiera de estos. Esto sucede, por ejemplo, en los fallos que emiten los árbitros o magistrados en el cuestionamiento jurídico sobre posibles irregularidades o controversias suscitadas en el desarrollo del proceso de contratación. A primera vista, no cabe discusión de la imposibilidad de calificarlos como sujetos activos funcionariales de la colusión, ya que sus competencias no se vinculan con ningún acto administrativo esenciales que forme

(817) *Vid.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batallita, 1999, p. 210; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 554; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 138; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, pp. 96-97.

parte del proceso de contratación, aunque puedan emitir pronunciamientos jurídicos con efectos nulificantes. ¿Cómo poder atribuirles el cumplimiento de los deberes funcionariales y exigirles expectativas institucionales de garantías en el correcto desarrollo del proceso de contratación? Sin embargo, excepcionalmente el artículo 386 omite la condición de competencia solo a los árbitros y les extiende la imputación jurídica, en el sentido que toda concertación en el desarrollo de un proceso arbitral puede tener implicancias en algún acto administrativo esencial del proceso de contratación y, con ello, perjudicar los intereses patrimoniales o económicos de la administración<sup>(818)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«En virtud del artículo 386 del Código Penal se extiende los supuestos de autoría a los peritos, árbitros particulares y contadores que participen técnica o profesionalmente respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen. Esta extensión de punibilidad se justifica en situaciones específicas en que actuaron fraudulentamente contra los intereses que se supone debían defender, procurando favorecer o beneficiar sus propios intereses o los de terceros. En el caso de los árbitros, se presenta en la etapa de adjudicación de los bienes—siendo estrictos, durante el proceso de selección en las contrataciones y adquisiciones del Estado— y no en las fases siguientes del proceso de contratación pública»* (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.6). <https://bit.ly/39wJcuH>



El cuestionamiento inmediato a esta excepcionalidad es la no intervención de los árbitros en cualquiera de las etapas en el proceso de contratación<sup>(819)</sup>, la misma que se ha pretendido superar indicando que el pronunciamiento arbitral se relacionaría con la etapa ejecutiva del contrato<sup>(820)</sup>. No obstante, la discusión reside más sobre qué deberes funcionariales tendrán que sujetarse los árbitros frente al correcto desarrollo del proceso de contratación. Por lo pronto, la salida sería la de reconducir el tratamiento penal de los árbitros en el delito de colusión defraudatoria como un delito especial sostenida por sus propios deberes de actuación.

**Jurisprudencia:** *«Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al Gobierno Regional de Tumbes»* (Ejecutoria suprema del 28 de agosto de 2018 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1379-2017, fundamento 2). <https://bit.ly/2XLHOBX>



(818) *Vid.* CASTILLO ALVA, 2017, pp. 498-499. PERCY REVILLA LLAZA señala el caso de la concertación en el ámbito de la liquidación de la obra en un proceso arbitral (en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 90, 2016, pp. 175-176).

(819) *Cf.* CASTILLO ALVA, 2017, p. 497. Considera que los acuerdos colusorios carecen de relevancia penal en procesos de arbitraje: SALAZAR SÁNCHEZ en *Actualidad Penal* n.º 30, 2016, p. 138.

(820) *Cf.* MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 102.

1351.  
Sujeto activo como colegiado

En los casos de **órganos colegiados** o tribunales de decisión, la intervención delictiva de los funcionarios defraudadores se ajusta, por lo general, al modelo de la coautoría, sin necesidad que todos intervengan en la concertación con el particular interesado, ya que pueden asignar dicho rol conforme a su decisión en común a uno de ellos o valerse de un intermediario (colusión indirecta). Ahora bien, la decisión unánime del colegiado no genera la responsabilidad de todos los integrantes por la colusión si es que no han intervenido en el plan en común. En tales casos, los integrantes que desconozcan la actuación de los demás sobre la concertación, aun cuando hayan contribuido con su voto en la aprobación de la propuesta del postulante defraudador, no se les puede imputar la colusión, ya que mantienen neutralidad (**prohibición de regreso**). Por lo pronto, no habría problemas en descartar la imputación del integrante que emite un voto discordante con respecto a los funcionarios defraudadores.

1352.  
Desvinculación con la custodia de los recursos

No debemos confundir a los funcionarios que tienen competencia para disponer o custodiar los recursos del patrimonio público que se emplearán para cumplir con los contratos públicos (contraprestación a los contratistas), puesto que a ellos cabría imputarles el delito de malversación de fondos<sup>(821)</sup>. En el funcionario defraudador no existe **vinculación funcional con los recursos públicos**, sino, con los actos administrativos del proceso de contratación. Entonces, toda facultad funcional relacionada con la definición del contrato o su ejecución del contratista se identifica con la colusión; mientras que la función que se vincule con la ejecución del pago al particular contratistas se relaciona con la malversación de fondos. Así, el sujeto activo de la colusión establece la condición administrativa para ejercer el pago y el sujeto activo de la malversación procede a ejecutar el desvío patrimonial.

1353.  
Delegación de competencia

Por otro lado, es factible la **delegación de competencia**. Al haber la autorización normativa o la facultad delegatoria administrativa, el funcionario responsable podrá trasladar la realización de los actos administrativos esenciales a un tercero<sup>(822)</sup>, sin interesar si forma parte o no de la administración en general. Dicha delegación tendrá validez en el ámbito de imputación penal si no existe prohibición y esté reconocida por la norma administrativa (*v. gr.*, no procede la delegación de la nulidad de contratos o la aprobación de contrataciones directas conforme al artículo 8.3 de la Ley n.º 30225). Lo contrario conllevaría a tratar los actos realizados bajo un esquema de delito patrimonial<sup>(823)</sup>.

<sup>(821)</sup> Cfr. POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 248; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 203; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448.

<sup>(822)</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 37; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 37; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 27.

<sup>(823)</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 37.

De haber el traslado de competencia, corresponde analizar si el funcionario delegante mantiene todavía responsabilidad penal en las actuaciones del funcionario delegado. Es evidente que, si se trata de una delegación total de competencia, carecería de vinculación funcional o responsabilidad en los actos administrativos que ejerza el funcionario delegado, salvo que la norma mantenga todavía el deber de supervisión o control de las actuaciones administrativas a quien delegó. Salvo lo contrario, es aplicable el **principio de confianza** a favor del funcionario que delegó la realización de actos administrativos esenciales del proceso de contratación, por lo que esperará que el funcionario delegado organice su conducta conforme a los objetivos trazados en la resolución administrativa de delegación.

**Jurisprudencias:** *«El delito de colusión se perpetró en el marco de una organización pública —la Municipalidad de Catacaos— debidamente jerarquizada donde prima la división del trabajo y roles o competencias determinadas a los funcionarios y servidores públicos respectivos (deberes institucionales). El análisis de la aplicación del principio de confianza exige que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho»* (Sentencia del 5 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1546-2019 Piura, fundamentos 3-4). <https://bit.ly/2W81eAt>.



*«Los procesados no tienen responsabilidad en los hechos, pues el segundo solo tenía la función de elaborar la resolución que autoriza el trámite sin tener la función expresa de fiscalizar y analizar el trámite previo, lo mismo que el Alcalde, quien confía en las visaciones que emiten sus subordinados. Estos procesados se basaron en la información que otros servidores le alcanzan, pues en toda institución que se basa en el reparto de roles, por el principio de confianza, se presupone que todos cumplirán su función de formar correcta, de ahí que estos hayan confiado en que las visaciones efectuadas al trámite se hicieron acorde a ley»* (Ejecutoria suprema del 8 de setiembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1571-2014 Lima, considerandos 20-21). <https://bit.ly/2ZtmqSL>.



*«El ámbito de aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial, pero ninguno de los miembros del Consejo Directivo implicados estuvo a cargo del proceso de contratación. Ellos se limitaron a delegar facultades al Gerente General de la Caja de Pensiones para suscribir el contrato de compraventa autorizado por el Comité de Supervisión y Coordinación del Hotel Las Américas, por lo que es del caso absolverlos»* (Ejecutoria suprema del 10 de agosto de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4771-2009 Lima, considerando 18). <https://bit.ly/2XMwPbT>.



*«La posición de la defensa pareció referirse al principio de confianza que en el ámbito de la imputación objetiva de la conducta y del resultado no significa, sino que la reafirmación del principio de la división del trabajo, en suma, que nadie está obligado a tomar precauciones exageradas por conductas o deberes ajenos. En efecto, argumentó el señor abogado que el acusado actuó —al aprobar tanto el crédito en un caso, como la refinanciación en el otro— confiando en el trabajo profesional del gerente general que elevaba las propuestas y, a través de éste, en el de los gerentes encargados. Sin embargo, recordando que este principio debería dejar de regir allí donde una*



*conducta promueve la tendencia reconocible de un autor doloso potencial hacia la comisión del hecho, reafirmando la condición del acusado como alto funcionario público y negando que haya sido un mero tramitado o 'firmador' de documentos y que, en virtud del principio de confianza, la responsabilidad administrativa, civil o penal solo quede en el gerente general y en sus subordinados (pues, admitir ello sería tanto como admitir que los directores y el consejo que conforman están de antemano exentos de tales responsabilidades, y, así, negar su naturaleza y razón de ser como órgano de administración y decisión), la Sala no admite que, desde el aspecto objetivo del tipo, el acusado, director, no pueda ser penalmente responsable por las decisiones que, con el colegiado, tomó» (Sentencia del 30 de enero de 2014 de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 02-2013, fundamentos 67-68). <https://bit.ly/3nYU0dz>.*

1354.

Supervisión defectuosa

De existir todavía el deber de control en el funcionario delegante, la **supervisión defectuosa y deliberada** lo convierte en un cómplice primario por su aporte omisivo relevante. Si el funcionario delegante tiene conocimiento sobre la concertación del funcionario delegado, pero no tiene responsabilidad en la labor de supervisión y control, solo podrá ser imputado por no haber puesto en conocimiento oportuno a las autoridades sobre la colusión defraudatoria (omisión de denuncia), siempre y cuando no esté sometido a otros deberes funcionariales que le exijan intervención en el proceso de contratación.

1355.

Alto funcionario

Una cuestión a debatir es si procede la imputación por colusión contra un **alto funcionario que carece de las facultades específicas** y, por ende, está sujeto a deberes funcionariales relacionados al proceso de contratación. Un dato a tomar en cuenta es su alta investidura con la cual puede influir en la toma de decisiones de la disposición del patrimonio público. Un inmediato déficit de adecuación típica residiría en no poder ser identificado como autor al carecer de la condición de sujeto activo, ya que no tendrá las posibilidades para poder entrar a una negociación ilícita con el particular interesado, salvo que se le considere un funcionario organizador; esto es, que determina la necesidad de recurrir al proceso administrativa y otorga las condiciones para su inicio. De no carecer de dicha calidad, la imputación del alto funcionario tendría que reconducirse como un intermediario entre el sujeto activo funcional y el particular interesado en la concertación (cómplice primario) o el agente determinante del dolo de concertación a los concertadores (instigador).

1356.

Poder de decisión

Otra condición funcional del sujeto activo es el **poder de decisión** sobre los actos administrativos en el proceso de contratación<sup>(824)</sup>. No debemos confundirlo

(824) Así también: ROJAS VARGAS, 2007, p. 408; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 186; GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, 2008, p. 34; SALINAS SICCHA, 2016, p. 332; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 35; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 247; MENDOZA VAZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 51; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 172; BETETA AMANCIO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 100, 2017, pp. 150-151; VILLEGAS PAIVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 43; GUTMARAY MORI en Boletín n.º 7 Proyecto anticorrupción, 2011, p. 3; GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/>

con el poder de dirección o de mando<sup>(825)</sup> en el sentido de decidir sobre todo el proceso de contratación, sino de un poder de decisión sobre los actos administrativos esenciales que la conforman; bajo la configuración de la confluencia de funcionarios y sus respectivos roles y responsabilidades en el ámbito de una división de trabajo. Esto permite resaltar el nivel de responsabilidad administrativa en los actos de su competencia, el cual inducirá al funcionario a poder intervenir en el acuerdo colusorio y negociar sus facultades, ya que solo así conseguirá lograr la concertación con el particular interesado.

**Jurisprudencias:** «Solo valoró la condición de funcionario público del acusado (como alcalde de la Municipalidad de Colcabamba) para concluir que infringió un deber especial y condenarlo como autor del delito de colusión; sin tener en cuenta que no contaba con poder de decisión sobre las contrataciones públicas en representación del Estado» (Sentencia del 8 de mayo de 2017 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 60-2016 Junín, fundamento 3.3). <https://bit.ly/3o3wD2A>.



«Solo a los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial les alcanza la prohibición penal. No puede ser por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de facultades específicas de decisión que el tipo exige, lo que determina la incriminación típica y constituye el fundamento de la infracción es no tanto el cargo del funcionario, mismo el estar habilitado normativamente» (Ejecutoria suprema del 6 de abril de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 135-2010 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3kBJ1or>.



«El encausado no tenía la facultad de decisión sobre las adjudicaciones materia de investigación, por tanto, no puede imputársele objetivamente el delito de colusión ilegal» (Ejecutoria suprema del 19 de agosto de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 963-2009 Amazonas, considerando 4). <https://bit.ly/3kDXRL8>.



«Para determinar la responsabilidad en los delitos contra la administración pública como en los casos de colusión se requiere que el sujeto involucrado tenga capacidad de decidir en actos funcionales de contratación para el Estado, y conforme se advierte los procesados, quienes en su condición de Director Municipal, Tesorera y Jefe de Área no tenían las facultades para contratar personal ni decidir los bienes de la entidad edil» (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1417-2005 Junín, considerando 3). <https://bit.ly/2ZtvhUw>.



No habría posibilidad para un acuerdo con el empleado público que carece de decisión, pues no tendría acto administrativo que ofrecer al particular interesado como, por ejemplo, les sucedería a los funcionarios que se limitan a la recomendación, al consejo o la opinión no vinculante. Podrán tener una participación importante por su aporte técnico o especializado, pero si no tienen la facultad de asumir respon-

1357.  
Funcionarios sin poder de decisión

complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/ FAJARDO DÍAZ en Actualidad Penal n.º 34, 2017, p. 82. Consideran innecesario: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 334; QUISPE MEZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 119, 2019, p. 128.

<sup>(825)</sup> Vid. CASTILLO ALVA, 2017, p. 176.

sabilidad en los actos administrativos vinculantes en el proceso de contratación no calificarán como sujetos activos funcionariales.

**1358.**  
Peritos y  
tasadores.

En forma excepcional el artículo 386 amplía o exceptúa esta condición a los **funcionarios asistentes**<sup>(826)</sup>. Estamos refiriéndonos a los peritos y tasadores que no forman parte de la administración, pero por la comisión o la contratación especial brindan sus servicios en el proceso de contratación. Califican como funcionarios excepcionales por no tener poder de decisión funcional, pero son imputados por la relevancia de sus informes u opiniones para la definición en las decisiones contractuales. Téngase presente que pueden muy bien intervenir en las concertaciones fraudulentas, incluso en desconocimiento de los funcionarios seleccionadores o controladores, puesto que por la especialización de sus conocimientos los inducen a error en la aprobación del contrato. Con esta excepcionalidad de la norma penal se resuelven imputaciones dogmáticamente dificultosas como la autoría mediata de un funcionario de asistencia que tiene como intermediario un funcionario seleccionador.

**1359.**  
Particular  
interesado

El **particular interesado** o interesado defraudador (*extraneus*) es la contraparte del funcionario defraudador (*intraneus*) en la concertación de la colusión defraudadora<sup>(827)</sup>. El artículo 384 lo presenta en el complemento de la conducta concertadora con la expresión «con los interesados». Este interesado defraudador interviene en esa relación clandestina paralela al proceso de contratación para obtener los máximos beneficios de sus propios intereses sin importarle los medios que pueda valerse (*v. gr.*, soborno) y quien pueda salir perjudicado. Al frente tendrá al funcionario defraudador que también interviene en la búsqueda de los mayores beneficios propios que pueda conseguir aprovechándose de su posición funcional en relación con el proceso de contratación. No obstante, para que ambos consigan sus propios beneficios, les une una misma víctima: la Administración Pública. El interesado defraudador se beneficiará del patrimonio de la administración y el funcionario defraudador se aprovechará del patrimonio de la administración para conseguir los beneficios del interesado defraudador.

**Jurisprudencia:** «La figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial —de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado— empero interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso *sub litis* no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende su absolución se encuentra arreglada a ley» (Ejecutoria suprema del 12 de mayo de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 702-2009 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3hXKdAH>.



<sup>(826)</sup> Se cuestiona la innecesidad del artículo 386. Para PAUL MENDOZA VAEZ a los peritos, tasadores y árbitros su tratamiento corresponde a nivel de la participación y basta con la aplicación de las reglas de la Parte General (en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 52).

<sup>(827)</sup> Se suele identificar al particular interesado como «interesado» y/o «especulador»: artículo 436 del Código Penal español (interesado), artículo 450 del Código Penal guatemalteco (interesado y especulador) y artículo 376 del Código Penal hondureño (interesado).



Por ello, la colusión defraudatoria es un **delito plurisubjetivo, pluripersonal o de participación necesaria de tipo encuentro o convergencia**<sup>(828)</sup>, debido a que el funcionario requerirá necesariamente del tercero y ambos intervendrán en la concertación guiados bajo un mismo objetivo que es defraudar los intereses patrimoniales o económicos de la Administración Pública. Si la concertación no cuenta con ese *extraneus* o con ese objetivo no califica como colusión defraudatoria. «Son varias las posibles conductas de concierto que componen el tipo, para cuya realización se necesita la presencia, cuando menos de dos personas (la autoridad o funcionario público y el o los interesados); en que las diversas conductas de los distintos sujetos forman parte del total acontecer lesivo descrito por la hipótesis legal y que sus comportamientos se dirigen al mismo fin»<sup>(829)</sup>.

**1360.**  
Delito plurisubjetivo

**Jurisprudencias:** «Los denominados delitos de participación necesaria exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*intraeus*), y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus*: sujetos sin deberes especiales) para la perfección del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 20). <https://bit.ly/3EF4u7I>.



«Por su descripción típica se trata de un delito de intervención necesaria, para su configuración se necesita la realización de dos conductas de sujetos distintos orientados a una finalidad común, el acuerdo entre el funcionario o servidor público y el particular interesado» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 603-2016 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3zG65X8>.



«El delito de colusión es de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público —*intraeus*— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración



(828) Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, pp. 1788 y 1790; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 143; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mouiullo, 2000, p. 1161; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; PINOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 529; CARDONA TORRES, 2010, p. 521; PARIONA ARANA, 2017, p. 121; CASTILLO ALVA, 2017, p. 377; ROJAS VARGAS, 2016, p. 203; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 53; HURTADO POZO, 2011, p. 13; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 108; SALINAS SICCHA, 2016, p. 334; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choires/Calderón Valverde, 2012, p. 150; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 405; FAJARDO DÍAZ en Actualidad Penal n.º 34, 2017, p. 91; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 44; ULLOA GAVILANO en Actualidad Penal n.º 11, 2015, p. 183; DÍAZ LAZO en Actualidad Penal n.º 7, 2015, p. 185; DÍAZ GUEVARA en <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/colusion.htm>.

(829) BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 144.

*Pública*» (Ejecutoria suprema del 9 de diciembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 78-2013 La Libertad, considerando 3.2). <https://bit.ly/3u5JLoV>.

«El delito de colusión ilegal constituye un tipo penal de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro por la participación de un tercero interesado en la contratación, pero el representante del Ministerio Público omitió considerar a la empresa ganadora de la buena pro como extraneus»



(Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1318-2012 Lima, fundamento 50). <https://bit.ly/3kDivuw>.

«La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto se erige en un delito de participación necesaria» (Sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Expediente n.º 20-2003-A.V., fundamento 27). <https://bit.ly/2Zi873e>.



«El tipo penal de colusión es de encuentro o de concurrencia, caracterizado por la existencia de una concertación ilegal entre el funcionario público y el interesado» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.1). <https://bit.ly/39wJcuH>.



**1361.**  
Exigencia  
del par-  
ticular  
interesado

El particular interesado no es el sujeto activo de la colusión defraudatoria, ya que el artículo 384 no lo coloca en dicha postura; menos puede ser considerado autor puesto que la norma penal no le atribuye algún deber al que tenga que sujetarse. En tal sentido, la intervención del interesado defraudador se desprende de la esencia de la propia conducta típica. No obstante, el interesado defraudador se le exige cumplir las expectativas sociales de un desenvolvimiento ajustado al respeto de las reglas de la licitación o las cláusulas contractuales.

**Jurisprudencia:** «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» (Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 2008, R. N. n.º 1295-2007 Lambayeque)<sup>(830)</sup>.

Ahora bien, conforme a la etapa del proceso contractual en la que el particular interesado defrauda la expectativa social, puede exigirsele: —a la vez— el cumplimiento de deberes específicos (no funcionariales). Por ejemplo, cuando el postulante se encuentra en la etapa de licitación se le autoriza las entrevistas con los miembros del comité conforme a los lineamientos de las bases o cuando el contratista se encuentra cumpliendo con la ejecución de las obras y el expediente técnico le delimita los alcances de sus actuaciones en modo y tiempo.

<sup>(830)</sup> RODRÍGUEZ VÁSQUEZ *et al.*, 2014, p. 73.

Por lo pronto, sabemos que es un *extraneus*, cuyo aporte o intervención en la concertación es necesaria para la configuración típica del delito de colusión defraudatoria, lo que nos traslada a establecer ahora cuál será su tratamiento dogmático y si ello supondrá alguna responsabilidad reprochable penalmente. Importa exponer las diferentes posturas que califican la intervención del particular defraudador.

Un **primer planteamiento** sostiene la impunidad del *extraneus* en la colusión<sup>(831)</sup>, en el sentido que no basta su sola presencia o su asentimiento para poder alegar que este contribuyendo en una concertación, más aún si la norma penal no describe su participación como tal ni mucho menos reprocha penalmente la contribución que daría en la colusión. Al no satisfacer las reglas de la participación dogmática, se considera que, para evitar la impunidad, el legislador debe criminalizar su intervención delictiva y tipificar su rol en la concertación como sucede en el delito de cohecho genérico<sup>(832)</sup>. Así lo estima RAÚL PARIONA ARANA, al señalar que «lo que corresponde es que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar como acontece con el cohecho, con una modalidad pasiva y otra activa en tipos penales distintos»<sup>(833)</sup>.

Los apegados a la **tesis de la ruptura del título de imputación** optan por ajustar la incomunicación de las condiciones personales que afectan la responsabilidad (entre autores y partícipes) cuando la norma penal no la autoriza (principio de incomunicabilidad) y esto imposibilitaría aceptar partícipes *extraneus* en delitos especiales. En esas circunstancias, solo queda derivar el tratamiento penal del particular interesado en un delito común-base que es el patrimonial (estafa)<sup>(834)</sup>.

Un **segundo planteamiento** sostiene que el particular interesado es un autor concurrente, aunque no del tipo funcional, pero sí categorizado al mismo nivel que el funcionario defraudador. Ambos cuentan con diferentes deberes y, por ende, requieren ser tratados como autores diferenciados, llegándose a entender a la colusión como una forma de autoría accesoria. No hay en el interesado defraudador un dominio funcional, pero sí un dominio de hecho por las expectativas sociales que debe brindar a los demás sobre el respeto a las reglas de los procesos de contratación pública. Por ello, JHONNY LUIS FAJARDO DÍAZ posiciona al particular interesado en un nivel

1362.  
Tratamiento dogmático del particular interesado

1363.  
1º Propuesta: impunidad

1364.  
2º Propuesta: autoría

<sup>(831)</sup> Así también: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 418; PARIONA ARANA, 2017, p. 122; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 439; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 154.

<sup>(832)</sup> El artículo 436 del Código Penal español criminaliza la intervención del particular interesado en un tipo penal autónomo: «Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público».

<sup>(833)</sup> PARIONA ARANA, 2017, pp. 122-123.

<sup>(834)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 417; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 499; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 248; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 449.

equivalente al funcionario defraudador en la concertación y recalca que el primero «no solo realiza una conducta de partícipe respecto a la conducta del funcionario, pues si lo vemos desde una óptica distinta, también realiza una conducta independiente con una finalidad propia e interés en su participación»<sup>(835)</sup>. Sin embargo, la carencia de una fórmula autónoma de la conducta del interesado plantea de *lege ferenda* la necesidad de la criminalización propia del particular en la colusión<sup>(836)</sup>, como si se puede observar en el artículo 436 del Código Penal español.

1365.  
3º Pro-  
puesta:  
participa-  
ción

Un tercer planteamiento afirma que el interesado defraudador debe ser un partícipe<sup>(837)</sup>. Superado los problemas de la incomunicabilidad de las calidades personales que fundamentan la responsabilidad, bajo la tesis de la unidad del título de imputación, es factible que los particulares interesados (*extraneus*) sean calificados como partícipes en los delitos especiales (artículo 25, Código Penal).

1366.  
Como  
cómplice  
primario

La posición mayoritaria considera que el interesado es un cómplice necesario<sup>(838)</sup> debido a que su aporte se hallaría por su intervención en la concertación que tiene con el funcionario defraudador. En tal sentido, sin dicha intervención no podría certarse el círculo concertador. Al respecto, FIDEL ROJAS VARGAS sostiene que «representa en la estructura y dinámica de esta figura penal el sujeto bisagra necesario para que el sujeto público ejecute o consuma el delito. Juega así el papel de un cómplice en el caso que dolosamente contribuya con aportes a la realización del ilícito penal»<sup>(839)</sup>.

**Jurisprudencias:** «El partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarcar al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 21). <https://bit.ly/3EF4u7I>.



<sup>(835)</sup> FAJARDO DÍAZ en Actualidad Penal n.º 34, 2017, p. 83.

<sup>(836)</sup> Cfr. FAJARDO DÍAZ en Actualidad Penal n.º 34, 2017, p. 92.

<sup>(837)</sup> Así tab.: ORTIZ BERENGUER en Vives Antón, 1999, p. 774; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1161; ALÓNSO PÉREZ, 2000, p. 260; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 122; BLANCO LOZANO II, 2005, p. 527; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 54; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 405; SALINAS SICCHA, 2016, p. 336.

<sup>(838)</sup> Así tab.: BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 157; QUERALT, 2008, p. 1119; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 734; PAZ RUBIO/COVIAN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; CASTILLO ALVA, 2017, p. 377; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 114; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 334; PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 125; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 122; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 148; ULLOA GAVILANO en Actualidad Penal n.º 11, 2015, p. 183; DÍAZ LAZO en Actualidad Penal n.º 7, 2015, p. 185; DÍAZ GUEVARA en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/colusion.htm>.

<sup>(839)</sup> ROJAS VARGAS, 2016, p. 204.

«Es inviable que en el delito el particular pueda ser considerado autor, pues este carece de la cualidad de funcionario público, por ende, El título de imputación que le corresponde es el de cómplice primario» (Ejecutoria suprema del 9 de diciembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 78-2013 La Libertad, considerando 4.5). <https://bit.ly/3u54JEe>.



«Los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado» (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1969-2012 La Libertad, considerando 5). <https://bit.ly/3i1qrV1>.



«Al encausado se le imputa el delito de colusión como cómplice primario, por tanto el cuestionamiento respecto a que no puede ser pasible de una sanción penal por no ser funcionario o servidor público lo cual es un requisito sine qua non, no tiene sustento legal; toda vez que, ese elemento típico del ilícito incoado solo se le exige al intraneus; imputando al referido encausado el hecho en su condición de extraneus» (Ejecutoria suprema del 25 de setiembre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1904-2012 Puno, considerando 5). <https://bit.ly/2XP8dPI>.



«El encausado —contratado para realizar obras— no tiene la cualidad de funcionario público que pueda hacerla pasible una condena como autor del delito de colusión, no obstante, el delito de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular, sin quien resulta inviable la configuración de dicho delito; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige concertación con el interesado, quien únicamente responderá a título de partícipe mas no de autor. Por ello, la resolución recurrida debe ser modificada en dicho extremo y variarse el título de imputación de autor a cómplice primario, pues la participación del citado encausado es relevante y necesaria para la configuración del tipo penal de colusión» (Ejecutoria suprema del 6 de noviembre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2714-2012 La Libertad, considerando 5). <https://bit.ly/3EXpcjw>.



«Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes no se subsume en la acción tipificada en el artículo 384 del Código Penal por la razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal, distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito» (Ejecutoria suprema del 21 de marzo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 978-2011 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3kBEcLz>.



«Se acreditó que el encausado se concertó previamente con los miembros de la Comisión para la Adquisición de seis microscopios para la Facultad de Medicina —intraneus— por intermedio de su hermano, por lo que participó en dicho concurso a sabiendas que iba a ganar la buena pro, a fin de defraudar al Estado; que, en consecuencia, se concluye que aquel es responsable a título de cómplice primario en el delito de colusión, ello en virtud al principio de unidad del título de imputación que considera que el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial propio» (Ejecutoria suprema del 8 de noviembre de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3189-2010 Junín, considerando 6). <https://bit.ly/2XLem57>.



1367.  
Como Instigador

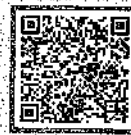
Otros consideran que se trata más bien de un **instigador**, debido a que no existe realmente un aporte material en la concertación, sino uno psicológico que tiende a formar o reforzar la determinación dolosa a la defraudación patrimonial o económica contra la administración. Sobre ello, MANUEL ABANTO VÁSQUEZ señala que para que los particulares sean partícipes «tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor, lo cual parece ser difícil de constatar a excepción de los actos de 'instigación' (si hicieran surgir la idea criminal en el funcionario) que puedan significar un 'aporte mínimo' en el hecho principal»<sup>(840)</sup>

1368.  
Toma de postura

Por nuestra parte, advertimos que el aporte relevante del interesado defraudador no es más que trasladar su prestación al funcionario defraudador (colusión activa común) o dar respuesta a la prestación del funcionario defraudador (colusión activa funcional). Cualquiera sea la situación hay una contribución relevante en la concertación, pues sin la intervención del *extraneus* no se consigue la conducta típica. Esa contribución relevante no es necesariamente uno material, pues basta con el ofrecimiento y la aceptación indebida para la defraudación administrativa para que se consiga la tipicidad objetiva. Entonces, se está ante un aporte inmaterial o psicológico que implica el asentimiento del interesado en el negocio defraudador contra la administración<sup>(841)</sup>.

Así, si se trata de una **colusión activa común**, se está ante un particular que da inicio a la concertación y determina en el funcionario la idea de la concertación; y si se está ante una **colusión activa funcional**, el funcionario espera la aceptación de su propuesta indebida para reafirmar su determinación concertadora. Entonces, en el primer caso es evidente que el particular interesado es un **instigador**; mientras que, en el segundo caso, el funcionario defraudador interviene con la determinación a la concertación, pero recibe el apoyo psicológico del particular con la aceptación de su propuesta indebida, lo cual califica una **complicidad necesaria**<sup>(842)</sup>.

**Jurisprudencias:** «La conducta de los particulares concertados (incluso la de funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo) será la de instigación o complicidad primaria —cooperación necesaria— en el mismo delito, manteniéndose el mismo título de imputación» (Ejecutoria suprema del 25 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2648-2016 Santa, fundamento 31). <https://bit.ly/3Ayfdyp>.



«Los extraneus pueden responder a título de cómplices —no hay problema en que los instigadores, sea cual fuere la opción doctrinaria, por la diferencia estructural de su intervención respecto del cómplice, siempre responden desde la perspectiva de tipo legal especial propio: unidad de título de imputación—»



<sup>(840)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 316-317.

<sup>(841)</sup> Para RAMIRO SALINAS SICCHA la aceptación de la propuesta del funcionario es algo más que una instigación (2016, p. 335).

<sup>(842)</sup> Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 279; ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Barañita, 1999, p. 211; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1622; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 44.

(Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 40). <https://bit.ly/3ClqjBu>.

«La participación de los extraneus en el delito de colusión fue en calidad de cómplices, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, cuyo sustento reposa en el principio de accesoriadad limitada de la participación, según el cual en los supuestos de participación de un extraneus en un delito especial, sea propio o impropio, el sujeto no cualificado (extraneus) deberá responder como partícipe (cómplice o instigador) en el delito especial» (Ejecutoria suprema del 5 de junio de 2008, R. N. n.º 18-2008 Huancavelica)<sup>(843)</sup>. <https://bit.ly/3CDE9VV>



En cualquiera de estas situaciones se establece que el interesado como partícipe de la colusión no tendrá el mismo equilibrio punitivo que el funcionario defraudador. Al *extraneus* no es factible reprocharle el mismo nivel de injusto o, mejor dicho, la infracción de los deberes funcionariales<sup>(844)</sup>; por ello, se evidencia una reducción o **disminución punitiva** a su favor en comparación al marco punitivo que tiene el *intranus*.

Sin embargo, siempre el particular interesado necesitará conseguir convencer o reafirmar en el funcionario defraudador la opción de la concertación, puesto que no es posible que un funcionario ofrezca la infracción de sus deberes funcionariales si es que no logra generar una ventaja indebida en su ámbito de incumbencia. Esto nos lleva al supuesto en que el particular interesado tendrá que incurrir necesariamente al soborno para conseguir la determinación del funcionario o reforzar su determinación; en otras palabras, el particular interesado tendrá que cometer un **cohecho genérico**. En resumen, la imputación típica del particular interesado será la de un **concurso real** entre la participación (instigación o complicidad) en la colusión desleal y la autoría en el cohecho genérico<sup>(845)</sup>.

Por otro lado, podemos encontrar una clasificación de interesados defraudadores conforme a cada etapa del proceso de contratación pública<sup>(846)</sup>. Así tenemos al **postulante defraudador** que interviene durante el concurso o la licitación pública o al **contratista defraudador** que es el que tiene la responsabilidad del cumplimiento del contrato público. Es también probable hallar a interesados defraudadores en etapas preparatorias al proceso de contratación.

Aun cuando el particular interesado encajaría en el concepto de postulante o contratista, no es absoluto, ya que puede haber concertaciones de terceros que no tienen interés inmediato en la obtención de ventajas indebidas del patrimonio públi-

**1369.**  
Tipo de particu-  
res intere-  
sados

**1370.**  
Particular  
no pos-  
tulante o  
contratista

(843) Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 10, 2010, p. 103.

(844) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1790; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyña Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 314; SALINAS SICCHA, 2016, p. 336.

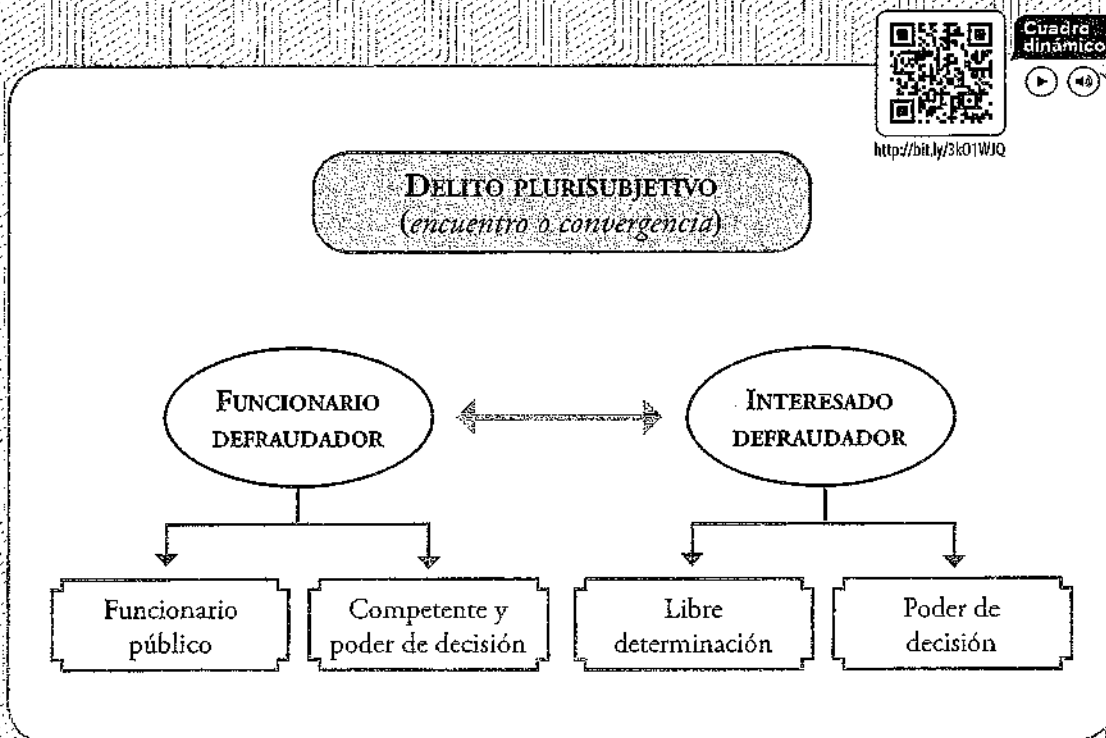
(845) *Cf.* CARDONA TORRES, 2010, p. 521.

(846) *Vid.* PARIONA ARANA, 2017, p. 44.

co. En otras palabras, el particular interesado puede no concurrir en el proceso de contratación y su objetivo es, más bien, afectar la participación de uno o varios de los postulantes del concurso público. Así, el interesado se concerta con el funcionario defraudador para boicotear la intervención del postulante o contratista, pero a su vez esto derivará también en la afectación del patrimonio público, aunque no sea el fin que pretende conseguir. Se presenta así una forma de concertación para defraudar al postulante o al contratante antes que a la administración. Entonces, para que esta concertación califique una colusión defraudatoria el tercero, debe tener un conocimiento generalizado de las consecuencias que pueda conllevar su proceder contra los intereses patrimoniales de la administración: por lo pronto, un dolo de consecuencia.

1371.  
Particular  
interesado  
con libre  
determi-  
nación.

En todo interesado defraudador debemos, por lo menos, encontrar dos características: libertad de determinación y poder de decisión. Sobre la primera entiéndase que el interesado defraudador debe intervenir en la relación con el funcionario defraudador en forma espontánea, sea que la iniciativa de la concertación provenga o no de él. Se resalta el interés del particular en la negociación clandestina y toma su propia determinación o decisión sin que el funcionario puede influir en ella. Entonces, una característica esencial en el particular interesado es que tenga la **libre determinación** para formular su propia pretensión. Esto implica que no tiene que estar sometido a una situación de amenaza (exigencia) o fraude (inducción), ya que, de ser así, estaríamos ante un delito de concusión.





La otra característica resaltante del particular interesado es su **poder decisión** sobre sus intereses en el proceso de contratación (real interesado). Esta característica, que es notoria en el propio postulante, tiene mayor importancia en terceros que representan al particular postulante o contratista (colusión indirecta), sea una persona natural o una persona jurídica. En tal sentido, cualquier tercero que intervenga a nombre del postulante o contratista que no tenga las facultades de representación legal o fáctica, no podrá lograr la concertación fraudulenta. Los voceros o intermediarios ajenos al interesado quedan descalificados en la imputación jurídica y la concertación se entendería como inidónea o nimia.

Lo mismo se podría decir de cualquier tercero que aparenta ser un particular interesado. Esto tendría interés típico en las etapas preparatorias de un proceso de contratación en la cual no existen todavía postulantes, lo que deriva dar atención a la relevancia del particular en la concertación, siempre que ratifique su interés como postulante en la licitación.

La ausente delimitación normativa de las características del interesado defraudador nos permite sostener que dicha condición no solo puede hallarse en cualquier particular, sino también en otros **empleados públicos** (funcionarios o servidores). Salvo excepciones normativas, el empleado público puede intervenir, ya sea directa o indirectamente (*v. gr.*, tercero intermediario o a través de su empresa), en los procesos de contratación como postor interesado. La regla estriba en que este empleado no tiene intervención alguna en el proceso de contratación<sup>(847)</sup>, mejor dicho, no está sujeto al cumplimiento de un deber funcional especial, ya que ello configurara un delito de negociación incompatible (artículo 399, Código Penal). El funcionario interesado de su propio proceso de contratación no es un funcionario defraudador.

Asimismo, tampoco debe ser un tercero vinculado al empleado público que tiene intervención funcional en el proceso de contratación o en la operación pública (*v. gr.*, familiar, pareja sentimental), ya que también se estaría ante el delito de negociación incompatible. En otras palabras, el particular interesado es un tercero desvinculado o ajeno al empleado público que tiene competencia en algún acto de función de la contratación o la operación pública.

El interesado puede ser una **persona jurídica** u otra entidad, sea nacional o extranjera. La representación de la persona jurídica en la concertación no exige una formalidad<sup>(848)</sup>, sino basta con su reconocimiento en la actuación de su representante (legal o, de hecho). Asimismo, la variada forma como la norma administrativa permita la intervención de los postulantes no impide su imputación penal como

**1372.**  
Particular interesado con poder de decisión

**1373.**  
Empleado público como el particular interesado

**1374.**  
Persona jurídica

(847) *Cfr.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Barañeta, 1999, p. 211. Para RAÚL PARIJONA ARANA el empleado público que interviene como particular interesado no debe ostentar el deber funcional de decisión en el proceso de contratación (2017, p. 45).

(848) *Cfr.* GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 54; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 115; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chortres/Calderón Valverde, 2012, p. 151.

interesado defraudador. Esto sucede, por ejemplo, con los consorcios o las asociaciones que son conjunciones de personas jurídicas que mantiene sus respectivas responsabilidades solidarias en la toma de decisión en los procesos de contratación (artículo 13, Ley n.º 30225).

**Jurisprudencia:** «Los interesados son personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras que contratan con el Estado. En ese sentido, los particulares intervinientes son partícipes necesarios» (Ejecutoria suprema del 24 de octubre de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 59-2018 Lima Norte, considerando 5.2). <https://bit.ly/3i1GIPg>.



En las personas jurídicas o en los consorcios hay un conglomerado de personas que cumplen diferentes roles y no se les puede atribuir a todos las mismas responsabilidades por las actuaciones específicas de otros en el ámbito del proceso de contratación pública en la que interviene. Por lo pronto, a los otros socios del consorcio, a los directores o a los accionistas de la persona jurídica se les autoriza confiar en la actuación regular de los responsables en el proceso de contratación. Decae el **principio de confianza** si es que en estos hay un deber societario de vigilancia o de control o ha existido una comunicación seria y previa sobre la actuación concertadora con el funcionario defraudador. En tal sentido, la desorganización de sus actuaciones por autorización expresa o tácita (no impedir) al representante del particular interesado podría ser considerado como una colusión indirecta; y, en el supuesto del conocimiento posterior a la concertación, se entendería solo imputable en el ámbito de una colusión por resultado al permitir con su omisión la no evitación del resultado perjudicial.

En aquellas personas jurídicas o entidades conformadas exclusivamente para la intervención en los procesos de contratación pública, la determinación empresarial para la obtención definitiva del contrato recurriendo a los medios corruptos sustenta su organización defectuosa y, por ende, su peligrosidad objetiva<sup>(849)</sup>. No se trata de una conducta unilateral del gerente, del representante o del administrador; sino que la entidad en sí se constituyó con el objetivo de la obtención fraudulenta del contrato público, lo que implica afirmar la **imputación penal de la persona jurídica**.

1375.  
Como organización  
criminal

En algunos estratos de la administración suele suceder que los funcionarios ingresan a cargos de gestión de recursos para hacer negocios provechosos con la venta de contratos públicos, y recurrir a terceros vinculados para tener un control más estructurado de los procesos de contratación y adquisición públicos. Se presenta así una **organización criminal** de dos vertientes: por un lado, los dirigentes y ejecutores funcionariales bajo una división de roles establecidos entre los funcionarios organizadores, funcionarios seleccionadores y funcionarios de asistencia, a lo cual

<sup>(849)</sup> Vid. VILCHEZ CHINCHAYÁN en Actualidad Penal n.º 46, 2018, pp. 97-98.

debemos agregar a los intermediarios o traficantes de influencias reales; y, por otro lado, los particulares interesados que puedan haber conivido con los dirigentes o intermediarios para la entrega indebida de los contratos. La pertenencia de la misma tendrá que sujetarse a las reglas de la tipicidad objetiva de cualquier interventor; puesto que el aporte que puedan brindar a la organización deberá corresponder con alguno de los elementos típicos de la colusión defraudatoria. La carencia del aporte o el desconocimiento de éste evitarán la inclusión a la organización criminal.

Esta organización criminal durará mientras se mantengan en el cargo los dirigentes funcionariales o podrá ser renovada con nuevos dirigentes que mantienen en vigencia en negocio paralelo de sus antecesores.

El **sujeto pasivo del delito** es el Estado por ser el titular del bien jurídico institucional (principios administrativos y patrimonio público), lo cual desecha toda afirmación que pretenda atribuirle dicha condición a los particulares. Pero, al mencionar al Estado, no debemos confundirlo con el Gobierno central y asumir una interpretación restrictiva del sujeto pasivo<sup>(850)</sup>, sino que debe explicarse como la Administración Pública.

Pero, en forma **específica**, reside la condición de sujeto pasivo del delito en cualquier entidad de la Administración Pública<sup>(851)</sup> (entidad pública). Entonces, de conformidad con una interpretación extensiva o amplia<sup>(852)</sup>, cuando el artículo 384 emplea la expresión «al Estado o entidad u organismo del Estado»<sup>(853)</sup>, se está refiriendo no solo a las entidades públicas de los Poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial).

1376.

Sujeto pasivo

1377.

Entidades públicas

<sup>(850)</sup> La descripción tradicional del Estado como sujeto pasivo en la fórmula española ha generado una doble modificación (a la expresión «Estado» se modificó por «Estado, Provincia o Municipio» y luego por «cualquier ente público»). Vid. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 168; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1196.

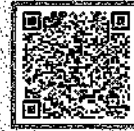
<sup>(851)</sup> Cf. MIR PUIG, 2000, p. 337; Ídem, 2016, p. 171; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553; CATALÁN SENDER, 1999, p. 309; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; POLITOFF/MATÚS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; MATÚS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448; PARDO PARDO en Revista de Derecho Penal y Criminología n.º 106, 2018, p. 120; CASTILLO ALVA, 2017, p. 226; ROJAS VARGAS, 2007, p. 409; PARIANA ARANA, 2017, p. 37; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 118; VILLEGAS PAIVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 43. Para RAMIRO SALINAS SICCHA no es el Estado el sujeto pasivo del delito sino la entidad pública concreta directamente afectada (2016, p. 337).

<sup>(852)</sup> Cf. SALINAS SICCHA, 2016, p. 336; CASTILLO ALVA, 2017, p. 227; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 157; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chofres/Calderón Valverde, 2012, p. 151; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 247; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 28; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 128.

<sup>(853)</sup> En otras legislaciones también se describen a las entidades agraviadas: artículo 436 del Código Penal español («cualquier ente público»), artículo 239 del Código Penal chileno («al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia»), artículo 454 del Código Penal nicaraguense («a la administración pública, órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del municipio y de las Regiones Autónomas») y artículo 328 del Código Penal salvadoreño («Hacienda Pública»).

siño también a los Gobiernos regionales y locales y los organismos autónomos de reconocimiento constitucional<sup>(854)</sup>. Esto permite también comprender a las empresas mixtas o dependientes del Estado como sujeto pasivo del delito<sup>(855)</sup>.

**Jurisprudencias:** «El sujeto pasivo es el Estado o, específicamente, la entidad u organismo del Estado cuyo patrimonio se ve afectado producto de la concertación ilegal, al ser titular del bien jurídico protegido» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.5). <https://bit.ly/39wJcuH>.  
«El sujeto pasivo es el Estado o específicamente alguna de sus entidades contratantes, incluidos los entes paraestatales» (Sentencia del 14 de junio de 2012 de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2006, considerando 3.3).



1378.  
Autonomía  
jurídica

No obstante, consideramos menester rescatar dos características en las entidades públicas que las califican como sujeto pasivo de la colusión: la autonomía jurídica y el reconocimiento normativo de su capacidad para contratar. Cuando se hace referencia a la **autonomía jurídica**<sup>(856)</sup> debe entenderse a la capacidad de la entidad pública de contar con su propio presupuesto, recursos o activos y poder disponer de ellos para la obtención de bienes, servicios ganancias u obras (artículo 3, Ley n.º 30225). Por ello, se acostumbra describir al sujeto pasivo del delito como la entidad pública titular del patrimonio del cual cometerán defraudación en la colusión<sup>(857)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La actual regulación del delito de colusión desleal deja de lado un elemento esencial establecido por la redacción de la fórmula legal original, es decir, que sea un organismo sostenido por el Estado, bastando a partir de la Ley 27713 (del 27 de diciembre de 1996) que sea un organismo estatal. Al respecto la jurisprudencia peruana suprema entiende que el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica» (Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3041-2007 Lima, considerando 4)<sup>(858)</sup>. <https://bit.ly/3kD0kFs>.



(854) *Vid.* MIR PUIG, 2000, p. 337; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 806; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1196; ARANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; CASTILLO ALVA, 2017, pp. 226-227; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 119; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 187; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 28; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 128; ESPINOZA MONTES en *Actualidad Penal* n.º 39, 2017, p. 349; VILLEGAS PATVA en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 114, 2018, p. 43.

(855) Así también: BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 169; CATALÁN SENDER, 1999, p. 310; CASTILLO ALVA, 2017, p. 228; PARTONA ARANA, 2017, p. 37; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 119; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 778. *Vid.* un estudio sobre la Caja de Pensiones Militar-Policial como agraviado: CHÁVEZ GIL en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 3, 2009, pp. 170 y ss.

(856) Así también: MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 28.

(857) *Cf.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en *Asua Batahitia*, 1999, p. 211; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 168; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1196; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 335.

(858) *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 13, 2010, p. 215.

Otra característica importante en la entidad pública es que tenga el **reconocimiento de la norma administrativa** para poder desarrollar un proceso de contratación o adquisición pública<sup>(859)</sup>. Aquí de nuevo tenemos que recurrir a la norma extrapenal especializada para saber si la entidad pública tiene o no capacidad de contratación y, con ello, definir su condición de afectada patrimonial en la colusión. Por lo pronto, el artículo 4 de la Ley n.º 30225 exceptúa las entidades públicas que no pueden recurrir a las contrataciones públicas o que se le excluye dicha capacidad por situaciones especiales.

**1379.**  
Capacidad  
normati-  
va para  
contratar

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que en todo proceso de licitación o concurso público el quebrantamiento del principio administrativo de la libre competencia puede derivar en otros perjuicios distintos al bien jurídico institucional. En ese sentido, los otros postulantes o postores se ven afectados por la concertación de uno de ellos con los funcionarios responsables del proceso de contratación pública. Al verse restringidos delictivamente, no obstante, la inversión y los costos asumidos para la presentación de sus mejores propuestas, no cabe duda de su condición de **agraviados** en la colusión defraudatoria<sup>(860)</sup>, sin que ello implique reconocerlos como sujetos pasivos.

**1380.**  
Agravia-  
dos

Por ello, no estimamos que exista la posibilidad de consentir o asentir la disposición del bien jurídico institucional y sostener la atipicidad de la colusión por consentimiento por disposición de la entidad agraviada. Esta no puede relativizar u obviar la aplicación de los principios administrativos, aun cuando dispone de su presupuesto patrimonial y reafirma la validez del contrato público. Salvo que exista la ratificación del no quebrantamiento de los principios administrativos del proceso de contratación, no debe sostenerse que la reafirmación de la validez de un contrato público por la entidad agraviada implique un **consentimiento** como causal de atipicidad objetiva, puesto que ella no tiene autorización para disponer del bien jurídico institucional.

**1381.**  
Imposibi-  
lidad del  
consenti-  
miento

En relación con las **modalidades de la colusión defraudatoria**, el primer párrafo del artículo 384 contiene el producto de las deliberaciones dogmáticas y legislativas sobre la definición de la fórmula a la cual recaerá la carga casuística de la figura. Al final se optó por criminalizar dos conductas típicas independientes y diferenciadas por los alcances de su ejecución y el grado de sus penas. Nos encontramos ante dos delitos conectados entre sí: la colusión por conducta o por concertación y la colusión por resultado o por defraudación.

**1382.**  
Modalida-  
des de la  
colusión

(859) Así tab. ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 349.

(860) Cf. PARIONA ARANA, 2017, p. 37; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 120; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 335. Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 553; BETETA AMANCIO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 100, 2017, p. 148.

**Jurisprudencias:** «Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: 'si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada'. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 15, doctrina jurisprudencial vinculante). <https://bit.ly/3EF4u7I>.



«El tipo penal desarrollado reúne dos supuestos típicos determinados: en su modalidad básica —colusión de peligro— solo se presenta la concertación, mientras que en su modalidad agravada —colusión de resultado— se debe configurar el perjuicio patrimonial al Estado como consecuencia de dicha concertación ilegal» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.1). <https://bit.ly/39wJcuH>.



1383.  
Vinculación  
dogmática  
entre modalidades

No podemos sostener la autonomía absoluta de ambas modalidades, puesto que hay una **vinculación dogmática entre sí**. Por un lado, la colusión por concertación no conseguirá su idoneidad típica si no tiene en cuenta los alcances defraudatorios que se exigen para una colusión por resultado y esta no será típica sino resulta previamente de una concertación. Por ende, el intérprete deberá tener en cuenta la otra modalidad al momento de determinar la eficacia típica de una colusión defraudatoria.

1384.  
Fórmula  
criminalizadora  
del proceso de  
una colusión

Ahora bien, el legislador penal nos presenta una colusión por concertación que se corresponde a un tipo básico y una colusión por defraudación, a un tipo agravado. Esto se desprende principalmente por el grado de afectación de los intereses jurídicos específicos de protección. El artículo 384 contiene una **fórmula compleja dual de imputación jurídica** del esquema o el proceso de formación o realización de una colusión defraudatoria integral, esto es, desde su formación (acuerdo), ejecución (realización de los roles acordados), hasta la generación de sus resultados (perjuicio patrimonial). La primera etapa se tipifica en la colusión por concertación (colusión básica) y las otras dos etapas, en la colusión por defraudación (colusión agravada). El sentido político-criminal de la fórmula legal es no dejar espacios en dicho proceso delictivo que ameriten su criminalización, con lo cual rebasa el debate sobre la interpretación de los alcances dogmáticos de la defraudación. La consecuencia mayor para con el bien jurídico institucional sería el motivo de las etiquetas denominadoras de ambas modalidades, aunque es criticable en la jurisprudencia dichos nombres.

**Jurisprudencia:** «Se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo de dicha disposición legal como una 'colusión simple' y al tipificado en el párrafo segundo como una 'colusión agravada'. Clasificación que, por lo demás, pese a ser técnicamente incorrecta, suele ser aceptada sin reparos o confusamente por la generalidad de la doctrina nacional que ha analizado el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal. Al respecto, es pertinente tener en cuenta, desde un inicio, que la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, en julio de dos mil once, y que se mantiene vigente en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro, configuró dos modalidades diferentes de colusión. Esto es, se regularon en dicho artículo dos tipos penales con características normativas y dogmáticas notoriamente distintas. Efectivamente, en el primer párrafo, el legislador alude a una concertación 'para defraudar al Estado'. Es decir, se alude a una finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente que orienta al futuro mediato o inmediato la conducta defraudatoria del funcionario público. De allí, pues, que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades que puede tener lugar desde las etapas iniciales de los procesos de negociación (convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc.). Esto es, el funcionario y la parte se comprometen a una acción negociadora desleal, que se materializará con posterioridad a esa concertación primaria o acuerdo previo. (...) Por su parte, en el párrafo segundo del artículo trescientos ochenta y cuatro, el legislador nacional, a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó inicialmente mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de mil novecientos noventa y uno, así como en su antecedente histórico del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos veinticuatro derogado, pero modificando ligeramente su texto con la inclusión del término 'defraudare patrimonialmente al Estado'. En consecuencia, en esta modalidad de colusión se sancionaba, como ya había ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales antes citados, la intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación en proceso o ejecución. De manera antitécnica se sumillaron los dos supuestos delictivos del reformado artículo trescientos ochenta y cuatro, como 'colusión simple' y 'colusión agravada', respectivamente. Lo cual resultó ser totalmente inadecuado, ya que como se advierte en la propia redacción y descripción típica de los dos delitos tipificados en dicho dispositivo legal, no hay entre estas conductas criminalizadas una relación de tipo simple o básico con tipo derivado calificado, tal como por consenso se entiende desde la dogmática penal. Sobre todo, porque la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente ('concierta con los interesados para defraudar al Estado'). En cambio, en la segunda parte del referido artículo se regula también con precisión un delito de estructura comisiva ('mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado'). (...) Técnicamente, entonces, no existe ni una 'colusión simple' ni una 'colusión agravada' en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente, sino dos delitos afines, pero notoriamente distintos e independientes entre sí. En todo caso, la nomenclatura apropiada que debe usarse para designar a ambos hechos punibles sería para el primer párrafo de dicha norma la de conspiración colusoria y para el segundo párrafo la de colusión desleal» (Sentencia del 3 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 542-2017 Lambayeque, fundamentos 10-11). <https://bit.ly/3uaKNjw>.



**1385.**  
Colusión  
por concertación

La modalidad de la **colusión por concertación** atiende la etapa previa, preparatoria o formativa de la colusión defraudatoria<sup>(861)</sup>. Se circunscribe en el instante en que los involucrados definen el plan criminal de la defraudación patrimonial contra la Administración Pública. Entonces, la criminalización de la colusión por concertación responde al adelantamiento de las barreras de punición, a estadios de definición de estrategias delictivas de los actos ejecutivos del funcionario defraudador y del particular interesado para conseguir beneficiarse a expensas del patrimonio público. Podríamos etiquetar esta modalidad como la tipificación de los **actos preparatorios de la colusión defraudatoria** o una especie de **conspiración a la colusión agravada**<sup>(862)</sup>. A decir de MIGUEL POLAINO NAVARRETE «es un mero acto preparatorio de acción defraudatoria, anticipadamente incriminado por su singular desvalor social y jurídico»<sup>(863)</sup>.

**1386.**  
Concertar

Para describir la conducta típica de esta modalidad es de anotar que el artículo 384 emplea el verbo **rector «concierta»** para defraudar, esto es, la confluencia del funcionario defraudador y el particular interesado para la formación del plan criminal o el objetivo delictivo consistente en la defraudación al Estado. Adviertase la forma singular en la que se organizan los infractores para cometer fraude a la administración: la concertación<sup>(864)</sup>. Así, el acto de concertar es el elemento neurálgico o **central** en la estructura típica de la colusión defraudatoria, puesto que de ella se definirán o se determinarán la eficacia o la idoneidad de los demás elementos del tipo penal frente al bien jurídico institucional<sup>(865)</sup>. No podemos negar la necesidad de un estudio pormenorizado de este componente clave del delito para definir la casuística de la colusión defraudatoria:

**Jurisprudencias:** «Se exige que el funcionario defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales. La concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada» (Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 224-2018 Pasco, considerando 4). <https://bit.ly/3EQoAfa>.



<sup>(861)</sup> También se emplea el verbo rector «concertar» para la colusión por concertación en otras legislaciones: artículo 436 del Código Penal español; artículo 410-A del Código Penal colombiano y artículo 450 del Código Penal guatemalteco. También se opta por otras formas similares: artículo 376 del Código Penal hondureño («*use ponga de acuerdo*»).

<sup>(862)</sup> Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 559; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 187; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 529; PINOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 283.

<sup>(863)</sup> POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351.

<sup>(864)</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837.

<sup>(865)</sup> Vid. MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; PARIÓN ARANA, 2017, p. 42; CASTILLO ALVA, 2017, p. 230; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 31; MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 53; JIMÉNEZ NUÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 11; ULLOA GAVILANO en Actualidad Penal n.º 11, 2015, p. 185.



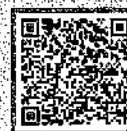
«No se explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos colusorios que estos realizaron con el extraneus para acreditar su responsabilidad en el delito imputado (...). Es decir, requiere que el funcionario concierte con los particulares; en el caso de autos con el encausado extraneus para defraudar al Estado» (Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2673-2014 Lima, considerando 8). <https://bit.ly/3o2DBVn>.



«En este diseño típico la concertación —también llamado acuerdo colusorio— constituye su elemento central, el mismo que debe ser: i) con objeto lesivo a los intereses económico del Estado, ii) celebrada entre el funcionario público —con capacidad para decidir sobre la operación comercial— y el particular interesado» (Ejecutoria suprema del 5 de mayo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3741-2008 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3i2a62k>.



«El tipo legal de colusión es el aplicable al sub-lite, en tanto en cuanto se dio inicio a un proceso de contratación pública, se hizo intervenir a una empresa de seguros —esta presentó la cotización respectiva—, y se coludieron un funcionario público que tenía el control del proceso en cuestión y un particular que se prestó y participó activamente en la afectación al patrimonio municipal» (Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2009 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4944-2008 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3kBwbWW>.



«La concertación dolosa con funcionarios o servidores públicos en el marco de un contrato o adquisición del Estado es el paso decisivo para que se dé la defraudación patrimonial de los intereses del Estado» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 54.1). <https://bit.ly/39wJcuH>.



Sobre ello, se han establecido diferentes alcances conceptuales como, por ejemplo, el acuerdo de voluntades o el ponerse de acuerdo<sup>(866)</sup>, la conjunción de voluntades<sup>(867)</sup>, el pacto ilícito u oculto<sup>(868)</sup>, los arreglos o las componendas, la connivencia o el

1387.  
Concep-  
ciones  
variadas

(866) Cfr. MIR PUIG, 2000, p. 337; CATALÁN SENDER, 1999, p. 310; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1790; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1622; CALDERÓN CERÉZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 528; CARDONA TORRES, 2010, p. 521; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1161; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; ROJAS VARGAS, 2016, p. 197; PARIONA ARANA, 2017, p. 42; HURTADO POZO, 2011, p. 13; SALINAS SICCHA, 2016, p. 319; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 400; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 29; JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 13; MÁRQUEZ ALVIS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 91, 2017, p. 158.

(867) Cfr. EYXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 212; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 559; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1161; MIR PUIG, 2000, p. 337; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; CATALÁN SENDER, 1999, p. 310; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 527; TREJO LUÑO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 249.

(868) Cfr. CALDERÓN CERÉZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 528; CARDONA TORRES, 2010, p. 521; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998,

convenio<sup>(869)</sup>, entre otros. También se entendería como la «concordancia de pareceres que preconiza convergencia de actuaciones entre las partes de una negociación»<sup>(870)</sup>. Todas estas definiciones nos llevan finalmente a un solo sentido interpretativo: el sujeto pasivo funcional y el tercero interesado consiguen confluir en un solo objetivo o concordancia que es la defraudación contra la administración. Pero aun cuando todas estas definiciones coinciden en el referido acuerdo, apelamos a una definición típica de concertación que nos brinde mayores márgenes interpretativos acorde con la estructura típica.

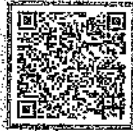
**Jurisprudencias:** *«El delito de colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia, el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado»* (Ejecutoria suprema del 5 de setiembre de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1126-2017 Ancash, considerando 3.3). <https://bit.ly/2XLxZUA>.



*«De autos fluye que los funcionarios públicos acusados intervinieron en condición y razón de su cargo y, según los casos —ya descriptos— en las etapas de definición del proyecto, formulación de las bases, concurso público y ejecución de los servicios y supervisión encargados. Ellos, en el caso concreto, defraudaron patrimonialmente al Estado, para lo cual se concertaron —ponerse de acuerdo, conjunción de dos o más voluntades— con los ‘interesados’, esto es, con los extraneus en un proceso de contratación pública»* (Ejecutoria suprema del 25 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2648-2016 Santa, fundamento 31). <https://bit.ly/3zx8J1z>.



*«Como elemento y núcleo del tipo penal se tiene la concertación, que implica que el funcionario público y el eventual particular, extraneus, se pongan de acuerdo, dentro del contexto de un concurso público, contrato u otro, para defraudar al Estado»* (Ejecutoria suprema del 8 de setiembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1571-2014 Lima, considerando 14). <https://bit.ly/2ZtmqSL>.



**1388.**  
Concertación como proceso comunicativo al acuerdo

Por nuestra parte, definimos la conducta típica **concertar** como un proceso comunicativo de asertividad o afirmación de las peticiones o las pretensiones del funcionario defraudador y del particular interesado<sup>(871)</sup>. La concertación significa previamente todo un conglomerado de actos comunicativos de ambos interventores

p. 121; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; ROJAS VARGAS, 2007, p. 414; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 406; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 30; PORTOCAERERO HIDALGO, 1997, p. 158.

<sup>(869)</sup> *Cf.* PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544.

<sup>(870)</sup> POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, pp. 350-351. *Vid.* BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 134.

<sup>(871)</sup> También desarrollan la concertación como un proceso comunicativo: ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 410; JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 17.

y, a continuación, se logra la aceptación de sus respectivas pretensiones que será el objeto de referencia que les da un significado objetivo. El momento culminante que determina la concertación sucede cuando el proceso comunicativo logra su objetivo definitivo que es el acuerdo, el pacto o la anuencia de intereses particulares de los intervinientes en perjuicio del interés público (**proceso comunicativo de asertividad**). El punto esencial estaría en la intercomunicación o la circulación del mensaje del consenso a todos los concertadores<sup>(872)</sup>.

Este proceso comunicativo asertivo de pretensiones se asienta en **dos características básicas empíricas**, sin las cuales no podría entenderse una concertación. Nos referimos a la **bilateralidad** y la **conformidad**. La carencia de estas características desnaturaliza lo que implica una concertación como acto, por lo que nos encontramos ante **rasgos objetivos innatos** en toda concertación que permite analizarlo como un elemento objetivo descriptivo (conducta naturalística). Por ahora, solo nos estamos refiriendo a las bases esenciales de toda concertación que no supone que ya se la entienda como delictiva.

Una concertación siempre se sostiene en una base de **bilateralidad**<sup>(873)</sup>, esto es, la necesaria participación de dos personas, aunque nada niega la intervención de más individuos. Pero se discierne mejor con la existencia de **dos posiciones** o posturas encontradas o formalmente contrapuestas, que al final la colusión defraudatoria los conducirá a una misma postura bajo un mismo interés u objetivo. Por un lado, la postura de la defensa de los intereses patrimoniales o económicos de la Administración Pública (funcionario público); por otro lado, la postura de la defensa de los intereses patrimoniales o económicos del particular (interesado).

**Jurisprudencia:** «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» (Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora del 7 de noviembre de 2011, Expediente n.º 30-2010) <https://bit.ly/3CKaPgf>.



1389.  
Características  
objetivas

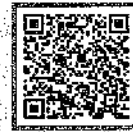
1390.  
Bilateralidad

(872) Cfr. JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 17.

(873) Cfr. CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1622; MONTROYA VIVANCO, 2015, p. 139; PARIONA ARANA, 2017, p. 43; CASTILLO ALVA, 2017, p. 240; HURTADO POZO, 2011, p. 13; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 407; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 32; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 174; CARRIÓN DÍAZ en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 143, 2010, p. 245; GUIMARAY MORI/RODRÍGUEZ VÁSQUEZ en Ius Et Veritas n.º 51, 2015, p. 288; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 351; QUISPE MEZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 119, 2019, p. 128; BETETA AMANCIO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 100, 2017, p. 150; BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 136.

Se genera así una relación entre un público y un privado que, más adelante, se convertirá en una relación entre privados. Después, el interventor público se sumará a la postura del interventor privado a costa de obtener un beneficio a su favor, que lo transformará en un defensor de sus propios intereses antes de su representada. Como refiere MANUEL ABANTO VÁSQUEZ, «debe constituir una privatización de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los intereses privados y a sí mismo»<sup>(874)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues en la privatización de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares»*



(Ejecutoria suprema del 19 de noviembre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1565-2012 Ica, considerando 5.3). <https://bit.ly/3zDmcEM>.

**1391.**  
Exclusión  
de los  
actos uni-  
laterales

La regla básica es que la **intervención unilateral** descalifica una concertación<sup>(875)</sup>. La sola participación del funcionario defraudador o del particular interesado hace inviable la tipicidad de la colusión, ya que una persona no puede coludirse consigo mismo. La auto contratación fraudulenta es una situación delictiva ajena a la concertación<sup>(876)</sup>. Si se evidencia una mala negociación por parte del funcionario seleccionador; si el informe técnico del funcionario de asesoría es errado o deficiente; si es prevaricador la resolución de revisión del funcionario supervisor o si es desproporcional los suministros percibidos por el funcionario ejecutor, no sería suficiente para sostener una colusión si es que estos actos no parten de una concertación en la que también intervino el particular interesado. En principio, todas estas actuaciones irregulares serán catalogadas como infracciones administrativas<sup>(877)</sup>, salvo que pueda habilitar la imputación de una negociación incompatible (artículo 399, Código Penal) o un abuso de funciones (artículo 376, Código Penal).

**Jurisprudencias:** *«Demostrar la falta de celo en el desempeño funcional de los procesados es una omisión per se que no permite colegir que haya existido un acuerdo colusorio para defraudar al Estado»* (Ejecutoria suprema del



<sup>(874)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 311.

<sup>(875)</sup> Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 343; CASTILLO AIVA, 2017, p. 248; MANDUJANO RUBÍN, 2018, p. 185; TREJO LUÑO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 250; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 128.

<sup>(876)</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2095; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 559.

<sup>(877)</sup> Cfr. CASERO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1622; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 343; CARRIÓN DÍAZ en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 143, 2010, p. 245; MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 55; BETETA AMANCIO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 100, 2017, p. 150; BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 136.

24 de enero de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2421-2011 Cajamarca, considerando 6.2.3). <https://bit.ly/2WdA8lg>.

«Las posibles irregularidades administrativas por la adquisición del terreno para la ejecución de la obra —en el informe pericial se indicó que se regularizó la propiedad del terreno a favor de la empresa que obtuvo la línea de crédito y se permitió que se culmine la obra— podrán ser sancionadas con las respectivas medidas disciplinarias previstas por la Ley, quedando fuera del ámbito penal porque carecen de entidad por sí sola, para demostrar la presencia del ilícito penal, porque no se causó perjuicio patrimonial alguno» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3923-2010 Lima, considerando 15). <https://bit.ly/3ky5e6G>.



«Si bien existieron irregularidades en el proceso de selección, al realizar las invitaciones y al aceptar enmendaduras en los cuadros comparativos, aquellas solo importan faltas de carácter administrativo, las cuales no pueden hacerse extensivas al ámbito penal, por ser este el último de los controles sociales a utilizarse —principio de ultima ratio—, además la falta incurrida encuentra clara tutela en el proceso administrativo sancionador» (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1477-2010 Santa, considerando 5). <https://bit.ly/2ZrwqLO>.



«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» (Ejecutoria Suprema del 11 de abril de 2008, R. N. n.º 508-2007)<sup>(878)</sup>.

Esta bilateralidad de posiciones excluye la imputación típica de la colusión en situaciones en que existe una pluralidad de individuos, pero todos sumados a una sola postura<sup>(879)</sup>. Así, es imposible una colusión defraudatoria entre funcionarios que ostentan el mismo deber funcional para con el proceso de contratación, sin que no exista siquiera un particular interesado entre ellos. Asimismo, tampoco podría hablarse de una colusión entre particulares interesado en un proceso de contratación sin que exista un funcionario vinculado. Aquí hay una especie de cartel o asociación ilícita privada para el reparto de posiciones y ganancias en los procesos de contratación que podría perjudicar al patrimonio público, pero que no califican como colusión defraudatoria por la evidente carencia de infracciones de deberes funcionariales.

**1392.**  
Varios individuos en una sola postura

Asimismo, una concertación implicará siempre un proceso comunicativo de tipo concordante cuyo objetivo indiscutible es la anuencia de las peticiones de las dos posturas interventoras. Esto nos lleva a la característica de la **conformidad** que define al acuerdo o el pacto en el que llegaran el funcionario y el interesado. Se parte de un esquema previo de dos posiciones que no tienen coincidencias o asimilaciones, puesto que la concertación es un trabajo de acercamiento o asertividad de las partes sobre lo que buscan o pretenden conseguir del proceso de contratación o adquisición

**1393.**  
Conformidad

(878) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ *et al.*, 2014, p. 73.

(879) Así tab.: PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 174.

pública. La iniciativa para la conformidad puede provenir de cualquiera de las dos posiciones o de ambas a la vez; este factor no tiene importancia al momento de definir la concertación<sup>(880)</sup>.

Lo que sí es menester saber es que no cabe concertación en aquellas relaciones bilaterales que ya han resuelto sus pretensiones; por lo que, la intervención de nuevos intermediarios o representantes que buscan la conformidad de lo mismo, no tendría sentido penal, debido a que no se puede concertar sobre lo ya concertado. Salvo que se busque renovar el acuerdo o resolver puntos no deliberados.

1394.  
Delito  
plurisub-  
sistente

En esta labor de búsqueda del acuerdo, se hace de la colusión un **delito pluri-subsistente** o de **pluriactividad**<sup>(881)</sup>, pues concurrirán una serie de actos comunicativos de ambas partes, es decir, traslados de mensajes en tono de proposiciones o planteamientos en el ámbito de una negociación. Los requerimientos o demandas de sus ventajas de ambas partes en sus proposiciones o pretensiones podrían dificultar o demorar el proceso comunicativo de la concertación, lo cual daría cabida a acomplejar la estructura dogmática de la colusión y posibilitar la configuración de algunas instituciones dogmáticas (*v. gr.*, participación); pero mientras no se obtenga la conformidad, no habrá concertación.

**Jurisprudencias:** «El delito de colusión se halla compuesto por una pluralidad de actos, no se trata de una sola conducta en la que previamente sus perpetradores se basaron en el cumplimiento aparente de normas de carácter administrativo» (Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 224-2018 Pasco, considerando 7). <https://bit.ly/3EQoAfa>.



«La naturaleza compleja del delito no solo supone la necesaria confluencia de voluntades en el momento de concertarse el acuerdo colusorio con el interesado, sino una serie de actos previos destinados a lograr ese acuerdo bajo el manto aparente de legalidad de las formas contractuales que el tipo prevé, lo que determina el grado de participación y responsabilidad de quienes están obligados a observar parcialidad a favor de los intereses del Estado e imparcialidad respecto al tratamiento de la pluralidad de terceros que participan en los procesos destinados a la contratación con aquél» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007 de la Primera Sala Penal Especial de Lima, Incidente n.º 19-2006-D, considerando 9). <https://bit.ly/3EPWQr4>.



1395.  
Aceptación  
de las pre-  
tensiones

Una descripción objetiva de la conformidad en la concertación nos permite señalar cuál es el sentido del verbo rector y desde cuándo establecer el inicio de la etapa ejecutiva de la colusión por concertación. Es obvio que se configura la concer-

<sup>(880)</sup> Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 559; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1622; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; CASTILLO ALVA, 2017, p. 262; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 188.

<sup>(881)</sup> Cfr. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 145; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 895; CASTILLO ALVA, 2017, p. 231.

tación en el instante mismo del asentimiento de ambas partes sobre sus respectivas pretensiones, es decir, cuando todas las posturas han logrado siquiera que sus pretensiones más relevantes sean admitidas o aceptadas. Solo así podría calificarse una conformidad. De no llegar a ese estadio, no habría manera de imputar objetivamente una concertación. Hay una necesaria respuesta o devolución de las pretensiones o peticiones percibidas. Ergo, son atípicas las tratativas, proposiciones, solicitudes, planteamientos, pareceres o consejos de cualquiera de las posturas dirigidas a conseguir el acuerdo sin que se haya logrado<sup>(882)</sup>.

Bajo esta noción, si se han comunicado las pretensiones de ambas posturas, no hay todavía concertación; si una de ellas acepta la propuesta de la otra, tampoco hay concertación. Lo definitivo es que se cierre el ciclo del proceso comunicativo de la asertividad con la conformidad de ambas pretensiones. En el caso que el proceso comunicativo no consiga su objetivo, es decir, no se llegue al acuerdo, los intentos o planteamientos concertadores no configuran la colusión y solo quedaría verificar si estos actos calificarían otros delitos (*v. gr.*, abuso de funciones).

Así, la colusión por concertación no necesita de la verificación de los roles y los objetivos trazados por los concertadores. Se configura simplemente por la existencia de la anuencia de las pretensiones. Cualquier consecuencia nulificante del proceso de contratación, posterior a la concertación, no modifica la imputación jurídica de la colusión. Por ello, para la tipicidad no es necesario que los concertadores hayan ejecutado los roles asumidos en el acuerdo (infringir los deberes funcionariales u otorgar el soborno prometido), menos es importante verificar el perjuicio patrimonial o económico de la administración.

Ahora bien, es indiferente la forma como el funcionario o el particular interesado trasladan sus pretensiones o peticiones en el proceso comunicativo de la concertación. Puede valerse de diferentes vías, sean escritas, orales e, inclusive, gestuales (*v. gr.*, apretón de manos, abrazos) o simbólicas cuando pretende manejar un proceso comunicativo oculto y seguro (propio de la concertación clandestina). Asimismo, no interesan los medios (*v. gr.*, telefónica, virtual) de los que se valen los concertadores para comunicar sus pretensiones si es que no optan por la participación presencial.

(882) *Vid.* BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 186; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en *Asua Batarrita*, 1999, p. 212; MIR PUIG, 2000, p. 337; ROCA AGAPITO en *Álvarez García III*, 2013, p. 559; MORILLAS CUEVA en *Cobo Del Rosal*, 2000, p. 837; CASTRO MORENO en *Gómez Tomillo*, 2010, p. 1622; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259; GÓMEZ GUILLAMÓN en *Moyna Ménguez et al.*, 2000, p. 835; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 400; PARIONA ARANA, 2017, p. 50; HURTADO POZO, 2011, p. 13; MONTAYA VIVANCO en *Actualidad Jurídica* n.º 171, 2008, p. 100; CASTILLO ALVA, 2017, p. 247; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 32; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 182; MANDUJANO RUBÍN, 2018, p. 184; TREJO LUGO en *Actualidad Penal* n.º 19, 2016, p. 249; CARRIÓN DÍAZ en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 143, 2010, p. 245; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 128; BENDEZU BARNUEVO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 50, 2013, p. 136.

**1396.**  
No es necesario la ejecución de los roles o el resultado

**1397.**  
Formas y medios de los concertadores

1398.

Colusión por quien interviene en la concertación

El artículo 384 describe dos situaciones de intervención comunicativa del funcionario defraudador. Clasifica a la colusión como directa e indirecta, conforme a la participación en la concertación via intermediarios. O se realiza la comunicación de la pretensión en forma personal (**colusión directa**) o se recurre a los representantes o voceros de la propia pretensión (**colusión indirecta**). Consideramos que no solo el funcionario puede recurrir a estas situaciones, sino también el particular interesado. Por otro lado, téngase presente que la vía de la colusión indirecta es la más idónea para reafirmar el carácter clandestino o subrepticio de la concertación.

1399.

Colusión indirecta del funcionario defraudador

En el caso de la **colusión indirecta del funcionario defraudador**, no existen problemas de comunicabilidad, ya que el tercero —que puede ser otro funcionario o un particular— se limita a ejecutar una conducta que no requiere de condiciones especiales (comunicar la pretensión). En todo momento, el funcionario quebranta sus propios deberes al dominar el comunicado de su pretensión personal indebida a través de su intermediario, calificando siempre como el autor. Mientras tanto el tercero se mantiene en la realización de una conducta común que le puede generar responsabilidad penal de tener conocimiento que está contribuyendo con el proceso comunicativo concertador. En esa situación, podría ser atribuido como cómplice primario del funcionario.

1400.

Colusión indirecta del particular interesado

En el caso de la **colusión indirecta del particular interesado**, este se vale de un intermediario para comunicarse con el funcionario defraudador. Es indiscutible la colusión indirecta en las personas jurídicas que siempre tendrán que recurrir a sus representantes para imponer sus intereses patrimoniales frente al funcionario. Puede suceder lo mismo con la persona natural que busca ocultar su relacionamiento con el funcionario defraudador y fortalecer el acuerdo clandestino. En todo caso, este intermediario se desenvuelve como un partícipe del delito. Se aprecia el aporte comunicativo del representante o intermediario del particular interesado, lo que permite sostener su condición de cómplice primario. Pero no se debe confundir que se trata del cómplice del cómplice, pues su contribución va más a la configuración del proceso comunicativo de la concertación y permitiría que el funcionario defraudador (autor) obtenga de este la pretensión de su contraparte.

En el caso que este tercer comunicador es quien toma la iniciativa y consigue impulsar el proceso comunicativo concertador, su conducta se amolda mejor en un tráfico de influencias (artículo 400, Código Penal). Estamos entonces ante un tercero que convence al particular interesado invocando las influencias reales que tiene con respecto a los funcionarios defraudadores, ya sea por iniciativa propia o encomendado por estos.

1401.

Doble relación bilateral

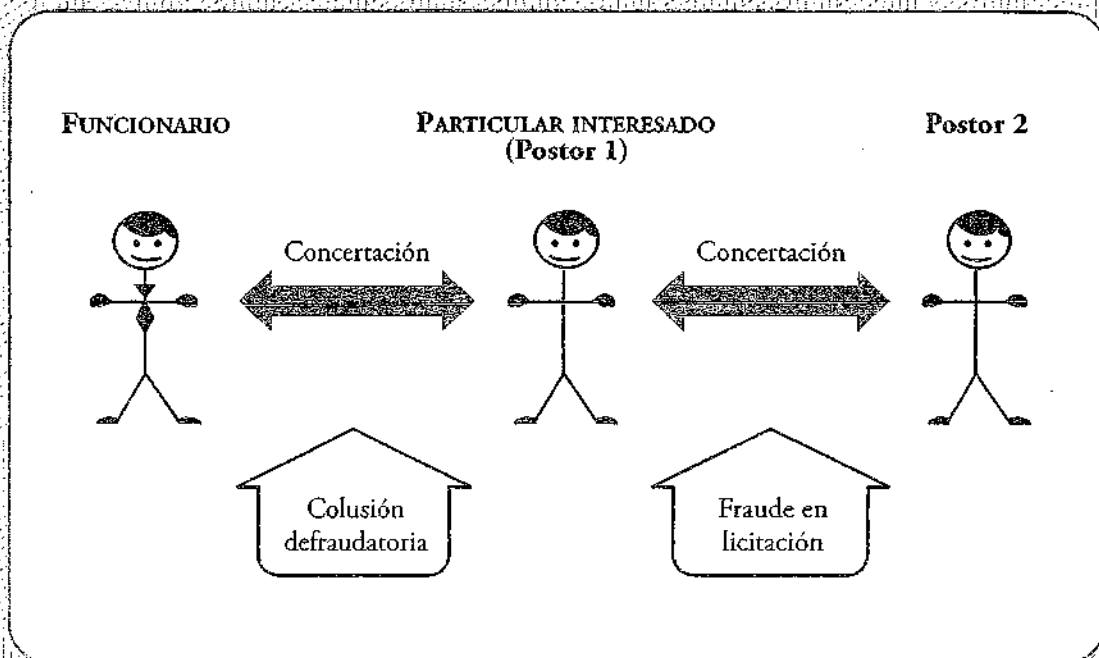
No siempre el particular interesado se confiará en la relación bilateral que ha logrado con el funcionario defraudador. Formará otra relación bilateral, pero esta vez con sus competidores. Su plan consiste en contar con la máxima seguridad de



conseguir el contrato público y, para ello, recurrirá a una **doble relación bilateral** o una **doble concertación**: por una parte, con el funcionario defraudador (**relación entre un público y un privado**) para asegurar un acto administrativo esencial a su favor; y, por otra parte, con el otro particular interesado (**relación entre privados**) para asegurar no contar con competencia durante el concurso público. En esta última relación, puede también el particular interesado concertar con los socios de su contraparte (en el caso de los consorcios) o sus representantes (en el caso de una persona jurídica) para que cometan *boicot* a favor del particular recurrente.

Obsérvese entonces una doble concertación que tiene como punto de coincidencia al particular interesado que, en una doble entrada, busca como objetivo obtener los máximos beneficios económicos o patrimoniales en perjuicio de la administración que se ve frustrada además en no contar con otras alternativas u ofertas que le otorguen más opciones que del particular interesado.

En la concertación entre privados es evidente que el otro postor no tendrá participación alguna en el delito de colusión defraudatoria, debiendo configurarse su proceder en el delito de fraude en las licitaciones (artículo 241, Código Penal).



Ahora bien, para que el proceso comunicativo de la concertación se considere delictivo es menester adicionarle **tres características típicas** de relevancia. Entiendase que la bilateralidad y la conformidad hallada en toda relación *intra privata*, para ser una colusión delictiva, tendrá que distinguirse por las notas adjetivas de ilegalidad, defraudatoria y clandestinidad. Debemos señalar que estas tres características típicas deben ser concurrentes y no alternativas.

**1402.**  
Características normativas

**Jurisprudencias**<sup>(883)</sup>: «La concertación 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» (Ejecutoria suprema del 21 de mayo de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 300-2014 Cusco, considerando 8). <https://bit.ly/3EMGzU0>.



«Este concierto debe reunir las siguientes características: (i) Ser clandestino —acuerdo subrepticio o simulado—; (ii) Ser defraudatorio y no permitido por Ley —imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado que las que se hubieran alcanzado mediante negociación—» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.2). <https://bit.ly/39wJcuH>.



«El delito de colusión no comprende irregularidades en la formación de expedientes 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» (Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 2007, R. N. n.º 1342-2006 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/2XM8q5x>.



Con estas descripciones se pasa de un análisis objetivo a uno jurídico penal de la concertación, por lo que ahora la conducta típica será entendida como un **elemento normativo**<sup>(884)</sup>. Solo consiguiendo describir en la imputación fáctica estas notas distintivas, podemos afirmar que esa relación bilateral y de conformidad se convierte en una concertación defraudatoria o acuerdo colusorio. Así, por ejemplo, un abrazo o un apretón de manos no será una concertación colusoria si es que no contiene en su acuerdo una defraudación patrimonial a la administración. Con estas características normativas se complementa el grado vulnerante del bien jurídico institucional, pues incidirá en su nivel material.

**1403.**  
Concertación ilegal

Una **concertación ilegal** no es más que el desarrollo de un proceso comunicativo de conformidad de pretensiones alejado de las pautas o parámetros de actuación que la norma administrativa especializada establece tanto para el funcionario como para el particular interesado en un proceso de contratación o adquisición pública<sup>(885)</sup>. Una concertación ilegal es la más cercana a la vulneración de los principios administrativos de la contratación pública como objeto jurídico específico de

(883) Vid. tab. Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1296-2007 Lima, considerando 5; Sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Expediente n.º 20-2005-A.V., fundamento 27.

(884) Así tab.: ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 407.

(885) Vid. ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 407; PARJONA ARANA, 2017, p. 46; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 351.

protección<sup>(886)</sup>; por ello, con esta característica ya se justifica la intervención punitiva. No se tiene que confundir una concertación ilegal por el incumplimiento de los concertadores sobre los requisitos de validez de los actos administrativos que conjuran un acuerdo<sup>(887)</sup>. Esto va más allá y reside en los deberes funcionariales.

**Jurisprudencias:** «El núcleo del injusto está constituido por la defraudación al Estado mediante el acuerdo colusorio que implica un acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales de Estado» (Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 224-2018 Pasco, considerando 4). <https://bit.ly/3EQoAFA>.



«Que, respecto de la situación jurídica de los encausados 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 —intrañeus— defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —extraneus— en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales» (Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 334-2009 Lima, considerando 9). <https://bit.ly/3AGKJu0>.



Por un lado, el funcionario defraudador opta por no sujetarse al cumplimiento sus deberes funcionariales y se reúne con el particular interesado para ofrecer sus servicios funcionariales y, por otro lado, el particular se aleja de las pautas participativas establecidas en las bases del concurso o en el contrato y decide defender sus intereses valiéndose de formas indebidas. Ambos asumen una posición no reconocida ni permitida por la norma administrativa para negociar sus propias incumbencias.

Las formas, las pretensiones y el objeto del acuerdo de los interventores no están amparados por la norma administrativa y, por el contrario, algunas veces son descritas como prohibidas o no permitidas. También podrían considerarse concertaciones ilegales aquellos cuyos interventores están imposibilitados a licitar (artículo 11, Ley n.º 30225). Las concertaciones derivadas de supuestos excluidos no son ámbitos para una contratación pública (artículo 4, Ley n.º 30225), ya que no califican como ilegales, sino como ámbitos de imposible afectación patrimonial de relevancia administrativa (*u. gr.*, contrataciones de los notarios públicos, conciliadores o árbitros).

Todo esto nos permite diferenciar situaciones de **malas negociaciones** o gestiones no fructíferas de los funcionarios que claramente no equivalen a actuaciones delictivas o quebrantadoras de deberes funcionariales, simplemente son riesgos derivados del propio ámbito de los negocios que a lo mucho ameritaría sanciones administrativas<sup>(888)</sup>.

**1404.**  
Supuestos  
de ilegalidad

**1405.**  
Mala ne-  
gociación

<sup>(886)</sup> Así tab.: PARIONA ARANA, 2017, p. 46; MENDOZA VAEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 54.

<sup>(887)</sup> *Cf.* AZABACHE CARACCILO en *Diálogo con la jurisprudencia* n.º 125, 2009, p. 201.

<sup>(888)</sup> *Cf.* GARCÍA CAVERO en *García Caveró/Castillo Alva*, 2008, p. 38; HURTADO POZO, 2011, p. 13; CASTILLO ALVA, 2017, p. 243; PARIONA ARANA, 2017, p. 47; MONTOYA VIVANCO en *Actualidad Jurídica* n.º 171, 2008, p. 100; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 30.

**Jurisprudencia:** «Es de reconocer que no se cumplieron con rigurosidad los procedimientos para el otorgamiento de la buena pro, lo que conllevó a que existiera demora en la expedición de algunos documentos, que harían suponer que se simuló el proceso de selección, sin embargo, tal situación a criterio de este Supremo Tribunal no tendría connotación penal, sino que ello debió dilucidarse en su oportunidad en la vía administrativa, pues solo le compete al derecho penal intervenir como ultima ratio, en los casos en que se evidencie acuerdo ilegal para beneficio de los funcionarios públicos o terceros» (Ejecutoria suprema del 9 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1730-2011 Junín, considerando 7). <https://bit.ly/2XLyCNW>



1406.  
Conver-  
sión a la  
ilegalidad

Se acostumbra indicar que, en un primer momento, los concertadores ejercen una actuación legal al buscar tratativas o planteamientos a favor de los intereses que defienden; pero, luego esta se vuelve ilegal cuando coinciden en defraudar los intereses de la administración o defender los propios<sup>(889)</sup>. Por nuestra parte consideramos que la conversión de la concertación a la ilegalidad puede enfocarse bajo dos situaciones: *primera*, la que los mismos concertadores consiguen formarla, partiendo de una relación neutral o regular en una negociación administrativa, esto es, el aprovechamiento de un acto administrativo en el mismo proceso de contratación (aunque exista una concertación encubierta); y, *segunda*, la que los concertadores recurren en paralelo al proceso de contratación bajo las formas no permitidas por ley, es decir, no hay nada que convertir, ya que desde su inicio la negociación ya es ilegal y así se desenvuelven los concertadores en todo momento.

**Jurisprudencias:** «La concertación, en términos de negociación para realizar un contrato, es un paso normal y admitido legalmente; sin embargo, cuando esta concertación no se enmarca dentro del margen de lealtad y fidelidad al Estado (empleador) por parte del servidor público (trabajador), aun cuando tenga visos de legalidad y aparente beneficio económico para la administración (condiciones en las que se disfrazaban muchos actos delictivos de esta naturaleza), tiene que ser suficientemente evaluada no solo en su ilicitud formal, sino también en las verdaderas intenciones de beneficios ajenos (terceros) o de los propios servidores de la administración que con esos actos de apariencia legal y de beneficio para la entidad utilizan estos comportamientos para propósitos delictivos» (Ejecutoria suprema del 5 de julio de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1489-2017 Lima, fundamento 22.15). <https://bit.ly/3ohwVDd>



«El delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para



(889) Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 413; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 311; HURTADO POZO, 2011, p. 13; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 128; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 55.

*obtener un provecho en perjuicio del Estado»* (Ejecutoria suprema del 8 de julio de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1397-2014 Piura, considerando 4). <https://bit.ly/3i4Q0Ev>.

*«El delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulado, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado»* (Ejecutoria suprema del 18 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2141-2014 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3kBW9hV>.



Una **concertación defraudatoria o fraudulenta** es la que da contenido al fin del proceso comunicativo de la conformidad de peticiones. Es el toque definitivo del rasgo típico de la colusión defraudatoria —por ello, su calificativo—. Se habitúa señalar que una concertación no es tal para la colusión si no tiene por finalidad u objetivo buscar defraudar o perjudicar los intereses patrimoniales o económicos de la administración<sup>(890)</sup>; y, a la vez, pretender lograr los máximos beneficios para los concertadores, a costa del primero<sup>(891)</sup>. Se parte de dicha idea para luego sostener que una concertación no es **idónea** si no contiene esa descripción fraudulenta. Entonces, toda concertación que implique la afectación de otros intereses de la administración o ajenos a esta no serán considerada como la conducta típica de la colusión defraudatoria. Por ello, esta característica de la concertación se acerca más al nivel material del bien jurídico institucional, esto es, el patrimonio público.

Por lo pronto, la concertación fraudulenta será tal si el **objeto del acuerdo** —no definido por la norma penal—<sup>(892)</sup> consiste principalmente en la afectación patrimonial o económica de la entidad de la Administración Pública y, a continuación, el beneficio indebido para los concertadores. Por lo tanto, el objeto del acuerdo es eminentemente patrimonial o económico y no corresponde a otra naturaleza. El objeto del acuerdo debe estar debidamente definido en sus aspectos esenciales y así lograr el asentimiento de ambas partes, puesto que se verán beneficiadas en el proceso de contratación.

**1407.**  
Concertación defraudatoria

**1408.**  
Objeto del acuerdo

<sup>(890)</sup> Vid. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 186; CATALÁN SENDER, 1999, p. 310; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; CARDENAL MONTRAVETA en Coicoy Bidasolo I, 2019, p. 707; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 40; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 278; PARIONA ARANA, 2017, p. 50; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 190; SALINAS SICCHA, 2016, p. 320; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 139; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 344; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 121; CARRIÓN DÍAZ en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 143, 2010, p. 245; BETETA AMANCIO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 100, 2017, p. 150.

<sup>(891)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 311; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 278; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 38; BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 136.

<sup>(892)</sup> Vid. PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544.

**Jurisprudencias**<sup>(893)</sup>: «El acuerdo colusorio entre las partes está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado» (Ejecutoria suprema del 2 de abril de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1076-2013 Ucayali, considerando 3). <https://bit.ly/3zzVAEH>.



«El acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado» (Sentencia del 25 de setiembre de 2013, Revisión de sentencia n.º 164-2011 Ayacucho, considerando 10). <https://bit.ly/2W8hvVX>.



**1409.**  
Determinación de la afectación patrimonial en el acuerdo

Determinar la afectación patrimonial en el objeto del acuerdo supone establecer la situación en el cual se encuentra la entidad pública y su necesidad económica para recurrir al proceso de contratación pública; puesto que la urgencia del abastecimiento del tercero podría endurecer o aligerar las opciones que cuenta para satisfacer los requerimientos del servicio sin que ello implique sacrificar los fondos públicos. «Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación»<sup>(894)</sup>.

**1410.**  
Acuerdo desventajoso para la administración

Por lo pronto, el objeto del acuerdo tiende a poner a la administración en una situación de desventaja mayor a la que estuvo antes de recurrir al proceso de contratación y si se hubiera sujetado el funcionario a sus deberes funcionariales (**acuerdo desventajoso para la administración**)<sup>(895)</sup>; si fuera lo contrario, no podríamos hablar de una concertación defraudatoria aunque no guarden las formalidades, las pautas o las reglas administrativas que serán atendidas vía el Derecho Administrativo sancionador. La evaluación del perfil agresivo estimado para un acuerdo típico depende de todas maneras de la revisión de las decisiones tomadas frente a otras alternativas elegibles. Para ser delictiva una concertación importa constatar que la administración tenía a su favor alternativas menos afflictivas o notoriamente favorecedoras, pero se desecharon sin razón alguna. La evaluación de lo ventajoso debe ceñirse en una

<sup>(893)</sup> Vid. tab. Ejecutoria suprema del 5 de abril de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 237-2010 Lima, considerando 3.

<sup>(894)</sup> GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, pp. 40-41. Vid. BENDEZÚ BARNUEVO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 50, 2013, p. 137.

<sup>(895)</sup> Así tab. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 41; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 408; SALINAS SICCHA, 2016, pp. 319-320; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, pp. 142-143; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 128; VILLEGAS PAIVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 44; MÁRQUEZ ALVIS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 91, 2017, p. 157; GARCÍA LEÓN en <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>.

ponderación de una doble perspectiva cuantitativa como cualitativa<sup>(896)</sup>. Así, por ejemplo, determinación de valores o precios simulados (sobreevaluados o subvaluados); requerimientos de insumos o bienes de menor calidad o tecnificación de los que hay en el mercado; invocación de servicios innecesarios, inidóneos o superfluos; realización de obras con deficiente desarrollo técnico, entre otros<sup>(897)</sup>. Si en este juego de la negociación alguien tiene que perder o salir perjudicado será si y solo si la administración.

**Jurisprudencias:** *«La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados —sobreevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines»* (Ejecutoria suprema del 5 de setiembre de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1126-2017 Ancash, considerando 3.3). <https://bit.ly/2XLxZUA>.



*«No solo es necesario que contenga la afirmación de la existencia y descripción de un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y los interesados con descripción de la modalidad confabulatoria utilizada en el caso concreto, ello en razón a que la concertación colusoria como elemento del tipo penal bajo análisis, comprende un amplio margen de pactos ilícitos contrarios a los intereses estatales en la negociación cuestionada, sino que con dicho acto defraudatorio, además resulte patrimonialmente afectado al Estado o entidad u organismo del Estado»* (Ejecutoria suprema del 9 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2144-2011 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/2Zt2tvp>.



*«Se hace indispensable que para la formulación incriminatoria fáctica del delito de colusión desleal contenga la afirmación de la existencia y descripción de un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y los interesados con descripción de la modalidad confabulatoria utilizada en el caso concreto, ello en razón a que la concertación colusoria como elemento del tipo penal bajo análisis, comprende un amplio margen de pactos ilícitos contrarios a los intereses estatales en la negociación cuestionada»* (Ejecutoria suprema del 28 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2537-2010 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3CKpjg6>.



*«La conducta delictiva atribuida a la encausada de haber elaborado la Bases de la Licitación y suscrito el contrato respectivo con la empresa que obtuvo la buena pro, resulta atípica, toda que el tipo penal de colusión ilegal exige como elemento típico que la defraudación al Estado se produzca a raíz de un concierto o confabulación con los interesados, no dándose este supuesto con el mero acto de elaboración de las Bases de Licitación que se limita a definir las reglas generales dirigidas a todos los postores; empero, en la hipótesis que se plantea contra la encausada. Es decir, la existencia de un concierto entre los miembros del Comité único de Adquisiciones y los representantes de las empresas a quienes se les otorgó la buena pro, a efectos de admitir sus argumentos de no*



(896) Vid. MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 190.

(897) Otros ejemplos de objetos del acuerdo en: Informe Defensorial n.º 168, 2014, pp. 54-55.

*entrega de los productos por fuerza mayor y hecho fortuito, sin cobrarle de esta manera, la penalidad por mora, no ejecutar la carta fianza ni resolver el contrato, este supuesto si estaría previsto en el artículo 384 del C. P. en el rubro de concierto defraudatorio en los ajustes del contrato de suministro de los productos materia de la licitación» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2002, R. N. n.º 850-2001 Lima)<sup>(898)</sup>. <https://bit.ly/3zwOykc>.*

Se discierne esto como un estudio generalizado e interdisciplinario, ya que, en algunas ocasiones, la norma administrativa se ve superada por los acuerdos paralelos en cuenta a lograr el mejor rendimiento de los recursos públicos para la obtención de los mejores beneficios que al final de cuentas es lo que interesa a la administración pública y la Sociedad. Ahora bien, si los concertadores recurren a medios no autorizados o incluso delictivos (*v. gr.*, soborno), nada niega su calificación delictiva (*v. gr.*, cohecho), pero no por colusión defraudatoria.

**1411.**  
Acuerdo  
ventajoso  
para el  
particular

A su vez, el acuerdo debe describir los beneficios que obtendrán los concertadores. Nos referimos a la otra faceta de la concertación en la que es evidente los réditos que conseguirán no solo el particular interesado, sino también el funcionario defraudador por la defensa de los intereses del primero. Por ello, nos encontramos ante un **acuerdo ventajoso para el particular interesado**. Esa ventaja se determina por las expectativas que consigue el particular por la permisibilidad del funcionario en las condiciones contractuales. No corresponde entrar en análisis si la ventaja se mantiene durante la ejecución contractual, lo importante es que en el instante de la concertación esté definido el beneficio. Así, se sostendría mejor que estamos ante una **concertación parcializada**<sup>(899)</sup> como calificativo adicional a la concertación defraudatoria. Si el funcionario luego no cumple su rol o comete fraude contra el mismo particular interesado, no modifica la imputación típica de la modalidad.

**Jurisprudencias:** «La concertación es entendida como el acto del funcionario público de convenir o acordar con el particular en la celebración o ejecución de un contrato originado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado, es decir, las condiciones de contratación deben establecerse intencionadamente para favorecer a los particulares en detrimento de los intereses del Estado» (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2474-2015 Puño, considerando 5.2). <https://bit.ly/3lZRjGa>.



«El tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la concertación consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse así mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública» (Ejecutoria suprema del 9 de diciembre de 2014, R. N. n.º 78-2013 La Libertad, considerando 3.2). <https://bit.ly/3u54JEe>.



(898) PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1299.

(899) *Vid.* DÍAZ CASTILLO, 2016, pp. 278 y 365.



«El funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al estado; al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; es decir, que el acervo probatorio debe estar orientado justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros (extraneus) en la adjudicación respectiva» (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3335-2013 Lima, fundamento 4). <https://bit.ly/3CHP0Ox>.



«Todos los elementos de prueba develan el acuerdo subrepticio que existió entre los encausado —intraeus—, con los extraneus para favorecer a las empresas de estos últimos; a fin de beneficiarse económicamente, por lo que en lugar de representar los intereses de la administración pública, beneficiaron sus intereses privados o de terceros, con el natural y consiguiente perjuicio de carácter patrimonial para el Estado» (Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2374-2013 Lima, considerando 9). <https://bit.ly/3u64hpc>.



«El delito importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado» (Ejecutoria suprema del 18 de enero de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1292-2011 Ayacucho, considerando 3). <https://bit.ly/3u9OrBL>.



«El acuerdo colusorio se traduzca en prácticas, convenios, contratos, ajustes, etc., orientados a defraudar al Estado. Es decir, que le causa un perjuicio económico, del que lucran el funcionario o servidor público y el tercero que contrata con el Estado» (Sentencia del 7 de enero de 2010 de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 32-2006). <https://bit.ly/2Z1xrFv>.



Definido el objeto del acuerdo colusorio, de esta se desprenderán los contenidos de las pretensiones y de los roles que ejecutarán cada concertador. Así, podemos establecer si la intervención de cada uno de ellos es apta para una colusión o solo se trata de una intervención aislada carente de atención en el presente tipo penal.

1412.  
Pretensión  
rol del funcio-  
nario

Tenemos el rol funcional establecido en la concertación defraudatoria para el sujeto activo funcional que consiste en la realización parcializada del acto administrativo esencial del proceso de contratación a favor del particular interesado. Se está formando una ventaja indebida en el proceso de contratación que tiene como consecuencia inevitable la exclusión de las demás propuestas o alternativas que podrían ser beneficiosas para la administración. Para la efectivización de dicho rol, el funcionario tendrá que infringir uno o más de los deberes especiales que le impone los principios administrativos. Este rol proviene de la pretensión o petición del particular interesado en el proceso comunicativo de la concertación de la cual dio su

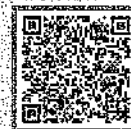
1413.  
Rol del funcio-  
nario y  
pretensión  
del parti-  
cular

conformidad y compromiso de actuación fraudulenta. La posibilidad de realización se desprende justamente de las condiciones de competencia y el poder de decisión del acto administrativo esencial.

1414.  
Rol del particular y pretensión del funcionario

También se tiene el **rol corruptivo** que le corresponde al particular interesado conforme a la concertación defraudatoria y consiste en brindar al funcionario los beneficios indebidos por la labor infractora de sus deberes especiales<sup>(900)</sup>. Es un rol cénido a la estructura de un cohecho activo genérico, puesto que se encargara de compensarlo con el soborno a cambio de realizar en forma parcializada el acto administrativo esencial del proceso de contratación. No es fácil explicar que exista una concertación si es que ambas partes no obtienen beneficios entre sí; no hay negociación alguna si es que el funcionario no reclama algo a su favor a cambio de sus facultades funcionariales. No se imputa una colusión si lo que motiva al funcionario defraudador sea un desprendimiento gratuito o benevolente a favor del interesado<sup>(901)</sup>. Este rol corruptivo proviene de la **pretensión o petición del funcionario** en el proceso comunicativo de la concertación del cual dio su conformidad. Sobre la forma o el modo de ejecución del rol corruptivo es indiferente que sea una promesa o de ejecución inmediata, sea en beneficio directo del peticionante o a través de un tercero vinculado a este (indirecto). No es imperante comprobar que se ejecutó el beneficio indebido a favor del funcionario, bastando con su definición dentro del acuerdo colusorio.

**Jurisprudencia:** «No basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agraviada para reputarseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir, que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas o arreglos con los funcionarios competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado» (Ejecutoria suprema del 19 de abril de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1481-2011 Arequipa, considerando 7). <https://bit.ly/2ZrMZYx>.



1415.  
Concertación previa a una defraudación

Por todo ello, no queda duda que toda defraudación parte de una concertación (no hay defraudación sin concertación)<sup>(902)</sup>, ya que no se podría establecer el objeto del acuerdo y los roles ejecutivos de los concertadores que conseguirán la defraudación patrimonial a la administración. Entonces, la relación es **concertación-defraudación**

<sup>(900)</sup> Para MIGUEL POLAINO NAVARRETE sería el objeto de la concordancia (en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351). Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 314. En sentido contrario: CASTILLO ALVA, 2017, pp. 231-232; JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 13; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 189.

<sup>(901)</sup> En sentido contrario, consideran una intervención gratuita: CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 32.

<sup>(902)</sup> Vid. CASTILLO ALVA, 2017, pp. 236-237; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 30; CARRIÓN DÍAZ en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 143, 2010, p. 245.

y no al revés. La confluencia de concertaciones posteriores a la defraudación no califica la colusión, salvo que estas sean nuevas defraudaciones.

Las raíces legislativas de la colusión provienen del clásico modelo español del fraude funcional cuya estructura se aproximaba a una forma estafa. Se explica entonces que el fraude funcional se asocia a una defraudación ejercida por el funcionario contra la entidad pública a la que representa. Actualmente se refiere que la concertación es un ejemplo o una especie de los fraudes o artificios ejercidos contra la Administración Pública<sup>(903)</sup>. Entonces, solo se podría conseguir el beneficio indebido si el funcionario contraponen sus propios deberes a cambio de ventajas indebidas que las consigue por el aprovechamiento del patrimonio público.

1416.  
¿Modalidad de estafa?

**Jurisprudencias<sup>(904)</sup>:** *«Es natural que toda contratación o adquisición esté dotada de conversaciones o acercamientos para esclarecer o finiquitar los términos contractuales de conformidad con las bases administrativas prefijadas en la ley y su reglamento; lo que resulta prohibido es que esta sea para engañar, burlar las pretensiones objetivas y racionales de la administración pública generando un perjuicio patrimonial»* (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2474-2015 Puno, considerando 5.5). <https://bit.ly/3lZRjGa>



*«Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento de rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado; la defraudación mediante concertación supone un aspecto de reproche jurisdicado por el engaño, así como presencia del segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales»* (Ejecutoria suprema del 9 de junio de 2015, R. N. n.º 1109-2014 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/2W8hYHH>



*«En el delito de colusión, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la administración pública»* (Ejecutoria suprema de 16 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4031-2011 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/2W8YWRF>



*«No se ha verificado la colusión que implica una conducta de engaño en perjuicio real o potencial de la Hacienda Municipal, máxime se a través del Acuerdo de Consejo Provincial se autorizó al Alcalde de la Municipalidad de Huaura la apertura de una cuenta corriente o de depósito en forma mancomunada con una empresa para la efectivización de la resolución de alcaldía, que aprueba el contrato con*



<sup>(903)</sup> Cfr. CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2094; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1196; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 733; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133.

<sup>(904)</sup> Vid. tab. Ejecutoria suprema de 28 de febrero de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 917-2012 San Martín, considerando 4.3; Ejecutoria suprema del 6 de abril de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 135-2010 Lima, considerando 3; Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 334-2009 Lima, considerando 9; Ejecutoria suprema del 22 de julio de 2004 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1486-2003 Arequipa, considerando 3.

la citada empresa; que, además para la licitación se cumplió con los requisitos establecidos en la ley de contrataciones y adquisiciones con el Estado» (Ejecutoria suprema del 5 de julio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 558-2005-Huaura, considerando 2). <https://bit.ly/3i4ri7f>.

«La defraudación, mediante concertación, supone un aspecto de reproche moral juridizado por el engaño, así como la presencia de un segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses materiales» (Ejecutoria superior del 14 de abril de 2008 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 016-2001)<sup>(905)</sup>.

1417.  
Naturaleza  
fraudu-  
lenta

Ante ello, se han formulado cuestionamientos a la naturaleza fraudulenta o engañosa de la colusión como, por ejemplo, la innecesariedad de la inducción a error o la imposibilidad de engañar a una entidad pública. No obstante, no podemos ser ajenos al carácter fraudulento de la concertación en el sentido de la recurrencia a medios fraudulentos sofisticados (*mise in scène*)<sup>(906)</sup> o que no tengan por objeto necesariamente la inducción al error<sup>(907)</sup>. Si insistimos con la naturaleza fraudulenta es porque el artículo 384 todavía resalta que la concertación tiene por finalidad una defraudación. Por ello, desde ya el mínimo común denominador del fraude en la concertación se corresponde con **formas fraudulentas menos estructuradas**, sin perjuicio que los concertadores empleen formas fraudulentas más acabadas para la concertación. Por lo pronto, el engaño, el ardid o el artificio no son los medios delictivos imprescindibles en la colusión fraudulenta<sup>(908)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El tipo prescribe el medio de que se vale el agente para defraudar (concertación), pero no señala expresamente en que deben consistir estos 'actos fraudulentos'; lo cierto es que se trata de todo aquello que prive al Estado de lo que le corresponde por derecho, así por ejemplo, el funcionario o servidor público que en razón de su cargo interviene en un contrato representado por



<sup>(905)</sup> Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 153.

<sup>(906)</sup> Cf. PÓLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448.

<sup>(907)</sup> Cf. GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 39; CASTILLO ALVA, 2017, p. 294.

<sup>(908)</sup> Así también: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 418; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247; BALMAGEDA HOYOS, 2018, p. 655; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 39. Consideran al engaño u otros medios fraudulentos como elementos típicos de la colusión: REYNA ALFARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 68; AZABACHE CARACCILO en Diálogo con la jurisprudencia n.º 125, 2009, pp. 198-199; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 175. Como un engaño en sentido más amplio: MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101. Un engaño diferente al de la estafa que debe ser analizado bajo la teoría de la imputación objetiva: ALCÓCER POVIS en Jus Jurisprudencia n.º 7, 2007, p. 127. Rechaza la necesidad del engaño: CASTILLO ALVA, 2017, pp. 293-294; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 279; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, pp. 196-197.

*el Estado, beneficiando al co-contratante en los convenios que celebra concediéndole ventajas particulares que normalmente no hubiere obtenido. Los actos fraudulentos son consustanciales a la colusión o concertación previa y suponen de alguna manera astucia, engaño, ardid, etc., que se materializa al momento de suscribir el contrato con beneficios concertados, durante su ejecución y a la culminación de la misma» (Sentencia del 7 de enero de 2010 de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 32-2006). <https://bit.ly/2ZlxiFv>.*

En ese sentido, cuando hablamos del carácter fraudulento de la concertación, tenemos que reconducir esa esencia en la forma cómo se desenvuelven los concertadores para lograr el desprendimiento patrimonial contra la administración. Entonces, la **forma fraudulenta del proceder** se debe entender con la obtención de la apariencia o simulación de legalidad en el actuar de los concertadores frente a los demás, del acatamiento en sus deberes funcionariales o reglas de actuación en el proceso de contratación<sup>(909)</sup>. Así, partiendo desde el mismo silencio o la mentira<sup>(910)</sup>, pasando por el ocultamiento<sup>(911)</sup> y hasta llegar al ardid, estamos ante variadas formas de cómo pueden proceder el funcionario público y el particular interesado en el proceso comunicativo de la concertación: inclusive, esa forma de intervención deberá mantenerlo en la realización de cada uno de sus roles establecidos en el acuerdo colusorio.

**1418.**  
Apariencia de legalidad.

**Jurisprudencias:** *«El encausado, con la finalidad de defraudar a su representada, simuló la existencia de un proceso de selección, para otorgarle la buena pro al contratista, quien reconoció que para el proceso solo se le envió una carta para que participara y que por una carta también le comunicaron el otorgamiento de la buena pro, documentación que nunca fue presentada y que además resulta un acto irregular para un proceso de selección, que transgrede las normas de contrataciones del Estado» (Ejecutoria suprema del 24 de julio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2620-2013 Amazonas, considerando 2.7). <https://bit.ly/39yuFik>.*

*«Se ha quedado demostrado que los acusados se concertaron ilícitamente para consignar en las hojas de tarea y en las planillas de pago, como si hubiesen trabajado una quincena y sujetos a la legislación de construcción civil, apropiándose de las sumas de dinero que fueron consignadas y cobradas» (Ejecutoria suprema del 15 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1050-2011 Santa, considerando 8). <https://bit.ly/3o2Tv27>.*



<sup>(909)</sup> Así también: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 39; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 129.

<sup>(910)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDON WIDOW, 2018, p. 418; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655.

<sup>(911)</sup> Cfr. MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101.

1419.  
¿Omisión?

Ahora bien, el silencio o la inercia de los concertadores sobre su proceder defraudatorio no debe ser confundido con los esquemas de actuación en la concertación. Entiendase que la participación del funcionario y el particular en una concertación no puede darse a través de una omisión, no hay pretensiones o peticiones que puedan trasladarse a la contraparte mediante la omisión. Esto sostiene la imposibilidad fáctica y jurídica de una **intervención omisiva** (omisión impropia o comisión por omisión) del concertador en la colusión por concertación<sup>(912)</sup>. Por tanto, el silencio o la inercia de una de las partes ante la propuesta no configuran una concertación, pues es menester que se comunique la aceptación de la misma de las formas más variadas que puedan darse, inclusive mediante actos concluyentes.

**Jurisprudencias:** «La concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros» (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1969-2012 La Libertad, considerando 5). <https://bit.ly/3i1qrV1>.



«La conducta incriminada debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados, así como las sumas acordadas, entre otros. De tal modo que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa» (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2587-2011 Cusco, considerando 4.3). <https://bit.ly/3CIIZ5c>.

1420.  
Inactividad  
del super-  
visor

Si la inactividad proviene de los **funcionarios supervisores** o de otros funcionarios concedores de la concertación de los otros funcionarios, se entenderá no como el acto principal de intervención concertadora, sino como el aporte omisivo relevante (complicidad primaria) de no evitar la concertación (facilitar la colusión)<sup>(913)</sup>.

<sup>(912)</sup> Así también: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 558; CATALAN SENDER, 1999, p. 319; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 311; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 51; PARIANA ARANA, 2017, p. 111; CASTILLO ALVA, 2017, p. 310; REYNA ALFARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 69; SALINAS SICCHA, 2016, pp. 320-321; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chortres/Calderón Valverde, 2012, p. 142; MENDOZA YAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 55; DÍAZ GUEVARA en <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/colusion.htm>. Consideran la posibilidad de la omisión impropia o comisión por omisión: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 394; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 282; AZABACHE CARACCILO en Diálogo con la jurisprudencia n.º 125, 2009, p. 198; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 175; GUIMARAY MORI/RODRÍGUEZ VÁSQUEZ en Ius Et Veritas n.º 51, 2015, p. 296.

<sup>(913)</sup> Vid. SALINAS SICCHA, 2016, p. 321; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chortres/Calderón Valverde, 2012, p. 143.

En todo caso, la identificación de una posición de garantía institucional sobre la indemnidad de los principios administrativos solo conllevaría a que la inactividad comprometa otros intereses jurídicos de protección y, por ende, se configuren otros delitos como, por ejemplo, la omisión de denuncia (artículo 407, Código Penal) o el incumplimiento de funciones (artículo 377, Código Penal).

La **concertación clandestina o subrepticia**<sup>(914)</sup> es la consecuencia de la conjunción de las características de ilegalidad y fraudulenta en la conducta, por lo que no requiere de precisión normativa en la fórmula penal y se determina por el trabajo interpretativo sobre los alcances de la concertación<sup>(915)</sup>. El resultado es el ocultamiento del proceso comunicativo de la concertación frente a los demás, manteniendo la apariencia de legalidad en el proceder de los concertadores<sup>(916)</sup>. La referencia a lo clandestino o a lo subrepticio no debe ceñirse a la forma cómo se desenvuelven el funcionario y el particular interesado para conseguir el acuerdo; esto se refiere, más bien, al encubrimiento o el ensombrecimiento del acuerdo en sí y la ejecución de este en el proceso de contratación pública. Con ello, podríamos superar las observaciones que se han realizado sobre este carácter delictivo en el sentido que el pacto colusorio puede ser realizado por los concertantes de manera descubierta o evidente, sin necesidad de proceder «a escondidas»<sup>(917)</sup>.

**1421.**  
Concertación clandestina

**Jurisprudencias:** *«El pacto colusorio es un acuerdo subrepticio entre el funcionario público y el interesado (...). No se puede exigir que el acto colusorio sea notorio o público, o sometido a los órganos de control. La naturaleza de este tipo penal radica en el quebrantamiento de normas administrativas o*



<sup>(914)</sup> Así también: MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 733; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 310; SALINAS SICCHA, 2016, p. 322; MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 100; Ídem, 2015, p. 139; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 405; AZABACHE CARACCILO en Diálogo con la jurisprudencia n.º 125, 2009, p. 201; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 30; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choires/Calderón Valverde, 2012, p. 142; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 249; CARRIÓN DÍAZ en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 143, 2010, p. 245; GUIMARAY MORI/RODRÍGUEZ VÁSQUEZ en Ius Et Veritas n.º 51, 2015, p. 288; ZÚNIGA FLORES/SALDANA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 264, 2015, p. 103; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 351; MOMETHIANO, 2003, p. 765; ULLOA GAVILANO en Actualidad Penal n.º 11, 2015, p. 187.

<sup>(915)</sup> Para RAÚL PARIONA ARANA dicha característica no forma parte de la descripción legal del delito, pero como interpretación jurisprudencia no debe prescindirse (2017, p. 49).

<sup>(916)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 100; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 406; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 128; MÁRQUEZ ALVIS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 91, 2017, p. 158.

<sup>(917)</sup> Entre los que consideran la innecesidad de una concertación clandestina: CASTILLO ALVA, 2017, p. 261; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 279; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 193; HURTADO POZO, 2011, p. 9; MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, pp. 54-55; JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 14; QUISPÉ MEZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 119, 2019, p. 128.

*procedimientos específicos, plazos y regularidad de formas para la perpetración de determinado acto» (Ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 224-2018 Pasco, considerandos 5 y 7). <https://bit.ly/3EQoAfa>.*

*«La concertación, es un aspecto de suma importancia en la conducta típica de colusión, nos coloca de lleno en aquel mundo de tratativas ilegales, por lo general clandestinas, llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que explican, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 489-2016, considerando 12). <https://bit.ly/3AGJwmK>.*



*«Según el auto admisorio, se habría incurrido en una incoherencia en la motivación al exigir para la configuración del referido delito, que se establezca el cómo y cuándo se dio la concertación entre los funcionarios públicos y los proveedores, peses a que la naturaleza de este delito es siempre clandestina y/o encubierta. Al respecto, debe señalarse que efectivamente el delito de colusión dada su naturaleza los acuerdos son clandestinos y/o encubiertos, pues resulta poco probable que ese compromiso ilegal quede registrado en actas, audios y/o videos por los involucrados; no obstante, el juzgador, puede recurrir a otros elementos probatorios o conjunto de indicios que permitan arribar a un juicio de certeza respecto de ilícito acuerdo» (Sentencia del 30 de octubre de 2014 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 199-2013 Piura, considerando 5.2.), <https://bit.ly/2XmpqJz>.*



*«La concertación exige la concurrencia del funcionario o servidor público y del tercero interesado, delito de encuentro, lo que hace posible la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores (páctos ilícitos, componendas o arreglos), en perjuicio de los intereses estatales, los cuales se pueden presentar en cualquier fase de la negociación» (Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 221-2013 Puno, considerando 3). <https://bit.ly/3CFmsVV>.*



*«El acuerdo ha de ser ilegal y no justificado por el derecho, eso es, oculto o clandestino: no conocido más allá de quienes intervienen en el acuerdo, especialmente fuera del conocimiento y alcance de los órganos vinculados al sistema de control—no necesariamente ha de haber manipulaciones o maniobras engañosas—» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 38.4). <https://bit.ly/3CIqjBu>.*



*«El delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la concertación que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública» (Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1105-2011 Ica, considerando 3). <https://bit.ly/3AGD7HW>.*



*«La concertación es el acuerdo secreto desarrollado entre los funcionarios públicos y los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares, este acuerdo clandestino e ilícito no solamente es incompatible con las funciones del representante del Estado, quien tiene el deber de lealtad, sino que además atenta contra los intereses estatales» (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4634-2009 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3kz2zJQ>.*





«Los elementos del delito de colusión desleal, según el artículo 384 del código penal, viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial» (Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004, R. N. n.º 27-2004 Sullana-Piura)<sup>(918)</sup>  
<https://bit.ly/3u9pn60>.



Así, se nos presenta una especie de **reflejo o espejo aparente de regularidad** en las actuaciones del funcionario y del particular interesado, persistiendo en opacar u ocultar la verdadera vinculación de ambos en el sentido de la existencia de un proceso comunicativo de concertación. Así, mientras que frente a los demás hay un desenvolvimiento regular de los concertadores en el proceso de contratación (**apariencia o reflejo de regularidad**), para los concertadores existe una conformidad de realización de roles infractores de los principios administrativos para la consecución del perjuicio patrimonial contra la administración (**situación real de ilegalidad y defraudación**), es decir, un proceso comunicativo de concertación paralelo al proceso de contratación pública. Puede ocurrir que los concertadores partan de una negociación lícita o permitida por la administración, pero habrá un momento en que se desdoblará dicha negociación y se llegará a ese paralelo de concertaciones (legal e ilegal).

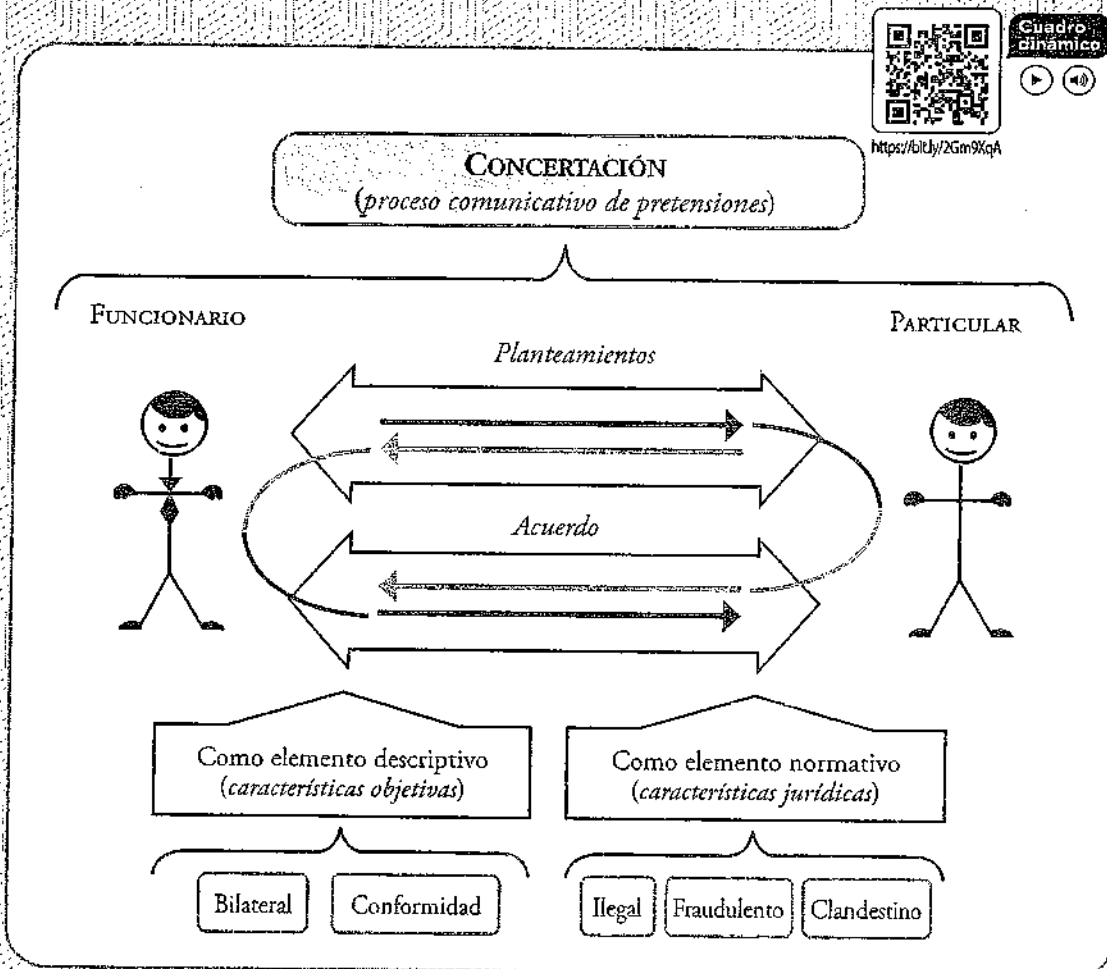
**1422.**  
Situaciones para  
lelas

Esta característica delictiva de la clandestinidad del acuerdo colusorio hace dificultoso su acreditación en el ámbito probatorio, por lo que, en vez de recurrir a la prueba directa, se opta por la **prueba por indicios**<sup>(919)</sup>. Es complicado acreditar una concertación oculta y determinar que el objeto de la concertación residía en la defraudación contra la administración; por ello, se parte con acreditar la realización de los roles derivados del mencionado acuerdo. Es habitual en la jurisprudencia que se limite la acreditación del rol funcional, pero, por la bilateralidad, es menester demostrar siquiera por indicios la realización del rol corruptor del funcionario. Demostrar únicamente el rol de uno de los concertadores no sería suficiente, como, por ejemplo, el limitarse a compilar las infracciones o faltas administrativas del funcionario.

**1423.**  
Dificultad para  
acreditar la  
concertación

<sup>(918)</sup> Jurisprudencia Penal II, 2005, p. 217.

<sup>(919)</sup> Cf. EITXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 212; VARGAS VALDIVIA en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, 2012, p. 141; ROJAS VARGAS, 2016, p. 206; PARIONA ARANA, 2017, p. 146; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 139; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 266; BOBADILLA BOCANEGRA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 105, 2018, pp. 110-111; ZÚÑIGA FLORES/SALDAÑA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 264, 2015, pp. 105-106; ULLOA GAVILANO en Actualidad Penal n.º 11, 2015, p. 137; MENDOZA VAREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 65.



**Jurisprudencia:** «Es doctrina consolidada por este Tribunal Supremo que, ante la ausencia de prueba directa —testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos—, la concertación puede ser establecida mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo: i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes —verbigracia: celeridad inusitada, elaboración patentemente deficiente, falta de sustento técnico—financiero, conformación irregular del comité, etc.—; ii) si la calificación a los participantes fue arbitraria y con falta de rigor y objetividad —criterios subjetivos de calificación y favorecimiento a determinados proveedores—, y iii) si el valor referencial ofertado —y aceptado— fue sobrevalorado o los servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2463-2018 Lima Norte, considerando 14). <https://bit.ly/2Zm3N2V>.

«El acuerdo ilegal entre el funcionario y el particular interesado que sanciona el delito de colusión no es de carácter público; corresponde al Ministerio Público demostrar en juicio, por prueba directa o indirecta, la realización de tal acuerdo» (Ejecutoria suprema del 5 de julio de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1489-2017 Lima, fundamento 22.12). <https://bit.ly/3ohwVDD>.

«Las irregularidades en cualquier contratación pública o errores en procedimientos administrativos, si bien por sí mismos y apreciados individualmente carecen de relevancia penal, valorados en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica y en atención a otros medios probatorios, pueden constituir indicios que sirvan como base de la prueba indiciaria en torno a la responsabilidad penal por el delito de colusión» (Ejecutoria suprema del 7 de junio de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 367-2018 Santa, considerando 3.13). <https://bit.ly/2W8i4Pz>.



«Las dificultades para obtener pruebas directas en estos delitos ha propiciado escenarios probatorios en los que adquiere fuerza la prueba indiciaria, esto es, los datos fácticos acreditados e indiciarios, y las inferencias a partir de ellos, que llevan al fiscal y al juzgador a establecer conclusiones probatorias, lo que se aprecia con mayor énfasis en situaciones en las que el funcionario público imputado actúa en estructuras de poder organizado» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 489-2016, considerando 12). <https://bit.ly/3AGJwmK>.



«La forma subrepticia como generalmente se producen estos acuerdos colusorios, ocasiona casi siempre la ausencia de prueba directa; sin embargo, su existencia puede acreditarse a través de prueba indiciaria» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 603-2016 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3zG65X8>.



«Reitera la Sala que la prueba indiciaria del acuerdo se refiere al momento precontractual: al evaluar las condiciones y capacidades de las empresas que solicitaron y lograron los créditos, al momento de la celebración: al establecerse los términos, condiciones y garantías y al momento de la ejecución: con las excesivas prórrogas y confianzas (inclusive, en gestión posterior a la del acusado, se llegó a condonar significativos intereses en millones de dólares)» (Sentencia del 30 de enero de 2014 de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 02-2013, fundamento 72). <https://bit.ly/3nYU0dz>.



«Probar el delito de colusión con prueba directa e inmediata de los actos de concertación no es fácil, pues nadie se coluden públicamente ni haciendo evidente su hecho, sino de manera clandestina y sobre todo con apariencias de legalidad, razón por la que es fundamental tener en cuenta esas irregularidades como un hecho cierto y primario que en conjunción con otras pruebas deriven en la certeza colusoria, pues de no existir esos otros elementos que otorguen los actos colusivos nos quedamos con las irregularidades supuestos favorecimientos y cuestionamientos que tienen su propia vía de procesamiento y sanción» (Sentencia del 30 de junio de 2016 de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, considerando 7.19). <https://bit.ly/3CKhh6W>.



Hemos resaltado que la colusión por concertación tiene un enfoque vulnerable a los principios administrativos de un proceso de contratación, mas no al patrimonio público. En tal sentido, se describe a esta modalidad de la colusión como un **delito de peligro abstracto**<sup>(920)</sup>, no solo por tratarse de un acto preparatorio punible,

1424.  
Delito de  
peligro  
abstracto

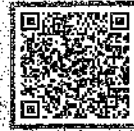
(920) Así (ab.): ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Bararrita, 1999, p. 213; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 558; MIR PUIG, 2000, p. 335; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lagrúz López/Melendo Pardo, 2013, p. 279; DÍAZ CASTILLO,

sino por la clara ausencia de un peligro real al momento de la concertación, toda vez que la mera infracción de los deberes funcionariales solo determina la idoneidad de la conducta para un peligro inminente.

**Jurisprudencia:** *«El tipo penal originario de colusión y la reforma operada por la Ley 27713 concibieron este delito como uno de peligro concreto —no se exige un resultado efectivo o de lesión, una relación de causalidad, sino una relación de imputación de carácter normativo—, mientras que las últimas reformas lo clasificaron como un delito de peligro abstracto (primer párrafo del artículo 384 del Código Penal) y como un delito de lesión (segundo párrafo del citado dispositivo penal)»* (Sentencia del 5 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1546-2019 Piura, fundamento 1). <https://bit.ly/2W81eAt>.



**Jurisprudencias que califican la colusión por concertación como un delito de peligro «potencial»:** *«La colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta —«para defraudar»—. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta»* (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 16, doctrina jurisprudencial vinculante). <https://bit.ly/3EF4u7L>.



*«La modalidad simple del delito de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica ‘para defraudar’. Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta»* (Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 341-2015 Lima, considerando 4.4). <https://bit.ly/3EH2Qmd>.



1425.  
Imputación  
objetiva de la  
conducta

La evaluación de tipicidad de la colusión por concertación no puede ser ajena a un análisis dinámico o funcional de los componentes de la concertación. En tal sentido, estimamos que en esta modalidad solo cabe invocar las reglas y los principios de la **imputación objetiva de la conducta** y, con ello, discernir que el proceso de comunicación de las pretensiones del funcionario y el particular interesado alcanzarán relevancia típica si logran el riesgo penalmente considerable para obtener la aptitud o la idoneidad posterior para la vulneración del bien jurídico institucional. Esto se consigue cuando

2016, p. 278; CASTILLO ALVA, 2017, p. 516; MONTROYA VIVANCO, 2015, p. 140; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 210; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 174; MARCA ROMBRO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 30; NÚÑEZ RODRÍGUEZ en Actualidad Penal n.º 43, 2018, pp. 168-169. Como delito de peligro concreto; PARIONA ARANA, 2017, p. 90.

se logra el acuerdo colusorio (ilícito, defraudador y clandestino) que se constituirá en ese riesgo no permitido que logra el peligro jurídicamente relevante para más adelante generar el peligro concreto o la lesión de los intereses jurídicos de protección penal.

Las **adhesiones posteriores** a las concertaciones implican la incorporación *ex post* a la concertación de sujetos vinculados a cualquiera de las dos posturas. Así, en el caso del funcionario defraudador, por ejemplo, pueden adherirse los otros miembros del comité seleccionador al acuerdo ya establecido entre el funcionario y el particular interesado. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, en el particular interesado cuando los otros integrantes del consorcio se suman al acuerdo colusorio de uno de sus miembros o las actuaciones del representante o gerente general en la concertación es aprobado o convalidado por el directorio o los accionistas de la persona jurídica.

Aquí cabe evaluar el tratamiento dogmático de las adhesiones. Así, se podría sostener que, al tratarse de un acto posterior a la concertación (como acto instantáneo), solo se pueden imputar las adhesiones en la modalidad de colusión por resultado, es decir, la adhesión constituye un acto ejecutivo que significa la incorporación de nuevos particulares interesados a la concertación y que refuerza la efectividad de la defraudación. Por consiguiente, no procede imputar adhesiones en la colusión por concertación<sup>(921)</sup>. Otro planteamiento explicaría que los actos de concertación con los nuevos interventores se configurarían como nuevos actos de concertación de imputación independiente (concertaciones paralelas) que forman un concurso real homogéneo de colusiones (nuevos concertadores o el mismo particular interesado con nuevos interventores), salvo que el funcionario se concierte con los otros integrantes del consorcio o con los otros postulantes, entonces nos encontraríamos ante un delito permanente bajo un mismo plan criminal.

Una situación especial de adhesión es el que ocurre cuando el nuevo interviniente no toma contacto directo o indirecto con la contraparte y solo se limita a comunicar su conformidad o consentimiento a uno de ellos. Es una adhesión incomunicada a una de las partes. En esa situación no es admisible sostener que tenga intervención en la concertación y su participación tendría que distinguirse como un aporte esencial (complicidad primaria) para la consecución del resultado patrimonial perjudicial; por lo tanto, las adhesiones incomunicadas tendrían solo viabilidad típica en los casos de colusión por resultado, mas no en los de colusión por concertación por producirse *ex post* a su consumación formal.

La ausencia de otros postores o la competencia en el proceso de contratación no siempre elimina la idoneidad de la concertación. La participación aislada del particular interesado en los actos preparatorios (registro de participantes) o en el proceso de selección (presentación de postores o evaluación de propuestas) también puede requerir de la concertación para asegurar la calificación exigida en las bases de la licitación. Por consiguiente, aquí la concertación debe residir no en la eliminación de los postores, sino en el aseguramiento del cumplimiento de los requerimientos

1426.

Adhesiones a la concertación

1427.

Concertación sin competencia

(921) *Vid.* JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 24.

de la administración. En todo caso, si la concertación residía en la exclusividad de la propuesta del particular interesado, la determinación posterior de los participantes a no intervenir en la licitación no descalifica la concertación, salvo que adelante la culminación del proceso de comunicación de las propuestas de los concertadores. Se estaría ante una forma de anticipo al riesgo relevante que evita la configuración del peligro jurídicamente desaprobado.

1428.  
Concertación por defraudación

La modalidad de la **colusión por resultado o defraudación** atiende la etapa ejecutiva o productiva de la colusión defraudatoria<sup>(922)</sup>. Se tipifica el momento de la realización de los roles de la concertación fraudulenta, así como la concreción de su objetivo definitivo. Es la modalidad ajustada al principio de lesividad, puesto que va más allá de los actos preparatorios y no solo requerirá de la verificación del desvalor de la conducta (realización de los roles del funcionario defraudador y el particular interesado), sino también del desvalor del resultado (perjuicio patrimonial o económico de la administración).

**Jurisprudencias:** *«Existió voluntad de contratar los servicios, sin embargo, sin consideraciones técnicas mínimas, con un beneficiario predeterminado sin las calidades suficientes y, principalmente, a quien se le pretendía pagar anticipadamente por servicios que prestaría en un plazo posterior, lo que supondría en el marco de una contratación estatal, acuerdos con terceros beneficiarios de contenido defraudatorio a los intereses del Estado, con lo cual se configuraría el delito de colusión desleal, al que habrían concurrido todos los funcionarios involucrados»* (Ejecutoria suprema del 4 de setiembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 756-2014 Ancash, considerando 5). <https://bit.ly/3ADy2jP>



*«Ha quedado establecido que la Municipalidad Provincial de Saripo exoneró de proceso de selección la adquisición de maquinaria pesada, con lo que permitió la adquisición urgente y la concurrencia de una sola empresa postora, a la cual se le favoreció con el otorgamiento de la buena pro, y se pagaron precios mayores a los del mercado, así como se entregó maquinaria que no era acorde a las exigencias técnicas previamente establecidas, y se causó grave perjuicio económico al Estado»* (Ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3372-2013 Junín, considerando 7). <https://bit.ly/3o4csSa>.



*«La concertación defraudatoria se realizó cuando el residente de obra contrató directamente a los procesados sin haberse realizado la contratación de estos de acuerdo a ley, así como también obvió realizar las invitaciones a otros ingenieros, para que ocupen el cargo de residente; y, por el contrario, contrató a los procesados —quienes eran hermanos—, con quienes les unía una amistad, aunado a que uno de ellos era bachiller y no era titulado en Ingeniería Civil, lo que de ningún modo resulta aceptable, si se tiene en cuenta de que se trataba de una obra de gran envergadura y se requerían de profesionales altamente capacitados»* (Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1361-2013 Junín, considerando 10). <https://bit.ly/3ITysMS>.



<sup>(922)</sup> También se emplea el verbo rector «defraudar» para la colusión por concertación en otras legislaciones: artículo 239 del Código Penal chileno y artículo 454 del Código Penal nicaragüense.

Otra manera de expresarla reside en la idea que se trata de la modalidad que tipifica todo el proceso o el ciclo de un fraude en las contrataciones públicas, ya que no solo hay concierto, sino también ejecución y luego obtención del objetivo defraudatorio trazado. Es la criminalización acabada de los actos cercanos a la afectación relevante del bien jurídico institucional.

En este caso, la conducta típica descrita en el segundo párrafo del artículo 384 se corresponde con el **verbo rector** «defraudar», la cual también es identificada como el resultado —aunque en el esquema completo de una colusión lo sea—, y que en la fórmula legal se la describe como el elemento neurálgico o meollo de la colusión defraudatoria agravada. No cabe confundirlo como un elemento subjetivo (como si sucede en la colusión por concertación: «para defraudar»), puesto que estamos ante el **elemento objetivo** del tipo que centraliza el injusto de la figura y legitima su mayor reproche punitivo.

Obsérvese que la modalidad de la colusión por defraudación es la que se ha mantenido desde el artículo 201 del Código Penal de 1863, ya que la tradición legislativa nacional siempre se ha sujetado a una colusión por resultado. Sin embargo, algunas apreciaciones doctrinales han sostenido la equiparación del elemento de la defraudación al modelo penal español (colusión por concertación), las cuales han tenido eco en algunos fallos jurisprudenciales y ha llevado a una innecesaria discusión sobre los alcances de la defraudación<sup>(923)</sup>. Esto ha legitimado la criminalización excepcional de los actos preparatorios de la colusión defraudatoria y su inclusión en la fórmula legal como una modalidad básica. Después, la modalidad de la colusión por defraudación pasa a ser la forma agravada y su descripción legal actual ratifica que siempre la colusión ha sido un delito de resultado.

El artículo 384 refiere a la **concertación** dentro de la estructura típica de la colusión por defraudación; pero no en una estructura de conducta típica, sino como el **medio delictivo** («mediante concertación») para la defraudación. Es un medio de tipo conductual necesario para lograr la defraudación, puesto que determina las actuaciones que deben realizar los concertadores para conseguirlo. Pero considérese que la realización de la concertación en esta modalidad no da inicio a su etapa ejecutiva, lo cual sucede recién con la realización de los roles de la concertación.

En realidad, la colusión por concertación forma parte de la estructura de la colusión por defraudación, lo que, en el ámbito de un **concurso aparente de leyes**, la primera queda subsumida a la segunda por el principio de consunción por ser su acto preparatorio. Por ello, no habría autonomía de imputación típica de ambas figuras, sino una relación de subsunción aplicativa de acuerdo se determine el grado de desarrollo comisivo de la colusión defraudatoria: si no se llegara a ejecutar los roles o no se consigue el resultado perjudicial, se aplicará la colusión por concertación; lo contrario, conduce a adecuar el caso a una colusión por defraudación.

<sup>(923)</sup> Sobre el referido debate, *Vid.* GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, pp. 42 y ss.; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, pp. 41-42.

1429.  
Defraudar

1430.  
Modelo  
tradicional

1431.  
La con-  
certación  
como  
medio  
delictivo

1432.  
Relación  
con la  
colusión  
por con-  
certación

1433.

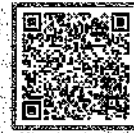
Nexo concertación defraudación

Como ya hemos señalado, toda defraudación entraña siempre una previa concertación. La defraudación constituye el objetivo principal de la concertación y, por ello, no podría sostenerse una imputación típica si es que no se demuestra la vinculación o el **nexo objetivo-normativo** de ambos elementos del tipo objetivo<sup>(924)</sup>. Si la defraudación no es consecuencia de una concertación previa, sino de la realización de los roles aislados o autónomos del funcionario y el particular interesado no podría imputarse la colusión, sin menoscabo de analizar otros delitos (*u. gr.*, patrocínio ilegal o negociación incompatible).

**Jurisprudencias:** «No se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes» (Ejecutoria suprema del 5 de setiembre de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1126-2017 Ancash, considerando 3.4). <https://bit.ly/2XLxZUA>.



«La defraudación al Estado desplegada por acto propio de agente activo sin nexo de concertación con el particular contratista no es típica del delito en análisis, tampoco sería la concertación entre los funcionarios que deciden defraudar y repercuten con los intereses del Estado; no existiendo la específica concertación que exige el tipo penal, devendría en una situación de atipicidad por delito de colusión desleal» (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2474-2015 Puno, considerando 4.5). <https://bit.ly/3lZRjGa>.



«La defraudación patrimonial al Estado se presenta en el caso de la procesada al determinarse que el otorgamiento de la buena pro a favor de su representada y la obtención de beneficios económicos se realizaron sobre la base de una concertación ilegal» (Ejecutoria suprema del 3 de agosto de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2400-2015 Lima, considerando 14). <https://bit.ly/3i3BBIE>.



«La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. En consecuencia, la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo, sin nexo de concertación con el contratista (el particular con el que debe concertar el funcionario o servidor público) no resulta típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y, efectivamente, vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional. En tales supuestos, no existirá la especial concertación (entre vinculados e interesados) que exige el tipo penal, siendo ello suficiente para configurar una situación de atipicidad por delito de colusión» (Ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2798-2013 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3zGknXT>.



«La 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» (Ejecutoria suprema del 10 de abril de 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4012-2007 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3zyYw4t>.



<sup>(924)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2016, p. 209; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 49; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 32.



«La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto o confabulación con los interesados, que implica un amplio margen de pactos ilícitos o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego» (Ejecutoria suprema del 1 de diciembre de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1923-2005 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3u8nruE>.



Cabe subrayar que la concertación debe contener todas las características típicas desarrolladas (ilegal, defraudatoria y clandestina). Si carece alguna de ellas, aun cuando se produzca el perjuicio patrimonial, no podría colmar la tipicidad de la colusión defraudatoria. Por ejemplo, cuando el perjuicio proviene de una concertación legal del funcionario con el particular interesado, cuyo tratamiento deberá ceñirse a la de una infracción administrativa.

**1434.**  
Concertación típica

Asimismo, si bien toda defraudación requiere de una previa concertación, esto no quiere decir que los interventores de esta modalidad deben haber incurrido en la previa concertación. No es regla que los interventores directos de la concertación sean necesariamente los mismos ejecutores de la defraudación. Por lo pronto, en una colusión indirecta los concertadores pueden valerse de diferentes intermediarios y luego ellos mismos encargarse de la ejecución de sus compromisos o delegarlo a otros. Sin embargo, si hay variación de funcionarios defraudadores o particulares interesados se tendrá que renovar el acuerdo colusorio con una nueva concertación. En esa situación, la defraudación debe ser realizada por los mismos concertadores responsables.

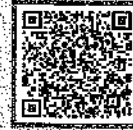
**1435.**  
Renovación de los interventores de la concertación

Cuando nos referimos a la **defraudación**, debemos entenderla como la concreción del objetivo del acuerdo colusorio del proceso de comunicación sostenida entre el funcionario defraudador y el particular interesado. Esta conducta típica es, a su vez, el resultado definitivo del fraude administrativo. El objetivo del acuerdo colusorio se consolida en el perjuicio patrimonial o económico de la administración, principalmente. Aunque también forme parte de este los beneficios que obtengan los concertadores; pero, a sujeción del tipo penal, lo que interesa en la defraudación es el perjuicio patrimonial que sufre la entidad pública. En tal sentido, defraudar es perjudicar a la administración<sup>(2074)</sup> a través de la realización de los roles de los concertadores establecidos en el acuerdo colusorio.

**1436.**  
Defraudación

(2074) Cf. CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2095; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1162; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 188; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 797; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 527; CUELLO CALÓN II.J, 1980, p. 465; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247; CASTILLO ALVA, 2017, pp. 516-517; PARIONA ARANA, 2016, p. 90; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 288; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 419; REYNA ALFARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 69; SALINAS SICCHA, 2016, p. 317; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 156; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choitres/Calderón Valverde, 2012, p. 141; ALCÓCER POVIS en Jus Jurisprudencia n.º 7, 2007, p. 128; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 31; MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 56; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 362; VILCHEZ

**Jurisprudencias**<sup>(926)</sup>: «Se defrauda o frustra la expectativa estatal en un proceso de negociación de naturaleza patrimonial, donde el funcionario debe asegurar la mejor oferta, el mejor precio, la mejor calidad o la mejor garantía de los bienes y servicios que son objeto del interés estatal, cuando aquel, por ejemplo, interviene, admite o tolera un direccionamiento concertado para la adquisición sobrevalorada y desventajosa de un determinado bien o servicio que de ese modo ilícito excluye otras potenciales y mejores ofertas. Es decir, cuando con su proceder connivente el funcionario público impide que el Estado pueda acceder a condiciones menos onerosas, más ventajosas, idóneas o seguras. (...) En definitiva, pues, se defrauda patrimonialmente al Estado al frustrarle del mejor resultado posible para sus intereses 'en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación'» (Sentencia del 3 de mayo de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 542-2017 Lambayeque, fundamento 9). <https://bit.ly/3uaKNJw>.



«El tipo penal de colusión, requiere que el funcionario público defraude al Estado, ese es su principal requerimiento, para ese fin debe concertarse, fuera de la ley, esto es de manera ilícita con terceros interesados, en cualquier forma de contratación en el que interviene por razón de su función. Exige este tipo penal que el servidor público realice actividades propias de su función, pero tendientes a engañar, defraudar y perjudicar al Estado, con un efectivo o potencial daño patrimonial. El sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 489-2016, considerando 13). <https://bit.ly/3AGJwmK>.



«El delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el 'defraudar al Estado o entidad y organismo del mismo, 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 el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; 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» (Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2473-2008 Lima Norte, considerando 3). <https://bit.ly/3AE00vT>.



«El núcleo rector de este tipo penal es el 'defraudar al Estado' entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositada en el ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4564-2007 Piura, considerando 4). <https://bit.ly/3EQhYxJ>.



CHINCHAYÁN en Actualidad Penal n.º 46, 2018, p. 93; VILLEGAS PAJWA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 46.

(926) Vid. tab. Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 221-2013 Piura, considerando 3; Ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4661-2007 Ucayali, considerando 3; Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2008, R. N. n.º 2472-2006; Sentencia del 14 de junio de 2012 de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2006, considerando 3.4.

En toda defraudación cabe resaltar **dos momentos esenciales**: la ejecución de los roles de la concertación y la generación del perjuicio a la administración. Es menester la configuración de ambas para afirmar una defraudación.

**1437.**  
Momentos de la defraudación

La idea de la defraudación es una expresión amplia de conductas que ejercerán los concertadores para lograr conseguir el objetivo definitivo de la colusión, esto es, la generación del perjuicio contra la administración. El artículo 384 no precisa cuáles son esas **conductas específicas** que tiene que ser relacionadas con la defraudación, ya que este verbo rector incide más a la idea de la consecución de la realización de los roles de los concertadores. Por ello, esto implica necesariamente la realización siquiera de uno de los roles establecidos en el acuerdo colusorio. Bajo esta apreciación, la colusión por defraudación no es un delito agravado por el resultado (simple causación del perjuicio), puesto que es imperante la realización de los roles relevantes para lograr la defraudación.

**1438.**  
Ejecución de los roles

Consideramos que el **rol funcional** es de imprescindible realización. Si el funcionario defraudador no cumple con lo acordado en la concertación no podrá conseguirse el resultado perjudicial. Principalmente de él depende el perjuicio contra la administración, ya que es el garante inmediato del cumplimiento de los principios administrativos que sostienen el interés patrimonial o económico de la administración en el proceso de contratación. Su rol puede ser tanto comisivo como omisivo<sup>(927)</sup>, puesto que ambas formas son perfectamente admisibles para la infracción de los deberes funcionariales. Por ejemplo, el rol del funcionario puede consistir en no imponer la multa por la entrega extemporánea de los bienes requeridos (inactividad).

**1439.**  
Rol funcional

**Jurisprudencia:** «Los funcionarios se habrían concertado con los contratistas en forma dolosa para defraudar al Estado así como a la Municipalidad agraviada, en el proceso de contratación y ejecución de las obras, quienes no solo tenían la obligación de supervisar las obras durante su ejecución sino antes de su adjudicación a la empresa contratista, lo que no se efectuó; pues se aprobó, adjudicó y ejecutó la obra sin contar incluso con el expediente completo, que carecía de lo más elemental para una obra de esa envergadura, como son los planos de cimentación, pórticos, vigas y cortes con las características físicas del terreno; hechos que habrían sido de conocimiento de los denunciados, quienes sin observar estas falencias, suscribieron las actas de recepción de las obras» (Ejecutoria superior del 15 de junio de 2004 de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 03-2012, considerando 7).

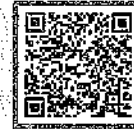
El rol que ejerce el funcionario defraudador se corresponde a uno contrario a los deberes funcionariales especiales. En tal sentido, mientras este se desenvuelve en el marco de sus competencias y ajustándose a los límites de sus actuaciones en el proceso de contratación, mantendrá la neutralidad suficiente, muy aparte que haya o no tenido reuniones o acuerdos con el particular interesado (**prohibición de regreso**). Hasta

**1440.**  
Pérdida de la neutralidad

<sup>(927)</sup> También se prevé la modalidad omisiva en algunas legislaciones: artículo 239 del Código Penal chileno («*construieren que se defrauden*») y artículo 454 del Código Penal nicaraguense («*constituiera que se defrauden*»).

que no exista una concertación ilegal, defraudatoria y clandestina en la que intervengan el funcionario, se estará ante un proceder ajustado al riesgo permitido o una actuación estándar tolerada. Si ha percibido beneficios indebidos por su actuación, la neutralidad se mantiene en atención a su actuación frente al bien jurídico institucional de la colusión, mas no frente al delito de cohecho impropio del cual será imputado.

**Jurisprudencia:** «No concurre el elemento típico que exige el tipo penal de colusión, en lo atinente al elemento de la concertación con terceros para ocasionar perjuicio a la Municipalidad agraviada, dado que su única intervención en la expedición del informe técnico legal, no resulta del todo determinante para definir la forma, los procedimientos y a qué empresa efectuar la adquisición directa de los dos volquetes; en consecuencia actuó conforme al rol y estándar exigible en sus atribuciones; esto es, una conducta inocua, en términos de la moderna dogmática penal, no existe repercusión penal, pues opera la prohibición de regreso, cuando la aportación de alguien a un hecho delictivo posterior encuentra una explicación con sentido independiente de ese hecho delictivo posterior» (Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 221-2013 Puno, considerando 4). <https://bit.ly/3CFmsVV>.



1441.  
Rol  
corruptivo

El **rol corruptivo** sí puede ser prescindible. No es necesario que el particular interesado cumpla con la entrega del beneficio a favor del funcionario antes de la producción del perjuicio contra la administración<sup>(928)</sup>. Por eso que se diga que, en cuestión de tipicidad, es irrelevante si el funcionario se ve definitivamente compensado por la infracción de sus deberes especiales<sup>(929)</sup>. Basta con la promesa de entrega del beneficio indebido (soborno), la misma que se da al momento de la concertación y no después (como ejecución de esta). Por ello, si más adelante el particular interesado no cumple con su promesa o lo hace en forma parcial, no es de incumbencia para el intérprete de la tipicidad objetiva (fraude al funcionario defraudador). A lo mucho, el funcionario ejecuta su rol motivado por la expectativa corruptiva que consiguió en la concertación, sin que necesariamente se llegue a un enriquecimiento indebido.

1442.  
Perjuicio a  
la entidad  
pública

A continuación, luego de ejecutado los roles del acuerdo colusorio, es menester la producción del **perjuicio a la entidad pública**, el mismo que configura típicamente la colusión por defraudación. Se entiende esta cuando los concertadores logran alcanzar el objetivo del acuerdo colusorio. Desde ya, resaltan dos características indesligables: patrimonial y real.

(928) El artículo 328 del Código Penal salvadoreño precisa como conducta típica el pedido o la aceptación de la dádiva («*acceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios*» o «*si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes*»).

(929) Vid. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 188; CASTILLO ALVA, 2017, p. 529; SALINAS SICCHA, 2016, p. 317; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 141; REQUEJO SÁNCHEZ en Actualidad Jurídica n.º 180, 2008, p. 129.

Es indiscutible que se trate de un perjuicio de corte **patrimonial o económico**<sup>(930)</sup>. Así, advertiremos que la administración será pasible de un detrimento o daño a sus fondos o activos; por ello, se considera a la colusión por defraudación como una colusión por el resultado económico o patrimonial. No se puede invocar otro perjuicio que no se sujete a este tipo de naturaleza que consiste en una cuantificación o valorización; de lo contrario, nos llevaría a una atipicidad objetiva. Otros ámbitos no contractuales de tipo *ad honorem*, de compromiso o de colaboración, aunque exista concertación ilícita, no calificaría una defraudación.

1443.  
Perjuicio  
patrimo-  
nial

**Jurisprudencias:** *«No se advierte que se haya comprometido los recursos públicos con consecuencias nocivas para el Estado derivadas de una conducta delictiva de los funcionarios públicos acusados —como infracción de un deber negativo—»* (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3923-2010-Lima, considerando 15). <https://bit.ly/3ky5e6G>.



*«El encausado ha actuado en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Mánco a efectos de organizar la actividad denominada 'Tardes Taurinas de la Fiesta Patronal de San Roque', sin que se advierta que se haya realizado algún desembolso económico por parte de dicha entidad estatal; en efecto, la referida actividad fue asumida en cuanto a sus costos por el encausado, quien había logrado la autorización por parte del ente edil para la realización del evento taurino; lo que deja entrever que no existieron dineros del erario estatal involucrados»* (Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1460-2009 Ancash, considerando 5). <https://bit.ly/3hZOWli>.



*«No se ha establecido categóricamente el perjuicio económico irrogado, pues ante el argumento de depredación de los bienes por el transcurso del tiempo útil de los paracaídas, emerge también que luego de las pruebas correspondientes de doblaje, salto y tensión se encuentran en un cien por ciento de operatividad pese haber sido almacenados por un determinado periodo de tiempo, y pueden ser empleados para realizar los cien saltos de prueba de acuerdo a las normas de su fabricación»* (Ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. A. V. n.º 31-2003 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3o3keUl>.



Esto obedece a la realización del fraude en el ámbito especializado de las contrataciones públicas que, por lo común, responde a una naturaleza patrimonial. Por eso, si no hubiera una modalidad como la presente, la salida sería la imputación

<sup>(930)</sup> Así también: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 836; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 188; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 288; CASTILLO ALVA, 2017, p. 520; MONTOYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101; REYNA ALEARÓ en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 69; AZABACHE CARACCIOLO en Diálogo con la jurisprudencia n.º 125, 2009, p. 200; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 43; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 44; UGAZ SANCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 121; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 30. Amplia la naturaleza del perjuicio y no se limita a términos patrimoniales: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 353.

típica por la estafa (principalmente) en una relación concursal<sup>(931)</sup> con la colusión por concertación.

1444.  
Beneficio  
de los  
concerta-  
dores

La otra cara del perjuicio contra la administración es el correlativo beneficio o **enriquecimiento de los concertadores**<sup>(932)</sup>. Aunque, en realidad, debería entenderse como el beneficio indebido mínimo de uno de ellos, siendo generalmente, el particular interesado. Hay una conexión directa entre el perjuicio a la administración y el beneficio del particular interesado, puesto que el segundo es consecuencia del primero. Por eso, INGRID DÍAZ CASTILLO califica a la defraudación como la obtención de un beneficio de cualquier índole en favor del funcionario o del particular<sup>(933)</sup>. Si con posterioridad una mala gestión del beneficiado lo lleva a un detrimento en su patrimonio, ello no incumbe a los efectos típicos del delito, puesto que el perjuicio patrimonial lo pone al particular interesado en una posición ventajosa diferente a la que tenía antes del resultado defraudatorio.

1445.  
Perjuicio  
real

El perjuicio patrimonial debe ser **real, concreto y efectivo**<sup>(934)</sup>. Queda descartado todo perjuicio proyectado, potencial o de planificación. Para la colusión por defraudación, a los concertadores no les debe bastar con la posibilidad de la realización del daño patrimonial administrativo, es necesario que se corrobore el acaecimiento del perjuicio. Un perjuicio potencial o planificado es el que se identifica al momento de la concertación (peligro abstracto o idoneidad a una posible afectación patrimonial), mas no durante la defraudación.

**Jurisprudencia:** *«No existen pruebas que puedan establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación, en cuanto perjuicio potencial, al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado. No solo se trata de que los bienes objeto de la licitación finalmente llegaron al Perú y que el Estado honró*



(931) Vid. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero-Olivares, 2017, p. 1791; MIR PUIG, 2000, p. 337; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 529; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 465; PUIG PEÑA III, 1955, p. 361.

(932) Cfr. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351. Para CÉSAR AZABACHE CARACCIOLO las ventajas del particular interesado carecen de relevancia, puesto que lo relevante son las maniobras fraudulentas y los perjuicios que puede haber sufrido la administración (en *Diálogo con la jurisprudencia* n.º 125, 2009, p. 199).

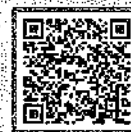
(933) DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 287.

(934) Cfr. MONTOYA VIVANCO en *Actualidad Jurídica* n.º 171, 2008, p. 101; CASTILLO ALVA, 2017, p. 529; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, pp. 42-43; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 44; ALCÓCER POWIS en *JuS: Jurisprudencia* n.º 7, 2007, p. 130; MENDOZA VAEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 56; REQUEJO SÁNCHEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 180, 2008, p. 129; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 30; TREJO LUGO en *Actualidad Penal* n.º 19, 2016, p. 251; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en *Normas Legales* n.º 364, 2006, p. 174.

*sus obligaciones financieras respecto al contrato de financiamiento, sin haber cuestionado su legalidad; sino que el colaborador solo ha señalado que en otra contratación —en su fase preliminar de posible adquisición de aeronaves para el Ejército—, realizada con fecha posterior a la operación de que se trata, hizo mención a una llamada del acusado interesándose por la necesidad de determinada adquisición» (Sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Expediente n.º 20-2003-A.V., fundamento 29). <https://bit.ly/2Zi873e>.*

Ahora bien, la exigencia de la concreción del peligro no supone exigir características específicas de la misma, es decir, no se requiere una cuantificación o **medición numérica** o en exactitudes; lo resaltante es la existencia de un perjuicio patrimonial debidamente identificado o valorizado sin que ello conlleve a su precisión. El modelo peruano de la colusión por defraudación no gradúa la gravedad de la pena conforme a la cuantificación del perjuicio como si ocurre en otras legislaciones penales<sup>(935)</sup>; no obstante, una cuantificación o precisión numérica solo tendría sentido a nivel de la punibilidad.

**Jurisprudencia:** «Para pretender amparar el ilícito penal demandado como es la concusión-colusión debió determinarse el monto preciso con el cual los acusados han defraudado y luego se han beneficiado, siendo así no se ha determinado el posible daño causado al erario del Estado» (Sentencia del 25 de enero de 2007 de la Sala Penal Transitoria de Huancavelica, Expediente n.º 42-2002, considerando 4.f). <https://bit.ly/3uaBL5K>. Lo cuestionable de la jurisprudencia justamente reside en la innecesariedad de tener establecido un monto numérico del perjuicio, cuando basta con la preexistencia del mismo.



La necesidad de la producción de un perjuicio real permite determinar el grado de afectación al bien jurídico institucional. Sabemos que la colusión por defraudación es un **delito de resultado**. Lo que se tiene que establecer es si ese resultado debe implicar un peligro concreto o una lesión al patrimonio público.

Para algunos, siguiendo el confuso planteamiento jurisprudencial del **peligro potencial**, reconducen sus alcances considerando que la colusión por defraudación constituye un **delito de peligro concreto**<sup>(936)</sup>, en el sentido que la ejecución de los roles de los concertadores genera una situación de riesgo real al patrimonio público, sin que ello implique una efectiva lesión o daño económico.

**1446.**  
Precisión del perjuicio real

**1447.**  
Delito de resultado

**1448.**  
Como un delito de peligro concreto

<sup>(935)</sup> El artículo 239 del Código Penal chileno incrementa la gravedad de la pena conforme al monto defraudado.

<sup>(936)</sup> Así también: MONTROYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101; HURTADO POZO, 2011, p. 10; CÁCERES JÚLCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 45; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 422; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 360.

**Jurisprudencias<sup>(937)</sup>:** «El tipo penal de colusión regulado en la Ley 26713, no distingue —como es en la actualidad— entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, 'defraudar al Estado' no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 1.1). <https://bit.ly/3EF4u7L>.



«No necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión, pues basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del ilícito, comportamiento que, a la larga, puede resultar en un perjuicio patrimonial; por ende, esta conducta implica una potencial defraudación patrimonial, mas no debe existir, necesariamente, tal defraudación» (Ejecutoria suprema del 20 de setiembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1475-2013 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3kCMdQm>.



«Defraudar al Estado no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo, atento al principio de lesividad (artículo cuatro del Título Preliminar del Código Penal) como peligro concreto» (Ejecutoria suprema del 9 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2368-2011 Cusco, considerando 3). <https://bit.ly/3i2W8x4>.



«No puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos» (Ejecutoria suprema del 6 de marzo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 215-2011 Huánuco, considerando 4). <https://bit.ly/3zBSaBC>.



«El delito de colusión ilegal no es un tipo penal que se encuentre orientado por sí solo a garantizar la protección del patrimonio del Estado o cautelar los intereses de la Administración Pública. Sentada esta premisa, 'defraudar al Estado' representa la producción de un potencial perjuicio económico» (Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 03-2008-A-10 Lima, fundamento 3). <https://bit.ly/3AEKq33>.



«No 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 el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos» (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1296-2007 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3zAyluj>.



<sup>(937)</sup> Vid. tab. Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, A. V. n.º 28-2003, considerando 39.



Para la posición mayoritaria —la que asumimos— es indiscutible que la defraudación se conozca como una efectiva afectación al patrimonio público, lo cual va más allá de la exposición al riesgo indebido hasta llegar en una posición de detrimento efectivo del bien jurídico institucional. Entonces, la colusión por defraudación es un **delito de lesión**<sup>(938)</sup>. Si se consigue solo la exposición a peligro del patrimonio público estaremos ante una forma tentada de la modalidad. La colusión por defraudación contiene también al desvalor del resultado que es la efectiva lesión al patrimonio público, por lo que no basta un peligro concreto.

**1449.**  
Como un delito de lesión

El momento culminante del perjuicio patrimonial acontece cuando surge el derecho compensatorio o económico a favor del particular interesado, el cual se puede constatar en el instante mismo de la suscripción del contrato público o las respectivas suscripciones de sus ampliaciones o adendas. Se está ante una **configuración jurídica del perjuicio**, sin que esto sea el desplazamiento empírico de los recursos o activos de la administración. Los defectos ejecutivos compensatorios para el particular interesado no deben modificar la tipicidad de la colusión defraudatoria porque ante todo ha quedado establecido el derecho patrimonial o económico generado a favor del particular interesado.

**1450.**  
Configuración del perjuicio

Esto nos lleva ahora resolver **qué debemos entender por un perjuicio patrimonial real**. Es común hacer referencia a la disminución, el gasto, el corte o la reducción indebida del patrimonio público; pero, en una contrapartida argumentativa se objeta que esta definición no se asimila a los supuestos de aumentos patrimoniales desproporcionados<sup>(939)</sup>. Por eso, se recurre a usar ambas ideas para conglobar la defraudación, esto es, el perjuicio como una pérdida directa (daño efectivo) o la privación de un lucro legítimo (lucro cesante)<sup>(940)</sup>.

**1451.**  
¿Qué se debe entender por perjuicio?

**Jurisprudencias:** *«El perjuicio patrimonial no se circunscribe a evaluar si la administración en el caso concreto despilfarró o hizo gastos innecesarios del patrimonio estatal o inclusive obtuvo ganancias, sino que es precisa determinar contextualmente si la política de gestión económica fue alterada, tergiversada, afectada y en términos generales se perjudicó en la buena marcha económica del Estado y en particular de la entidad pública en cuestión, afectando el presupuesto y distorsionando los propósitos de gestión; en buena interpretación, implica gestión interesada*



<sup>(938)</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, 2017, p. 517; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 48; PARIONA ARANA, 2017, p. 90; REYNA ALFARÓ en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 69; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 31; PAZ PANDURO/ROSAS RUIZ en Normas Legales n.º 364, 2006, p. 174; VILLEGAS PAIVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 46.

<sup>(939)</sup> Vid. MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 212.

<sup>(940)</sup> Cfr. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 420; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; BALMAGEDA HOYOS, 2018, p. 655; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448. El artículo 239 del Código Penal chileno describe las formas del perjuicio: «sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo».

*particularmente en detrimento de la gestión pública» (Ejecutoria suprema del 5 de julio de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 1489-2017 Lima, fundamento 22.2.D). <https://bit.ly/3ohwVDd>.*

*«La defraudación está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública y debe estar dirigida a una erogación presupuestal, por tanto, resulta evidente y necesario que se den conciertos colusorios que tengan idoneidad para poder perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos» (Ejecutoria suprema del 21 de mayo de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 300-2014 Cusco, considerando 8). <https://bit.ly/3EMGzU0>.*



*«Se vulneraron las disposiciones legales y presupuestales a partir de intereses privados lejos de la promoción, protección y defensa del interés nacional a cuyo efecto se comprometieron fondos públicos para las adquisiciones a que se refiere el presente proceso, sin realizar los pasos previos necesarios para determinar no solo que tipo de bienes se requerían, su necesidad y funcionalidad, sino también su calidad, cantidad y mejor precio, así como las mejores condiciones de contratación (...) Todo ello denota una colusión con contenido defraudatorio que afectó el gasto público y, por cierto, perjudicó potencialmente al Estado, al privarlo de la posibilidad de optar por alternativas que eventualmente pudieran haber resultado más provechosas en términos de oportunidad, precio y calidad, comprometiendo los fondos públicos sin criterios técnicos previamente evaluados y decididos» (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 1296-2007 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3zAyluj>.*



*«Se ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso 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 a la buena pro a una empresa que ofreció un producto a mayor precio que las restantes, sin que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendidas» (Ejecutoria suprema del 20 de julio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 350-2005 Tumbes, considerando 5). <https://bit.ly/2XN2kSJ>.*



*«En cuanto a la defraudación, 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» (Sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Expediente n.° 20-2003-A.V., fundamento 27). <https://bit.ly/2Zi873e>.*



*«La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar y de no menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos. Ese es el ámbito de la conducta colusoria, de claro contenido económico y compromiso de fondos públicos, consecuentemente están al margen del tipo penal toda conducta colusoria mediante concierto que no importe tal contenido y compromiso; situación que, por lo expuesto, no es la que tuvo lugar en el presente caso» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, A. V. n.° 28-2003, considerando 38). <https://bit.ly/3ACelSp>.*



También podría entenderse como el ingreso debido no percibido o el egreso no debido entregado. «Puede suceder, según se ejemplifica en doctrina, que el ente público realice un pago o disposición patrimonial, o preste un servicio al que no está obligado —o por mayor valor al que le es exigible— o bien que consiga una contratación económicamente menos ventajosa de lo que un proceso correcto hubiera permitido»<sup>(941)</sup>.

Por nuestra parte, sostener un perjuicio patrimonial se relaciona con la tesis de una disposición no compensada de los recursos, fondos o activos públicos presupuestados o delimitados previamente para el cumplimiento de fines administrativos<sup>(942)</sup>. Dichos fines se relacionan con la idea de las **utilidades predictiva o efectiva**, esto es, el empleo correcto de los recursos o los activos para la obtención de los beneficios a favor de la administración y correlativamente en pos al mejoramiento de la prestación servicial para la Sociedad. Así, un intercambio de fondos dinerarios para la obtención de bienes, servicios u obras (**egresos**) es de **utilidad predictiva** si la administración los obtiene para una calidad estimable o considerable a las exigencias estándar del mercado. Lo mismo podría decirse de los activos públicos los cuales se intercambian por fondos dinerarios (**ingresos**) ajustados al valor proporcional o estándar del mercado para conseguir una **utilidad efectiva**. Se trata del rendimiento regular derivado de la proyección administrativa sobre sus egresos o ingresos presupuestales.

**1452.**  
Utilidades  
predictiva  
o efectiva

**Jurisprudencias:** «El perjuicio o la defraudación para el Estado o entidad u organismo del Estado ha de ser patrimonial. No se refiere a la disminución de un posible ingreso, sino a una disposición patrimonial o una prestación de servicios de Estado o entidad u organismo del Estado no compensada por la contraprestación correspondiente del particular. Las prestaciones han de ser más gravosas o perjudiciales a los intereses económicos de Estado» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 38.5). <https://bit.ly/3ClqjBu>



«No se colige una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada debidamente por la contraprestación del contratista, en tanto en cuanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado entre las demás cotizaciones presentadas por las empresas postores para la adquisición de los suministros» (Ejecutoria suprema del 9 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1620-2012 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3kD4SMf>



Por ello, es relevante evaluar la disposición patrimonial en función al contexto en que se produce el proceso de contratación y las posibilidades que brinda el mercado<sup>(943)</sup>, conforme se trate de ingresos (utilidad efectiva) o egresos (utilidad predictiva).

<sup>(941)</sup> BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 188.

<sup>(942)</sup> Así también: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 215; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 188.

<sup>(943)</sup> Cf. CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1623; MONTÓYA VIVANCO en Actualidad Jurídica n.º 171, 2008, p. 101; AZABACHE CARACCILO en Diálogo con la jurisprudencia n.º 125, 2009, p. 199; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 30.

**Jurisprudencias:** «La adquisición del vehículo por parte de la Municipalidad de Capaso se realizó cuando este contaba con cargas y gravámenes generando riesgos inminentes al patrimonio del Estado, sin embargo, se debe señalar que el tipo penal al momento de la comisión del delito indica taxativamente el elemento 'defraudar', clasificándolo de esta forma en un delito de resultado, es decir, se necesitaba que se concrete la defraudación a los intereses del Estado mediante una concertación ilegal, la que en el caso concreto no sucedió teniendo en cuenta que el vehículo adquirido fue saneado al momento de advertirse lo que pesaba sobre este» (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R.N. n.º 2474-2015 Puno, considerando 5.6). <https://bit.ly/3lZRjGa>.



«No es posible localizar la concertación defraudatoria de los intereses del Estado, en el contexto de la colusión ilegal, donde se haya fijado intencionadamente condiciones de contratación para beneficiar a la empresa en detrimento de los intereses del Banco de Materiales —la conducta idónea para perjudicar el patrimonio del Estado—, pues la situación patrimonial de esa entidad no se vio empeorada. Tampoco se advierte una disposición patrimonial de Estado que no haya sido compensada debidamente, en tanto en cuanto la obra del albergue terminada se hipotecó a favor de la entidad agraviada por una suma de mucho valor que el valor del préstamo otorgado, más los intereses y la entidad agraviada recuperó el inmueble a su favor» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3923-2010 Lima, considerando 15). <https://bit.ly/3ky5e6G>.



**1453.**  
Detrimen-  
to o  
déficit de  
ingresos y  
egresos.

Un perjuicio patrimonial no se ajusta al concepto de las utilidades predictiva o efectiva, ya que se emplean los recursos o los activos derrochándolos o mal utilizándolos, lo que produce un detrimento o un déficit diferencial de lo que se proyectaba obtener por un correcto manejo de los mismos, ya sea por la innecesariedad de su empleo (disposición insostenible o ausencia total de una utilidad predictiva o efectiva) o por la desproporcionalidad de los beneficios obtenidos por su empleo (disposición desproporcional o ausencia parcial de una utilidad predictiva o efectiva).

**Jurisprudencias:** «Se defrauda al Estado —se incluye toda entidad u organismo del Estado— en tanto se pretenda que la contraprestación recibida sea inferior a la prestación del mismo, o inferior a la que se podría haber recibido de no haberse adulterado el proceso por la concertación» (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 38.2). <https://bit.ly/3ClqjBu>.



«El hecho de que se fraguó un concurso, en el que necesariamente debían intervenir varios postores, se alteró el cronograma de los procesos cuestionados, se varió el monto referencial sin sustento técnico acreditado, y se impidió contar con una oferta variada —y más favorable al interés patrimonial del gobierno central—, importó un evidente perjuicio patrimonial. Este se tradujo en una disposición patrimonial de la Municipalidad Provincial de Chiclayo no compensada debidamente por la contraprestación de la empresa bajo la titularidad del condenado. Hubo, pues, una disminución de valores económicos transmisibles no compensados por la celebración de dos



*contratos, al margen de la legalidad administrativa, que importaron pagos del gobierno central sin una lógica de utilidad social al bloquearse fraudulentamente la concurrencia de postores» (Ejecutoria suprema del 22 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3647-2012 Lambayeque, considerando 7.3). <https://bit.ly/3AxNY77>.*

*«Se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevalorados por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la Municipalidad, más aún que 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» (Ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002, Expediente n.º 303-2001 Moquegua-Tacna)<sup>(944)</sup>.*

En tal sentido, nótese un detrimento o un déficit de los egresos cuando los bienes, los servicios o las obras no se asocian con la utilidad predictiva, ya sea por su innecesariedad o por la compensación sobrevalorada, lo que impide conseguir los máximos beneficios. Hay también un detrimento o un déficit de los ingresos por los activos dispuestos en valores alejados a la utilidad efectiva, si es que la disposición era innecesaria o su valorización es desproporcional, que lo aleja a la obtención de los máximos beneficios.

Por otro lado, las devoluciones o los **reintegros posteriores** no modifican la tipicidad de la conducta<sup>(945)</sup>, puesto que nos encontramos ante un bien jurídico institucional que no solo ostenta un nivel material (patrimonio público), sino formal (principios administrativos de la contratación pública). Aun si se pretenda corregir la disposición patrimonial delictiva, queda latente el correspondiente quebrantamiento de los deberes funcionariales exigibles a los funcionarios para un correcto desarrollo de un proceso de contratación. Por lo pronto, la devolución únicamente tendría significado en materia de reparación civil.

**1454.**  
Reintegros

La acreditación del perjuicio patrimonial se relaciona con las **pericias contables o valorativas**, constituyéndose en pruebas técnicas que establecerán la existencia del perjuicio y la delimitación de su magnitud<sup>(946)</sup>. Sus defectos cuánticos o imprecisiones numéricas subsanables o mínimas no podrán soslayar su calidad probatoria sobre la configuración del perjuicio patrimonial. Sus conclusiones deberán ser interpretadas conforme a la existencia o no de una utilidad predictiva o efectiva conforme se trate de ingresos a favor por la disposición de activos o egresos compensados por la percepción de bienes, servicios u obras.

**1455.**  
Acreditación del perjuicio

<sup>(944)</sup> FRISANCHO APARICIO, 2004, p. 52.

<sup>(945)</sup> Cfr. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 247; POLITOFF/MATUS ACUNA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; MATUS ACUNA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 448.

<sup>(946)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2016, p. 210; PARIONA ARANA, 2017, p. 149; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 250; CACERES JÚLCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 98; VARGAS VALDIVIA en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, 2012, p. 144. Considera como dispensable la prueba pericial para la acreditación de la defraudación: CASTILLO ALVA, 2017, pp. 534-536.

**Jurisprudencias:** *«Solo a través de la pericia se puede apreciar la magnitud del posible perjuicio patrimonial que se pudo causar o se causó al Estado; por ende, es decisivo a efectos de establecer la proporcionalidad de la pena impuesta»* (Ejecutoria suprema del 1 de abril de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 881-2018 Pasco, fundamento 2.4). <https://bit.ly/3o5bKUM>.



*«La defraudación al Estado tiene como elemento específico al perjuicio. Es de vital importancia para acreditar este perjuicio que se practiquen y se actúen los informes y dictámenes especializados de acuerdo al caso en concreto»* (Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2474-2015 Puno, considerando 5.4). <https://bit.ly/3lZRjGa>.



*«El encausado, quien fue el único participante, entregó piezas usadas y falsificó el certificado de garantías, y también en concierto con el Jefe del Departamento de Mecánica de la institución agraviada logró un precio superior al valor referencial; además, y como dato esencial, según la pericia contable se pagó indebidamente la suma de ochenta y dos mil trescientos cincuenta y siete punto ochenta y cuatro nuevos soles. Todo ello revela un concierto punible entre el funcionario responsable y el proveedor, lo que tipifica el delito de colusión»* (Ejecutoria suprema de 18 de junio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 285-2014 Junín, fundamento 10). <https://bit.ly/3CGFtav>.



*«Con respecto al disvalor del resultado, en cuanto a la afectación a los intereses del Estado, cuya real comprobación requiere indispensablemente de un examen pericial, de una pericia realizada por un órgano imparcial»* (Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2673-2011 Piura, considerando 6). <https://bit.ly/39ziOQV>.



*«La materialidad del delito estará acreditada si se demuestra un perjuicio real o potencial al Estado en los actos jurídicos reseñados, por tanto, la dilucidación de la presente controversia requeriría necesariamente de la práctica de un peritaje contable —prueba científica que determinará a no desmedro patrimonial de la agraviada—»* (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1477-2010 Santa, considerando 3). <https://bit.ly/2ZtwqLO>.



*«No se ha acreditado la defraudación que exige el tipo penal para su configuración, es decir, el perjuicio económico en contra de la entidad agraviada, siendo que la pericia contable practicada concluye que en la contratación de la empresa para el servicio de limpieza pública no existió dicho perjuicio, consignándose inclusive que existe un saldo pendiente a favor de la mencionada empresa»* (Ejecutoria suprema del 1 de diciembre de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1923-2005 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3u8nruE>.



*«El delito de Colusión Desleal presupone para nuestra legislación nacional la presencia de un perjuicio económico al Estado producto de los acuerdos colusorios de los agentes activos, en esa medida resulta mayoritario y frecuente que para determinarla se recurra a la realización de una Pericia Económica o Contable que ilustre al Colegiado en cuanto a este extremo se refiere pues muchas veces en este tipo de casos hay de por medio diferentes y/o ingentes, cifras, cantidades, operaciones aritméticas o financieras u otros que implican complejidad y la necesidad de conocimientos especializados de diversos profesionales»* (Sentencia del 7 de enero de 2010 de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 32-2006, considerando 70). <https://bit.ly/2ZlzfFv>.



En la modalidad de la colusión por defraudación o agravada se debe evaluar una relación normativa o jurídica entre la concertación y la defraudación. Ya hemos precisado del nexo objetivo-normativo de ambos, el que tiene que asimilarse a una relación de causalidad y una imputación jurídica aplicada a las reglas tanto de la imputación objetiva de la conducta como la del resultado. En tal sentido, se entiende que la definición de los roles en el acuerdo colusorio implicará la asunción de un riesgo desaprobado, el mismo que se configura como un peligro jurídicamente desaprobado por el proceder contrario de los concertadores a los principios administrativos del proceso de contratación (**imputación objetiva de la conducta**). A continuación, el peligro jurídicamente desaprobado debe concretarse con el resultado de relevancia penal consistente en la afectación del nivel material de bien jurídico institucional. Para ello, es importante constatar la realización del rol funcional establecido en la concertación, el mismo que debe generar el perjuicio patrimonial contra la entidad administrativa afectada (**imputación objetiva del resultado**). «El perjuicio al Estado debe ser la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido»<sup>(947)</sup>. Desde ya, la sola realización del rol funcional defraudador ocasiona un peligro penalmente relevante para con el bien jurídico institucional que merece el reproche penal.

1456.

Imputación objetiva

**Jurisprudencia:** «Para poder afirmar la defraudación de este tipo penal, no solo basta la constatación entre la concertación y el potencial perjuicio, sino que, además, criterios de imputación objetiva nos aconsejarían mantener una relación objetiva entre todos sus elementos; en este sentido, la consumación de este tipo penal se configura con la concretización del riesgo generado por la infracción del deber positivo o especial del funcionario público coludido» (Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 03-2008-A-10 Lima, fundamento 3). <https://bit.ly/3AEKq33>.



Si en la concertación se pretende reforzar la exclusividad en la obtención del contrato público, no obstante, que las otras alternativas u ofertas en la licitación no superan las que ofrece el particular interesado, no tendría tanto sentido recurrir a la colusión defraudatoria. Es evidente que ante la superioridad de la posición que tiene el particular interesado frente a los demás, una **concertación reforzadora** del contrato no tendría más cabida en el aseguramiento de cualquier posible obstáculo que pudiera generarse en el desarrollo del proceso de contratación. No cabría alegar disminución de riesgo en el sentido de saber que la concertación sirvió para evitar riesgo no permitido mayores a una posible selección negligente o inexperta de los funcionarios seleccionadores. En todo caso, en la concertación reforzadora se han vulnerado los principios administrativos (*v. gr.*, objetividad, regularidad y competencia) que configuran una colusión por concertación, mas no una colusión por resultado.

1457.

Concertación reforzadora

(947) GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 49.

al no conseguirse que el acuerdo colusorio como peligro jurídicamente desaprobado se concrete en un resultado perjudicial al patrimonio público.

1458.  
Relación  
de riesgos

La confluencia de varias concertaciones entre funcionarios y particulares interesados podría llevarnos a la configuración de varias colusiones por concertación que mantienen autonomía en sus respectivas imputaciones. Sin embargo, solo una de ellas podría ser la que consiga esa **relación de riesgos** entre la concertación y el perjuicio patrimonial. Entonces, los demás postores que no han conseguido en sus respectivas concertaciones con el funcionario seleccionador que acoja sus pretensiones, solo serán pasibles de imputárseles la colusión por concertación. El que logra el perjuicio patrimonial consigue la relación de riesgos y se le atribuirá la colusión por defraudación.

1459.  
Desviación  
del nexo  
causal

Asimismo, habrá colusión por concertación si un representante del particular interesado acuerda con el funcionario de asistencia o técnica para la emisión de un informe o consultoría favorable en la evaluación de sus propuestas, mas no una colusión por defraudación si el perjuicio se desarrolla fuera de los márgenes de riesgos creados objetivamente en torno a la favorabilidad del informe técnico; debido a la **desviación del nexo causal** por una nueva concertación del propio particular interesado con el funcionario de selección. En ese supuesto se imputará objetivamente la colusión por defraudación.

1460.  
Interrupción  
del nexo  
causal

También puede suceder que nuevas concertaciones adelanten o intensifiquen el perjuicio patrimonial (**interrupción del nexo causal**). Como acontece, por ejemplo, con las concertaciones en etapa ejecutiva del contratista con el representante de la entidad para la suscripción de adendas defraudatorias, sin necesidad de esperar los informes del funcionario supervisor con quien se estaba negociación indebidamente.

También puede darse el caso que la propia desidia de otros funcionarios produzca el perjuicio patrimonial a la entidad pública, la misma que interrumpe el nexo causal del perjuicio. Por ejemplo, la posibilidad de entrega oportuna de los insumos por parte del contratista es modificado por el responsable de la obra al señalar una nueva fecha o lugar de recepción, lo cual evita su empleo. Si previamente existía una concertación sobre la variación de la calidad del producto, este nuevo acto ajeno a los concertadores (variación del lugar y fecha de entrega) interrumpe el nexo causal de la producción del perjuicio por la calidad del bien.

1461.  
Contexto de la  
colusión

Cualquiera sea la modalidad de la colusión imputada es menester que se desarrolle en el contexto de un proceso de contratación, adquisición o concesión pública en la cual debe intervenir la entidad administrativa<sup>(948)</sup>. Se entiende que es el procedimiento administrativo autorizado o no prohibido por la Constitución Política

(948) *Vid.* RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 420; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 655; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; MARCA ROMERO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 32.



y la Ley para que la Administración Pública puede utilizar el patrimonio público con el fin de obtener bienes, ganancias servicios u obras bajo la meta de una mejor prestación de sus servicios para la Sociedad. Es en este contexto donde debe cometer la colusión defraudatoria, sin este no podría imputarse jurídicamente, lo cual faculta calificarlo como un **delito de contexto**.

Estamos ante el elemento típico del **ámbito de comisión** (momento de ejecución)<sup>(949)</sup>; aunque, nada impide considerarlo también como un objeto material. Es con la existencia de un proceso de contratación que se impone el acatamiento de los deberes y las exigencias a los funcionarios derivados de los principios administrativos especializados. Por ello, este componente no implica un acto administrativo concreto esencial (*v. gr.*, informe de evaluación de propuestas, otorgamiento de buena pro, suscripción del contrato), sino una etapa o todo el procedimiento en sí (*v. gr.*, etapa preparatoria, etapa ejecutiva). Puede calificarse al acto administrativo concreto esencial como el objeto material de la colusión, pero es, por lo menos, la etapa del procedimiento un elemento que nos remite a la idea del contexto de comisión delictivo.

**1462.**  
Elemento  
típico  
ámbito de  
comisión

**Jurisprudencias:** *«El tipo presupone la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta u operaciones similares, situación en la que la actuación del funcionario público debe enmarcarse dentro de estos supuestos, de tal forma que, por más ilícita y perjudicial que hubiera sido la conducta del agente, si no se acredita la existencia de alguna de estas operaciones o actos jurídicos, no se responderá por el delito de colusión»* (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4634-2009 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3kz2zJQ>



*«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»* (Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1318-2012 Lima, considerando 42). <https://bit.ly/3kDivuw>



*«El delito de colusión desleal tiene como base fáctica-normativa una abundante gama de relaciones contractuales en las que el Estado es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de contratantes que le proveerán obras, bienes o servicios»* (Sentencia del 14 de junio de 2012 de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2006, considerando 3.4).

(949) *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ en LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS, 2013, p. 278; CASTILLO ALVA, 2017, p. 418; ROJAS VARGAS, 2016, p. 200; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, 2008, p. 23; SALINAS SIGCHA, 2016, p. 324; PARTONA ARANA, 2017, p. 61; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 155; REVILLA LLAZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 90, 2016, p. 177.

1463.  
Vigencia  
del pro-  
ceso de  
contrata-  
ción

La culminación del proceso de contratación cierra el ámbito de comisión y toda concertación posterior a esta descalifica típicamente la colusión. Entonces, la **extinción** o la **resolución del contrato** trae consigo la imposibilidad típica de sostener una concertación defraudatoria; en todo caso, toda concertación para manejar los asuntos de liquidación de un contrato resuelto podría considerarse un delito de colusión si es que estos se relacionan a actividades anteriores a la extinción que comprometen los intereses patrimoniales de la administración. «Si es que no hay relación contractual vigente entre la entidad y el contratista, no puede cometerse el delito de colusión. Si el contrato público se ha disuelto debido a su resolución por incumplimiento, habrá desaparecido el contexto fáctico-normativo o presupuesto típico exigido por el citado delito»<sup>(950)</sup>. Entonces, es requisito esencial entonces la **vigencia del proceso de contratación**<sup>(951)</sup>.

**Jurisprudencia:** «No se ha logrado acreditar de manera fehaciente la responsabilidad penal del procesado en este delito al no haber tenido participación en un acuerdo previo para defraudar al Estado, y aun cuando tuvo participación en autorizar los pagos, esto ha sido con posterioridad al proceso de selección»



(Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4564-2007-Piura, considerando 4). <https://bit.ly/3EQhYxJ>.

1464.  
Concerta-  
ción pro-  
yectista

La vinculación de la concertación con la existencia de un proceso de contratación nos permite superar aquellas imputaciones insostenibles sobre la idoneidad de una **concertación proyectista o futurista**, es decir, cuando ni siquiera estamos en una etapa preparatoria del proceso de contratación. Esto ocurre en aquellos que no han asumido todavía la encargatura y ya planifican con los particulares la entrega de contratos públicos. Advértase, por ejemplo, en candidatos electorales que buscan financiación en sus campañas electorales a cambio de una posible entrega de obras o concesiones. No es factible la imputación por colusión, ya que la concertación carece de esa idoneidad de vulneración del bien jurídico institucional. Entiéndase entonces que el objeto de la concertación debe recaer en **pretensiones o peticiones de inmediata, real y factible** realización de los concertadores, lo cual no se advertirá en quienes no guardan las condiciones típicas de sujetos activos funcionariales.

**Jurisprudencia:** «La lógica defraudatoria puede plasmarse, precisamente, cuando se evita una licitación, pese a que su realización era legalmente necesaria, es decir, cuando se subvierten total o parcialmente las reglas de la licitación —de modo que se impide precisamente escoger opciones más favorables y efectuar comparaciones efectivas y razonables—, o cuando en el contrato —como consecuencia del acuerdo o concierto previo— se incorporan en desmedro del Estado cláu-



<sup>(950)</sup> REVILLA LLAZA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 90, 2016, p. 174.

<sup>(951)</sup> Cf. CASTILLO ALVA, 2017, p. 435.

*culas irrazonablemente favorables para el ganador, o cuando en su ejecución se permiten incumplimiento o irregularidades que vulneren los fines, modos y plazos de contrato* (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, A. V. n.º 28-2003, considerando 39). <https://bit.ly/3ACelSp>.

El **esquema del ámbito de comisión** de la colusión debe ser aquella que se corresponda en un proceso de contratación de carácter eminentemente patrimonial o económico. Un proceso de contratación implica llegar a una **relación jurídica horizontal bilateral** (de partes definidas) donde uno de los intervinientes es necesariamente una entidad pública. En ese ámbito de contratación, las partes ingresarán a una relación de negocios en la que se involucrarán los intereses patrimoniales de la administración. Téngase presente que dicha relación jurídica será objeto de aprovechamiento para la formación de otra relación bilateral (paralela) que es la concertación defraudatoria.

A ello, es de adicionar el **carácter patrimonial o económico** que siempre está presente en los elementos del tipo penal y que en este caso se conduce a que toda contratación debe involucrar, por lo menos, intereses patrimoniales que importen a la administración<sup>(952)</sup>. Lo distintivo reside en que en esa relación jurídica bilateral se definen la disposición o la adquisición de bienes o activos, la construcción de obras o la prestación de servicios a favor de la administración. El **objeto del contrato** (bienes, activos, obras y servicios) establecerá su carácter patrimonial o económico. Esto permite descartar de la tipicidad todo ámbito consistente en una relación jurídica entre la administración y el *extraneus* que respondan a otro tipo de intereses.

Esto descarta la posibilidad de comprender a los **contratos laborales**, puesto que estos generarían una relación jurídica vertical entre la administración y el contratado que no implica más que la incorporación del *extraneus* a la plana del personal dependiente de la Administración Pública. Es la formación de una situación de dependencia laboral y no el ingreso a un mercado o una negociación en condiciones equiparadas<sup>(953)</sup>. No es un esquema de contratación de un servicio que implique un beneficio patrimonial concreto, sino de la integración al recurso humano de la administración que prestará servicios a la Sociedad. Por ello, es importante distinguir en los ámbitos de la contratación laboral y la contratación de prestación de servicios para deslindar los casos de colusión defraudatoria.

1465.  
Esquema del ámbito de comisión

1466.  
Exclusión de los contratos laborales

<sup>(952)</sup> Cfr. CATALÁN SENDER, 1999, p. 315; CASTILLO ALVA, 2017, p. 469; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; PARIANA ARANA, 2017, p. 61; HURTADO POZO, 2011, p. 16; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 165; REYNA ALFARO en Actualidad Jurídica n.º 130, 2004, p. 71; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 43; MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 57; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 32; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 352.

<sup>(953)</sup> Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 168.

1467.  
Técnica  
legislativa

El legislador penal ha recurrido hasta **dos formas para describir legalmente** el ámbito de comisión en el artículo 384<sup>(954)</sup>. Así, se valió de un **modelo mixto** de tipificación consistente en una ejemplificación de contrataciones (cláusula cerrada), a la cual se le adicionó una fórmula genérica para la interpretación de otros procedimientos contractuales (cláusula abierta). Este modelo se observa en el texto original del artículo 384 y su modificatoria por la Ley n.º 26713, las cuales hacían referencia a «*los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante*». También se adoptó —en su momento— un **modelo abierto** de tipificación en el sentido de sintetizar las formas del ámbito de comisión en una mención amplia de contrataciones, evitando la proliferación de terminologías que colman innecesariamente el supuesto de hecho de la fórmula penal. Este modelo se advierte en la modificatoria de la Ley n.º 29703 que utiliza la frase «*en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos*». Adviértase que el legislador penal no ha utilizado un modelo cerrado o casuístico de enumeración de contratos públicos que es altamente criticable.

El modelo que actualmente el artículo 384 mantiene es el **mixto** (conforme a la modificatoria de la Ley n.º 29758), el cual sintetiza más la ejemplificación de las contrataciones sin dejar de mencionar una fórmula genérica de interpretación<sup>(955)</sup>: «*en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado*». Con ello, al intérprete solo le queda remitirse a la normatividad especializada, no solo para interpretar los alcances de las formas de contratación, sino también para identificar otras similares, pero que siempre respondan a un proceso de contratación de interés patrimonial. Estamos ante un límite típico trascendental a la hora de trazar las fronteras de la colusión defraudatoria<sup>(956)</sup>.

<sup>(954)</sup> Recurre a un modelo mixto: artículo 454 del Código Penal nicaraguense («*en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, o cualquier otra operación*»). A un modelo amplio: artículo 436 del Código Penal español («*cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos*»), artículo 239 del Código Penal chileno («*operaciones*») y artículo 376 del Código Penal hondureño («*cualquier acto jurídico en que tenga interés el Estado*»). A un modelo cerrado: artículo 410-A del Código Penal colombiano («*en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso*»), artículo 450 del Código Penal guatemalteco («*en alguna comisión de suministros, contratos, asustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos*») y artículo 328 del Código Penal salvadoreño («*cualquier contrato, suministro, licitación o subasta*»). En la legislación nacional, tanto el artículo 201 del Código Penal de 1863 y el artículo 344 del Código Penal de 1924 han seguido un modelo cerrado («*los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros*»).

<sup>(955)</sup> No obstante, siempre quedarán las objeciones como las de MIGUEL POLAINO NAVARRETE que indica que «no tiene sentido mencionar las modalidades de contratación, como si de ellas se derivara alguna relevancia penal. Y aun más absurda es la referencia a los actos de las modalidades de la contratación pública. El circunloquio legal contribuye a dificultar la determinación del sentido de la norma y la delimitación de la materia de la prohibición» (POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 350).

<sup>(956)</sup> BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 173.

En todos los casos cuando se procede a la descripción legal del ámbito de comisión se constituye la figura penal en un **tipo penal en blanco** en el cual se utilizan los **elementos normativos** para la remisión interpretativa de los contratos a una norma extrapenal o una norma especializada en materia de contrataciones. Por eso, en cuestión de colusión defraudatoria es menester recurrir a las normas administrativas (*v. gr.*, Ley de Contrataciones del Estado) o civiles (*v. gr.*, Código Civil) que regulan los contratos y las concesiones. Esto nos lleva a sostener que, en principio, toda contratación requiere un **reconocimiento o previsión legislativa**<sup>(957)</sup>. No es papel del legislador penal hacer una delimitación acabada de las formas y los alcances de contratación cuando eso le corresponde al legislador administrativo, por lo que es adecuado trasladar dicha labor vía el empleo de cláusulas abiertas y derivativas con referencia técnica de componentes propios de la especialidad administrativa.

Aquí también podría hacerse mención a los **contratos nominados atípicos** cuya dinámica económica y modernización rebasa toda acogida legislativa, pero que tiene incumbencia patrimonial y no es contraria a las prohibiciones legislativas; más aún si la Ley reconoce su validez, aunque no tenga acogida normativa específica.

Téngase en cuenta también que las exigentes formalidades de las normas administrativas en los contratos no deben ser óbice para cuestionar su existencia si es que han cumplido su finalidad patrimonial o económica. «Tratar de limitar la posibilidad de la interpretación del contrato daría pie a la posibilidad de generar espacios de impunidad, pues muchas veces la corrupción se realiza en el marco de todo un engranaje de organizaciones delictivas de corrupción dentro del Estado, que posibilitan determinadas actividades contractuales que no cumplen —necesariamente— con todas las formalidades administrativas»<sup>(958)</sup>.

En principio, **cualquier contrato** en el cual interviene la entidad pública en el que se comprometen sus intereses patrimoniales califica como el ámbito de comisión de la colusión<sup>(959)</sup>. Entonces cabría hablar tanto los contratos administrativos como los contratos privados (negocios jurídicos) siempre con intervención estatal<sup>(960)</sup>. Ahora procede discernir cuáles son esos contratos o, mejor aún, establecer una **clasificación**

**1468.**  
Elemento  
normativo

**1469.**  
Contratos  
atípicos

**1470.**  
Innecesaria-  
riedad de  
las for-  
malidades  
adminis-  
trativas

**1471.**  
Tipo de  
contratos

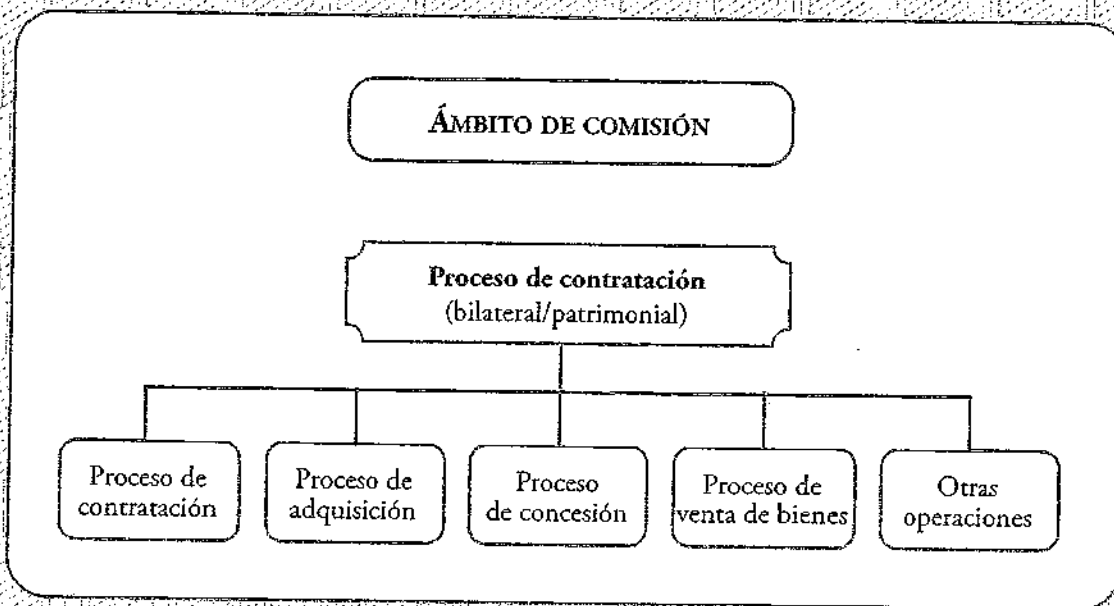
<sup>(957)</sup> *Cf.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; ETNEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Baraitita, 1999, p. 213; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2094; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 555; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837.

<sup>(958)</sup> MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 158.

<sup>(959)</sup> *Cf.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2094; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 555; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278.

<sup>(960)</sup> *Cf.* ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 556; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 155; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 138; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 43; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 352; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 57.

de los contratos públicos idóneos como ámbitos de comisión. Por lo pronto, consideramos una clasificación conforme al objeto del contrato (bienes, obras, activos y servicios) y a la fuente de financiamiento (pública, privada o mixta), tomando en cuenta uno de los enfoques, el material patrimonialista del bien jurídico protegido. Entonces, estamos ante los procesos de contratación, adquisición, concesión y ventas. El artículo 384 hace referencia expresa de las tres primeras; sin embargo, con la cláusula general es factible incluir también los procesos de ventas.



1472.  
Procesos  
de con-  
tratación  
y adquisi-  
ción

El **proceso de contratación** consiste en la obtención de la entidad administrativa de la prestación de servicios o la construcción de obras por parte del particular. En este tipo de contratos la administración recibe los servicios especializados de profesionales o técnicos para un mejor rendimiento del servicio público. El **proceso de adquisición** implica la obtención de la entidad pública de los bienes o los insumos que otorga el particular. Es evidente que para la efectivización del servicio o la construcción de las obras la administración requerirá de la logística necesaria. En ambos contratos, la entidad se valdrá del financiamiento público para la obtención de los bienes, servicios u obras. Ambos contratos están regulados en la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones Públicas.

1473.  
Medios  
para la  
contra-  
tación o  
adquisi-  
ción

La referida ley establece los **métodos** o los **medios** para llegar a la contratación o a la adquisición conforme al importe que empleará la administración y el objeto del contrato público. Así, las **licitaciones públicas** se emplean para la contratación de bienes y obras de mayor valor conforme precisión legal (artículo 22, Ley n.º 30225); el **concurso público** permitirá la contratación de servicios cuyos costo son de mayor valor conforme precisión legal (artículo 22, Ley n.º 30225); la **adjudicación simplificada** es el medio para la contrataciones de bienes y servicios (consultorías no individuales) cuyos valores son menores a las anteriores conforme a ley (artículo

23, Ley n.º 30225); la **selección de consultores individuales** es un método especializado para la contratación de consultores individuales que no implique la recurrencia a un equipo de personal (artículo 24, Ley n.º 30225); la **comparación de precios** se utiliza para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, esto es, de fácil obtención o que tengan un estándar establecido en el mercado (artículo 25, Ley n.º 30225); la **subasta inversa electrónica** se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el listado de bienes y servicios comunes (artículo 26, Ley n.º 30225); y las **contrataciones directas** suponen contrataciones inmediatas con un determinado proveedor en supuestos concretos (*v. gr.*, cuando se contrata con otra entidad pública; ante situaciones de emergencia por catástrofes, defensa y seguridad nacional o emergencia sanitaria; por desabastecimiento; porque los bienes y servicios solo pueden ser obtenidos por un determinado proveedor que posee derechos exclusivos respecto de ellos; arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles; servicios de defensa legal para funcionarios y servidores públicos) (artículo 27, Ley n.º 30225).

El **proceso de concesión** es una forma de contratación consistente en la cesión temporal de derechos sobre una actividad pública a favor de un particular para el uso y la explotación de bienes y servicios. Se trata del traslado no definitivo de activos públicos al *extraneus* para que prosiga con la utilización de los mismos con fines sociales. El financiamiento es eminentemente privado o compartido con la administración (la entidad pública como socia). Las concesiones suelen relacionarse más con empresas mixtas o de capital estatal que son reemplazadas por la empresa privada.

1474.  
Proceso de  
concesión

La normatividad especializada base para las concesiones se encuentra en el Decreto Supremo n.º 059-96-PCM («*Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*») y en el Decreto Legislativo n.º 1012 («*Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación del empleo productivo y dictar normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada*»).

En este contrato se entiende la administración percibe un beneficio patrimonial (*v. gr.*, derechos, tarifas, tasas, participaciones) producto del traslado temporal de su actividad de cuyos ingresos íntegros deja de percibir para el fomento de la inversión privada o por el mejoramiento de la eficiencia en la producción y la gestión de la infraestructura pública y de sus servicios.

Hay hasta tres clases de contratos de concesión conforme a su objeto. *Primero*, el **contrato de concesión de infraestructura** tiene por objeto el traslado al *extraneus* de la construcción o su ampliación, el mantenimiento o la conservación o la explotación de obras públicas nuevas o preexistentes (*v. gr.*, carreteras, aeropuertos, hospitales, centros educativos, puertos, centros penitenciarios). *Segundo*, el **contrato**

1475.  
Tipos de  
concesio-  
nes

de **concesión de servicios** tiene por objeto el traslado al *extraneus* de la prestación o la gestión de servicios públicos esenciales (*v. gr.*, agua, energía eléctrica, alcantarillado, limpieza pública, combustible, seguridad). *Tercero*, el **contrato de concesión mixta** que tiene por objeto el traslado al *extraneus* de las actividades públicas relacionadas con las obras y los servicios a la vez.

**1476.** El **proceso de compraventa de bienes privados de propiedad estatal** consiste en la adjudicación de bienes de titularidad de una entidad pública autorizada para su disposición a favor del postor que presente la mejor oferta o valorización económica. Este tipo de procesos está regulado en la Ley n.º 29151 («*Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales*») y el Código Civil. Aquí no cabe hablar del financiamiento para la adquisición de los bienes públicos, sino del valor estimado que obtendrá la administración por la cesión definitiva de sus activos.

**1477.** Hemos indicado que el artículo 384 contiene la cláusula abierta «*cualquier operación a cargo del Estado*». Esta debe ser interpretada en el sentido que se comprenda a cualquier actividad jurídica que se acerque o asemeje a un proceso de contratación de interés patrimonial, aunque no sean específicamente las modalidades antes señaladas. «Cualquier operación que pretenda ingresar al ámbito típico de este delito debe parecerse o guardar semejanza normativa a los contratos de obra, servicios, de bienes o de concesión, así se desprende de la regulación histórica del precepto como también de una reducción teleológica del mismo. De faltar dicha semejanza por más dañina, gravosa que sea la operación no puede aplicarse el delito de colusión ilegal»<sup>(961)</sup>.

Por lo pronto, debemos descartar toda operación unilateral de la administración que impida la intervención del particular<sup>(962)</sup>; pues, de ser así, no tendría sentido analizar una presunta concertación entre el funcionario y el *extraneus* para la defraudación contra la administración<sup>(963)</sup>; además de incurrir en interpretaciones que vulnerar la prohibición de analogía *in malam partem*. Entre otras formas que no impliquen los procesos de contratación, adquisición y concesión, además del proceso de compraventa de bienes públicos, podemos hacer referencia a los contratos de financiamiento (endeudamiento público), los contratos asociativos, los contratos de alquileres de los bienes estatales, entre otros.

(961) CASTILLO ALVA, 2017, p. 508. *Cf.* PARIONA ARANA, 2017, p. 85; MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 138.

(962) *Vid.* PARIONA ARANA, 2017, p. 85. Consideran que se tratan de actos unilaterales o que no impliquen un contrato; ROJAS VARGAS, 2016, p. 200; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 312; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 43.

(963) Por eso, RAMIRO SALINAS-SICCHA sostiene que «no puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal 384» (2016, p. 324).



**Jurisprudencia:** «En los procesos de regulación de tarifas no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso no es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal. Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario, deviene del mencionado contrato de concesión celebrado entre el Estado representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones y Telefónica, empero, dicho procedimiento no se da en el contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión, pues este debe desarrollarse en el marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado» (Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 341-2015 Lima, considerandos 5.2-5.3). <https://bit.ly/3EH2Qmd>.



Por otro lado, adviértase que el artículo 384 («en cualquier etapa») no discrimina la **etapa del proceso de contratación** en la cual recaerán los efectos de la concertación fraudulenta. Si bien la etapa resaltante es el momento definitorio de la contratación o la selección del contratista, no podemos ser ajenos a que la defraudación también puede estar dirigida a las demás etapas del procedimiento. Por ello, no hay distinción alguna sobre la etapa procedimental como ámbito de comisión<sup>(964)</sup>, pudiendo ser cualquiera, siempre que se relacione con la afectación patrimonial a la administración<sup>(965)</sup>.

**1478.**  
Etapas del proceso de contratación

**Jurisprudencias:** «Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público; las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio» (Ejecutoria suprema del 28 de agosto de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1379-2017, fundamento 2). <https://bit.ly/39x0xUi>.



«El acuerdo colusorio puede producirse en cualquiera de las etapas del procedimiento de la contratación pública y de acuerdo con el texto normativo citado, el autor, solo puede ser el funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo en el procedimiento» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 603-2016 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3zG65X8>.



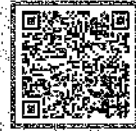
<sup>(964)</sup> Cf. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1789; CORDOBA RÓDA en Córdoba Róda/García Arán II, 2004, p. 2094; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 555; CATALAN SENDER, 1999, p. 314; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 278; CASTILLO ALVA, 2017, p. 473; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 337; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 43; GUIMARAY MORI en Boletín n.º 7 Proyecto anticorrupción, 2011, pp. 4-5; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 57; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 352.

<sup>(965)</sup> Cf. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 175; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batallita, 1999, p. 214; MIR PUIG, 2000, p. 338; Ídem, 2016, p. 171; DÍAZ CASTILLO, 2016, p. 337.

«La intervención del encausado no fue post delictiva, pues el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entre y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible» (Ejecutoria suprema del 5 de diciembre de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1527-2016 Santa, fundamento 9). <https://bit.ly/2XPErlq>.



«Los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Casma se concertaron con el encausado durante la ejecución de las obras, conclusión que se evidencia con la autorización de los pagos por valorizaciones que no corresponden a lo realmente ejecutado, ocasionando un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada» (Ejecutoria suprema del 7 de setiembre de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 474-2016 Santa, considerando 6). <https://bit.ly/3ENzSB5>.



«El perjuicio a la Municipalidad Distrital Del Santa se configura desde el momento que se recibió maquinarias —dos volquetes y un cargador frontal— con deficiencias técnicas por no cumplir con las especificaciones y características distintas a la establecida en las bases» (Ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3537-2009 Santa, considerando 8). <https://bit.ly/3u7hWfl>.



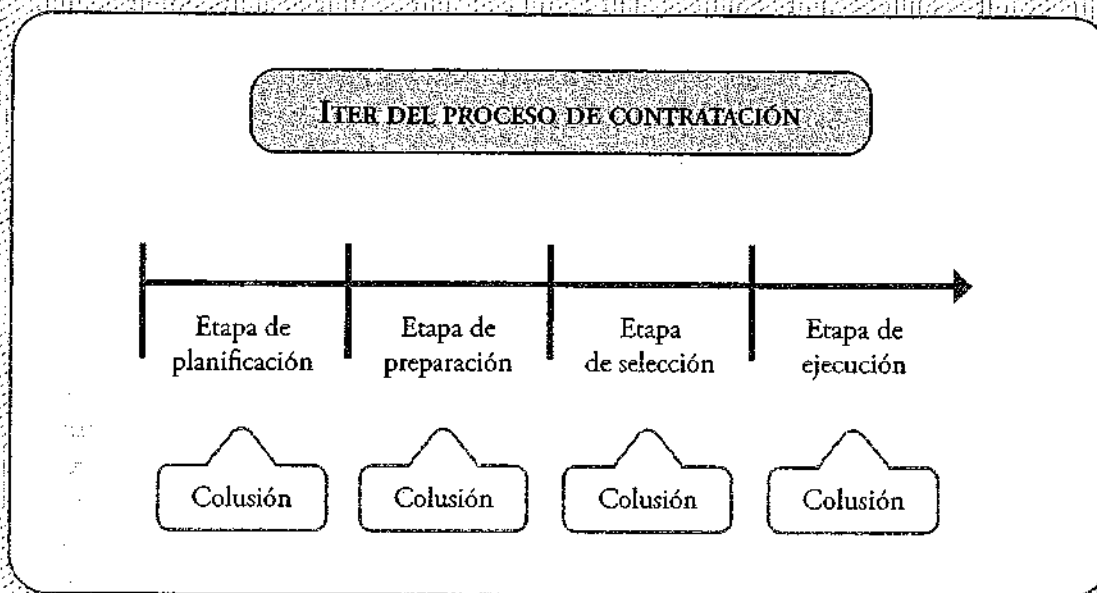
«El delito de colusión puede verificarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública; es decir, pueden realizarse actos colusorios tanto en la generación de la necesidad (inicio), como en la liquidación del contrato (final), pasando por las etapas de evaluación, adjudicación, ejecución etc. En tal virtud, se descarta de plano todo argumento orientado a discutir la tipicidad de una conducta —de presunta colusión—, basado en la etapa contractual en que los hechos se enmarcan (...). Por tanto, es correcta la imputación fiscal cuando atribuye un acto de colusión que se habría efectuado en la etapa de ejecución de las obras de los puntos 'Comuneros' y 'Eternidad'» (Ejecutoria superior del 31 de julio de 2017 de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios- Colegiado «A», Expediente n.º 00004-2015-40-5201-JR-PE-01, fundamento 7.6). <https://bit.ly/39y7J2v>.



«El artículo 384 del Código Penal no exige de manera explícita o implícita que el comportamiento delictivo se materialice a posteriori de la celebración de un contrato ni refiere que la conducta delictiva sea desplegada exclusivamente en licitaciones o concursos de precios, sino también puede ser cometida en contratos, suministros u otra operación semejante» (Ejecutoria superior del 21 de noviembre de 2003 de la Sala Penal Especial de Lima, Incidente n.º 53-2001-U, considerando 5). <https://bit.ly/3lOxscA>.



En ese parecer, la nulidad o la resolución de una etapa esencial del proceso de contratación no puede ser motivo de atipicidad de la concertación o la defraudación ocurridas en esta; mas sí de posteriores concertaciones o defraudaciones. Por ejemplo, si en la etapa ejecutiva se da por incumplido el contrato o se resuelve el mismo, las concertaciones acaecidas durante la licitación mantienen su tipicidad; o si se declara nulo el contrato antes de su ejecución, las posteriores concertaciones resultarían atípicas.



Podemos describir hasta cuatro etapas del proceso de contratación, las cuales deben ser exigidas en la tipicidad conforme sea el tipo de contratación pública. *Primera*, la **etapa de planificación** consiste en la formulación, aprobación y programación presupuestaria de los requerimientos de necesidad de bienes, servicios y obras para el cumplimiento de los objetivos y actividades; asimismo, es la formulación y aprobación del procedimiento para la enajenación de los bienes privados de propiedad estatal. Es la definición de la necesidad de recurrir al proceso de contratación y, por ende, en una colusión sería la posibilidad de dar sostenimiento innecesario a la justificación del proceso de contratación<sup>(966)</sup>. Aquí, por ejemplo, la concertación podría consistir en la banalidad del requerimiento administrativo de bienes o servicios tomando en cuenta la existencia de otros bienes similares o servicios ya brindados.

**1479.**  
Etapa de planificación

*Segunda*, la **etapa preparatoria** consiste en la elaboración del expediente técnico (especificaciones técnicas, los términos de referencia o las bases administrativas) y la realización de todos los actos necesarios para el inicio del proceso de contratación (*u. gr.*, designación del comité seleccionador). En esta etapa, por ejemplo, la concertación podría incidir en las precisiones de requisitos técnicos innecesarios o requerimientos de exigencias superfluas que busquen limitar el ámbito de postores; así también en la designación interesada de funcionarios vinculados a los intereses de un determinado postor.

**1480.**  
Etapa de planificación

*Tercera*, la **etapa de selección** consiste en la determinación del candidato o postor que intervendrá en el contrato público que suscribirá el contrato con la entidad. Esta etapa cuenta, a su vez, con una serie de fases como la convocatoria (difusión de la selección de postores), el registro de participantes (la inscripción de los postores que intervendrán en la selección), la integración de las bases (la superación de observaciones y consultas sobre el expediente administrativo), la presentación de ofertas (la presen-

**1481.**  
Etapa de selección

(966) *Vid.* GUIMARAY MORI en Boletín n.º 7 Proyecto anticorrupción, 2011, p. 4

tación de las propuestas o las ofertas de los postores), la evaluación y la calificación de ofertas (la definición de la oferta más óptima para la administración y el otorgamiento de la buena pro). Los supuestos de defraudación se advertirían, por ejemplo, por interpretaciones parcializadas de las consultas que reconducen a la integración de las bases a favor de un determinado postor; asimismo, por la calificación defectuosa de las propuestas técnicas y/o económicas para el favorecimiento de uno de los postores.

1482.

Etapa de ejecución

*Cuarta, la etapa de ejecución*, la misma que implica la suscripción del contrato y el cumplimiento de su objeto o, mejor dicho, de las obligaciones asumidas por los contratantes (efectivización y liquidación). En esta etapa, la defraudación puede consistir, por ejemplo, en la sobrevaluación de los gastos o la inflación de actividades en la planilla, liquidaciones desproporcionadas, inercia en la aplicación de penalidades por incumplimientos contractuales o dar por cumplido la ejecución contractual cuando resulta defectuosa.

La existencia de un *iter* procedimental del contrato permite apreciar que el particular interesado puede incurrir en **concertaciones consecutivas** relacionadas a cada etapa de un mismo proceso de contratación. Así, se hablaría de una colusión para la etapa preparatoria (*v. gr.*, manejar las exigencias técnicas de las bases), una colusión para la etapa de selección (*v. gr.*, direccionar la calificación de las propuestas) y una colusión para la etapa ejecutiva (*v. gr.*, evitar la aplicación de penalidades por incumplimientos contractuales). Se trata de un delito continuado de colusión defraudatoria en que se sigue un plan criminal de ejecución defraudatoria contra la administración en actos continuados de concertación por parte del particular interesado frente a distintos funcionarios responsables de cada etapa del proceso de contratación.

## §10. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1483.

¿Imprudencia?

Es necesario resaltar la imposibilidad de imputar subjetivamente **imprudencia** al funcionario defraudador en el delito de colusión defraudatoria. Esto lo sostenemos no solo por la incongruencia de una actuación culposa en una estructura típica de concertación y defraudación al patrimonio administrativo<sup>(967)</sup>, sino por la no descripción legal de la misma en el artículo 384. Con ello, se reafirma a la colusión como un **delito doloso** y, por tanto, las actuaciones imprudentes de los funcionarios en el ámbito de los contratos, por más dañinas que sean, solo pueden ser tratadas vía el Derecho Administrativo sancionador<sup>(968)</sup>.

<sup>(967)</sup> *Vid.* MIR PUIG, 2000, p. 339; *Idem*, 2016, p. 172; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batafrita, 1999, p. 247; CATALÁN SENDER, 1999, p. 316; MORILLAS CUEVA en Cobó Del Rosal, 2000, p. 838; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 421; PARIONA ARANA, 2017, p. 105; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 159.

<sup>(968)</sup> *Cf.* ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 560; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 421; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 449; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 218.

**Jurisprudencias:** «En cuanto al tipo subjetivo, es evidente la estructura dolosa de la colusión por requerir la voluntad preordenada en la comisión del delito. No se admite la configuración culposa de este delito» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.7). <https://bit.ly/39wJcuH>.



«Se imputa al encausado la comisión del delito de colusión desleal, en mérito de 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» (Ejecutoria suprema del 5 de abril de 2004 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 310-2003 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3u7T9bw>.



La colusión defraudatoria solo puede ser cometida por **dolo**. En la **colusión por concertación (simple)**, el funcionario defraudador tiene conocimiento del quebrantamiento de sus deberes funcionariales por el hecho de haber concertado con el particular interesado en el ámbito de un proceso de contratación (conocimiento) y tiene la intención de hacerlo guiado bajo un fin defraudatorio contra la administración (voluntad). En la **colusión por defraudación (agravada)**, el funcionario defraudador tiene conocimiento que el rol que ejecuta proviene de una concertación sostenida con el particular interesado y que de este se derivará el perjuicio patrimonial contra la administración (conocimiento), y tiene la determinación de ejercerlo (voluntad).

**1484.**  
Dolo

La **voluntad en la colusión por concertación** es la intención de concertar o la determinación de acordar o establecer el plan defraudatorio contra la administración. Es una apreciación teórica del querer del funcionario en torno a su convencimiento en tener coordinaciones con los interesados del proceso de contratación del cual está sujeto por sus deberes funcionariales.

**1485.**  
Voluntad en la colusión por concertación

Esta voluntad se ve reforzada por un **elemento subjetivo adicional**<sup>(969)</sup> consistente en el ánimo defraudatorio o el fin de perjudicar a la administración en sus intereses patrimoniales o económicos<sup>(970)</sup>; los cuales el artículo 384 los identifica con la expresión «para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado»<sup>(971)</sup>.

**1486.**  
Elemento subjetivo: fin defraudatorio

<sup>(969)</sup> Así también: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 560; MIR PUIG, 2000, p. 340; Ídem, 2016, p. 172; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 351; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 529; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 895; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 454; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 279; RODRÍGUEZ DEVERSA, 1995, p. 1196; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; CASTILLO ALVA, 2017, p. 370; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 33.

<sup>(970)</sup> Cfr. EITXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Bararrita, 1999, p. 215; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 189; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 279; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133.

<sup>(971)</sup> En la legislación comparada también se precisa el elemento subjetivo adicional: artículo 436 del Código Penal español («para defraudar a cualquier ente público»), artículo 410-A

En tal sentido, el funcionario defraudador interviene en el delito no solo con la determinación de concertar, sino que ya viene decidido a perjudicar a la entidad pública.

**Jurisprudencia:** «Esta festinación de trámites no puede argüirse como simples faltas administrativas, pues denotan claramente el ánimo defraudatorio —basado en el engaño—, de favorecer los intereses de los extraneos, así como los propios y, con ello, perjudicar económicamente al Estado» (Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2374-2013 Lima, considerando 9). <https://bit.ly/3u64hpc>.



1487.

Dolo  
directo

Este fin específico (intencionalidad defraudatoria) brinda el contenido penal subjetivo necesario para sostener que en la colusión por concertación solo cabe imputar un **dolo directo**<sup>(972)</sup> (dolo de intención o dolo de primer grado), por lo que se excluye el **dolo eventual**<sup>(973)</sup>. No hay opciones para considerar que cuando el funcionario esté coordinando con el particular interesado esté presumiendo (tomando en serio) desenvolverse en una planificación de defraudación; y, peor aún, que solo se limita en una conformidad y no a una determinación a la misma. La ausencia del elemento subjetivo adicional simplemente hace atípica la imputación, por lo que un desenvolvimiento bajo un dolo eventual también lo sería.

**Jurisprudencias:** «Dadas las características del tipo penal se necesita el dolo directo en el comportamiento activo del agente, pues el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual» (Ejecutoria suprema del 28 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2537-2010 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3CKpjg6>.



del Código Penal colombiano (*fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual*), artículo 450 del Código Penal guatemalteco (*para defraudar al Estado*) y artículo 376 del Código Penal hondureño (*para defraudar al Fisco*).

<sup>(972)</sup> Cfr. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 191; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Chodán Montalvo II, 2001, p. 529; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 498; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 449; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 656; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 203; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 316; ROJAS VARGAS, 2016, pp. 205 y 213; PARIONA ARANA, 2017, p. 104; SALINAS SICCHA, 2016, p. 337; REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 428; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 445; CASTILLO ALVA, 2017, p. 355; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 48; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choires/Calderón Valverde, 2012, p. 153; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 251; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 61; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 33.

<sup>(973)</sup> Así también: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 838; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 734; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 807; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 421; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 656; ROJAS VARGAS, 2016, pp. 205 y 213; PARIONA ARANA, 2017, p. 104; MENDOZA VAEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 61; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 355. En sentido contrario: CASTILLO ALVA, 2017, p. 355; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 221; VILLEGAS PATVA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 114, 2018, p. 48.

«El tipo penal del delito de colusión desleal reclama dolo directo, esto es, la voluntad y conocimiento de los elementos del tipo que se corresponde con el accionar del agente, razón por la cual deberá determinarse si los imputados actuaron con el dolo de concertarse con el objeto de defraudar al Estado y si llegó a producir este resultado o no» (Sentencia del 27 de abril de 2012 de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 26-2009, considerando 2). <https://bit.ly/3hZ5w4T>.



Así, hay un fin ulterior que impulsa al funcionario defraudador, aunque objetivamente no es importante su concreción. El acto del funcionario es de proyección o trascendencia; por ello, participa en la concertación para dejar en claro su objetivo defraudador contra su propia representada. Esto nos permite sostener que la colusión por concertación se adecúa a un tipo de **tendencia interna trascendente**, puesto que su objetivo (perjuicio patrimonial de la administración) no requiere ser realizado. Asimismo, se observa una forma de **delito mutilado de dos actos**, ya que la finalidad especial del sujeto activo constituye el medio para otro delito. Mejor dicho, el sujeto activo de la colusión por concertación tiene por objetivo la colusión por defraudación.

**1488.**  
Tipo de  
tendencia  
interna  
trascen-  
dente

La configuración o la formación del elemento subjetivo de la defraudación patrimonial puede darse antes o durante la comisión de la concertación; mas no después de esta. Con ello, también procede la imputación subjetiva si el funcionario todavía no tiene la intención defraudatoria y se presenta en la concertación sin ninguna pretensión; pero formándose recién la misma por el convencimiento del particular interesado en el mismo acto de la concertación. Así, es posible imputar a los sujetos activos ocasionales o espontáneos.

**1489.**  
Momento  
de for-  
mación  
del ánimo  
defrauda-  
torio

No hay otra intención especial o ánimo singularizado que influya en la determinación de la imputación subjetiva de la colusión por concertación. Cualquier otro motivo ajeno a la defraudación patrimonial descalifica la tipicidad subjetiva. Esto sucede en quienes buscan favorecer a un particular interesado sin que ello implique perjudicar a la administración; si no, todo lo contrario<sup>(974)</sup>. También ocurriría en quien, motivado por cuestiones de emergencia o urgencia, busca prescindir de las exigencias procedimentales en la contratación pública<sup>(975)</sup>.

**1490.**  
Otros  
fines

Se ha hecho referencia a los **ánimos de lucro** o intenciones especiales de beneficio propio o ajeno del funcionario; pero, al no ser descritos estos en el artículo 384 no pueden ser valorados como elementos subjetivos adicionales<sup>(976)</sup>. No podemos

**1491.**  
Ánimo de  
beneficio  
personal

(974) Cf. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 560.

(975) Cf. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 216.

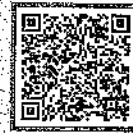
(976) Cf. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 216; MIR PUIG, 2000, p. 340; Idem, 2016, p. 172; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 560; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 189; CATALÁN SENDER, 1999, p. 318; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Melrullo, 2000, p. 1162; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 807; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 316; ROJAS VARGAS, 2007, p. 422; CASTILLO ALVA, 2017, p. 370; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 218; SALINAS SICCHA, 2016, p. 337; REÁTEGUI SÁNCHEZ,

negar que la razón que impulsa la intervención del funcionario en la concertación es el beneficiarse patrimonialmente del aprovechamiento de sus deberes funcionariales. Sin embargo, el legislador penal no ha tomado en cuenta dicho motivo como elemento subjetivo configurador del tipo penal, lo cual permite sostener que este sea uno de los componentes en el análisis de las características de los elementos objetivos de la colusión (*v. gr.*, concertación y ejecución de los roles defraudatorios). Es una intención paralela a la defraudación no valorada por la norma penal. No obstante, también podemos tomar en consideración el motivo del beneficio indebido como un criterio genérico de agravación punitiva (artículo 46.2.c, Código Penal).

**Jurisprudencias**<sup>(977)</sup>: «La configuración del delito de colusión no exige verificación de beneficio alguno para el intraneus o el extraneus» (Ejecutoria suprema del 7 de junio de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 367-2018 Santa, considerando 3.13). <https://bit.ly/2W8i4Pz>.



«El sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extra económica que busca perjudicar al Estado» (Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1105-2011 Ica, considerando 3). <https://bit.ly/3AGD7HW>.



«Es irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo» (Ejecutoria suprema del 15 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1050-2011 Santa, considerando 5). <https://bit.ly/3o2Tv27>.



«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 computadores para la entidad agraviada al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir diligentemente 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» (Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 1998, Expediente n.º 992-1997). <https://bit.ly/3AI10ik>.



**1492.**  
Animo de  
beneficio  
a otra  
entidad  
pública

Cabe analizar la situación del **ánimo de favorecimiento a otras entidades** de la administración. Esto sucede en los casos de los procesos de contratación por modalidad directa entre entidades públicas (artículo 27.a, Ley 30225). Así, el funcionario defraudador participa en la concertación con el ánimo defraudador contra su propia representada, pero en beneficio de otra entidad de la administración. Al parecer, es

2017, p. 428; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 48; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 153; MENDOZA VAREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, p. 61; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 30.

<sup>(977)</sup> *Vid.* tab.: Ejecutoria suprema del 9 de agosto de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2368-2011 Cusco, considerando 3.



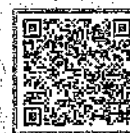
factible bajo la imputación subjetiva configurar dichos casos, puesto que el artículo 384 hace mención «para defraudar a una entidad u organismo del Estado». Sin embargo, el supuesto es atípico por la no adecuación de la entidad pública beneficiada como tercero interesado, debido a que esta forma parte de la administración<sup>(978)</sup>.

La **voluntad en la colusión por defraudación** es la intención de ejecutar los roles establecidos en la concertación y la generación del perjuicio patrimonial contra la Administración Pública. En realidad, el elemento subjetivo adicional de la colusión por concertación pasa a ser la voluntad concreta en el dolo de la colusión por defraudación. Entonces, no hay ningún elemento subjetivo específico o adicional, sino que simplemente la determinación a la defraudación es la intención típica de esta modalidad de colusión defraudatoria. No obstante, se mantiene la exigencia de un **dolo directo** que excluye toda posibilidad de un dolo eventual.

Esta voluntad es formada o determinada definitivamente en la concertación, ya que es producto del acuerdo que consiguen el funcionario y el particular interesado. Por ello, la colusión por concertación constituye la etapa de formación del dolo de los sujetos activos de la colusión por defraudación.

Los **conocimientos mínimos de la colusión por concertación** recaen en sus elementos objetivos, en especial, en la infracción de los deberes funcionariales, la concertación y el ámbito contractual de comisión. Así, con relación a los **deberes funcionariales**, el funcionario cuenta con los **conocimientos especializados**, es decir, proveniente de su propia encargatura. Resulta no difícil avanzar su desconocimiento en torno a actuaciones debidas o que está autorizado realizar y las garantías que debe otorgar en el desenvolvimiento de sus funciones. Son los conocimientos sobre la infracción de los deberes funcionariales específicos que lo vinculan al proceso de contratación<sup>(979)</sup>. Los conocimientos especializados se circunscriben en la exigencia al sujeto activo de su permanente actualización (deber de conocimiento), lo cual no habilita la atipicidad subjetiva por quien alegue el simple desconocimiento por descuido en la actualización o la imposibilidad de poder conocer las pautas de actuación funcional.

**Jurisprudencias:** «Tal situación refleja un concierto punible, pues de otro modo no se explica que un dato esencial, y de necesario conocimiento por altos funcionarios regionales, como es el hecho de una Cooperativa no podía emitir cartas fianza y se pase por alto. El dolo (desde una perspectiva de atribución según sus competencias y simples máximas de experiencia) es patente» (Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 791-2017 Junín, fundamento 9). <https://bit.ly/3zBY3P5>.



**1493.**  
Voluntad de la colusión por defraudación

**1494.**  
Conocimientos mínimos de la colusión por concertación

(978) Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 561.

(979) Cfr. PARIONA ARANA, 2017, p. 103.

«No puede esgrimir de forma válida el desconocimiento de las normas sobre los procedimientos de adquisiciones, estando al cargo que ostentaba, esto es, Jefe de Abastecimiento encargado de la adquisición de bienes y servicios, tanto más si como miembro del Comité de Adjudicación procedió en contra de las propias bases del concurso» (Ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3537-2009 Santa, considerando 8). <https://bit.ly/3u7hWfl>.



Lo contrario resultaría de la situación de incapacidad personal de auto formarse en las reglas del proceso de contratación a la cual la administración lleva al sujeto activo funcional, aun cuando este agota todas las posibilidades y no tiene el auxilio de quien le destinó a dicha condición funcional.

**Jurisprudencia:** «Si bien existen irregularidades en cuanto al cumplimiento de plazos establecidos en el cronograma del proceso para la venta de bases, evaluación de propuestas y otorgamiento de buena pro; así como la falta de comunicación a los postores sobre el resultado del proceso; ello constituye un acto negligente por parte de los miembros del Comité; sin embargo las propias encausadas han sido enfáticas en sostener durante el proceso penal que desconocían acerca de la normatividad vigente y relativa los procesos de selección, afirmando que no estaban capacitadas para ello y es en mérito a lo cual solicitaron incluso una capacitación que solamente estuvo orientada brindarles una charlas que no abonaron a un buen desempeño en dicha función encomendada» (Ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1199-2013 Arequipa, considerando 3.1.4). <https://bit.ly/3zGmPxz>.



Además, estamos ante el conocimiento de **elementos normativos** del tipo que supone más a una comprensión; por lo que, de hallarse situaciones de desconocimiento, se distinguen más por defectos de comprensión o asimilación de las pautas normativas sobre la prohibición de las actuaciones funcionariales.

No debemos dejar de lado la imposibilidad de los conocimientos mínimos del sujeto activo funcional al momento de evaluar los controles administrativos de las condiciones de los particulares interesados en un proceso de contratación cuando estos recurren a medios fraudulentos o falsarios para afianzar dicha imposibilidad.

**Jurisprudencia:** «No se ha acreditado en autos que el proceso de licitación haya infringido los lineamientos establecidos por la precitada ley de contrataciones y adquisiciones, pues conforme al artículo quince de su reglamento, se establece que son responsables del contenido de las declaraciones juradas, las personas naturales o los representantes de las personas jurídicas que las suscriban; máxime si tampoco se ha demostrado en autos que los miembros de la comisión de licitación al momento de otorgar la buena pro hubieran conocido de los impedimentos de la empresa contratista» (Ejecutoria suprema del 22 de abril de 2003 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2356-2002 Ucayali, considerando 3). <https://bit.ly/3i3glmt>.



En torno a la **concertación**, el funcionario cuenta con los conocimientos mínimos de estar en coordinación o en acuerdo con un particular interesado<sup>(980)</sup>. Es importante observar que el funcionario tenía conocimiento sobre la aceptación por parte del particular interesado de la pretensión formulada, puesto que solo así podrá entenderse los conocimientos mínimos de una concertación y no una preparación de esta. Asimismo, el funcionario defraudador sabe que con quien está concertando no es cualquier persona, sino uno **interesado** en el acto administrativo esencial que tiene bajo su responsabilidad en el ámbito de un proceso de contratación. Es menester verificar entonces que el funcionario conocía en forma suficiente que su pretensión y el compromiso de ejercer su rol defraudador lo estaba trasladando a un tercero que tiene relación inmediata con el proceso de contratación. No cabe duda que los conocimientos mínimos recaen principalmente en los **elementos objetivos del tipo**.

Aquí se apreciarán **conocimientos mínimos previos** cuando el interesado o un tercero ponen en conocimiento al funcionario de la posibilidad de una coordinación. Como también es factible imputar **conocimientos mínimos exteriorizados** por el propio funcionario previo o durante la concertación sobre su interés de quebrantar sus deberes y defraudar a la administración.

Por otro lado, los conocimientos mínimos también deben recaer en el **ámbito de comisión** de la colusión, esto es, el funcionario defraudador sabe que interviene en la concertación o ejerce la defraudación relacionada siempre en torno a un proceso de contratación<sup>(981)</sup> de bienes, servicios, activos u obras en los que se comprometerán los intereses patrimoniales de la administración. Los defectos de conocimiento que impliquen confundir el ámbito de comisión con operaciones unilaterales o convenios que no respondan a una naturaleza económica derivan en la atipicidad subjetiva.

Los **conocimientos mínimos de la colusión por defraudación** recaen, además de los elementos antes mencionados, en la realización del rol defraudador y la generación del perjuicio patrimonial contra la administración. Sobre la **realización del rol defraudador**, es menester entender que el funcionario defraudador tiene conocimiento sobre la causa de la realización del rol defraudador, esto es, que proviene de una concertación previa en la que se acordó que quebrantar los deberes funcionariales. Es importante subrayar que el conocimiento del motivo de realización del rol defraudador proviene de un acuerdo con el particular y no por decisión propia u ordenada o requerida por otro funcionario. Puede suceder que el funcionario no haya intervenido en la concertación, pero de lo que no le debe caber duda es que está ejecutando uno de los acuerdos establecidos en la concertación previa. Otro conocimiento justificante que maneje el sujeto activo por la ejecución del rol defraudador supondrá la atipicidad subjetiva.

1495.  
Conocimiento de la concertación y el interesado

1496.  
Conocimiento del proceso de contratación

1497.  
Conocimientos mínimos en la colusión por defraudación

(980) Cfr. PARIANA ARANA, 2017, p. 103; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, p. 49; MENDOZA VAEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, p. 61.

(981) Cfr. CUELLO CALÓN II, 1980, p. 465.

1498.  
Conocimiento de la generación del perjuicio patrimonial

También tiene que recaer los conocimientos mínimos en la **generación del perjuicio patrimonial** contra la administración conforme sea la modalidad de contratación en la que se ejecutara la defraudación<sup>(982)</sup>. El sujeto activo funcional tiene conocimiento promedio sobre la idoneidad de su rol defraudador para conseguir la disposición patrimonial que traerá consigo un detrimento o un déficit diferencial del manejo de los fondos o los recursos públicos. En ese sentido, conoce del innecesario manejo de los fondos públicos (ausencia total de la utilidad predictiva o efectiva) o la desproporcionalidad de los beneficios que se obtiene por el empleo de los fondos o los activos públicos (ausencia parcial de la utilidad predictiva o efectiva).

Por todo ello, el conocimiento suficiente del funcionario sobre la existencia, más bien, de una utilidad predictiva o efectiva de los fondos o los activos públicos resultará la auidicia subjetiva; mejor dicho, si advierte erradamente que en el ámbito de negociación quien saldrá ganador es la administración (el acuerdo lo beneficiará), está actuando en ausencia del conocimiento del perjuicio patrimonial<sup>(983)</sup>. Este supuesto se acerca más a las malas o las erradas negociaciones funcionariales que merece calificarse como actuaciones imprudentes.

1499.  
Imputación subjetiva del particular interesado

Aun cuando el **particular interesado** no es el otro sujeto activo de la colusión defraudatoria, no debemos dejar de mencionar que, en su ámbito subjetivo, es también necesario rescatar una **intervención dolosa**<sup>(984)</sup> con incidencia en los elementos típicos de la concertación, el rol que ejerciera el funcionario defraudador y el ámbito de comisión del delito. No es sostenible una intervención imprudente en el particular interesado, ya que ello no se ajustaría a una actuación guiada a la defraudación contra la administración. En todo caso, la ausencia de una imputación subjetiva en el particular interesado tendrá que ser considerada como la carencia de este como elemento objetivo del tipo penal.

1500.  
Error de tipo

Los cálculos erróneos o las confusiones numéricas sobre las ganancias o los beneficios que debería obtener la administración en una negociación podrían conllevar a supuestos de **error de tipo**. Sin embargo, no tendría sentido evaluar la vencibilidad del error, pues el funcionario defraudador se desenvuelve bajo una intencionalidad defraudatoria que no deja espacios de imputación para quien ejerce sus funciones sin el quebrantamiento de los deberes como la objetividad e imparcialidad. Además, los defectos contables o valorativos que no son abarcados también por la voluntad no satisfacen la imputación subjetiva.

1501.  
Error sobre elementos normativos

El error puede recaer en un elemento normativo del tipo penal de la colusión defraudatoria (*v. gr.*, infracción de deberes funcionariales o el proceso de contratación); lo que conduce el caso más a un error de comprensión que de conocimiento de un elemento del tipo penal. Empero, ya hemos indicado que, en estos casos, tiene

(982) *Vid.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 216.

(983) *Cf.* MENDOZA VÁEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 101, 2017, pp. 61-62.

(984) *Vid.* PARIONA ARANA, 2017, p. 104; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, 2011, pp. 48-49.

prevalencia la aplicación del error de tipo y no el error de prohibición. Frente a ello, se evaluará la posibilidad del error conforme a la situación en la que se encuentra el funcionario, no por su propia desidia, sino por factores externos imprevistos (*u. gr.*, confusa descripción de las pautas de conductas, modificaciones al expediente técnico no comunicados oportunamente).

También pueden ocurrir errores en la identificación de la persona con la que se realizan coordinaciones. Esto sucede cuando el funcionario confunde a su contraparte con el particular interesado o con un tercero. Aquí cabe evaluar la relevancia del **error in persona**. Así, estamos ante un **error relevante** cuando el funcionario confunde a la persona a quien invita en sus coordinaciones creyendo que era otro funcionario o una persona que no tenía la condición de ser o representar al particular interesado. También el error es relevante cuando el funcionario cree que la persona con quien coordina es o representa al particular interesado, aunque en realidad este carece del poder de decisión del particular interesado o simula o se hace pasar por este. En estos casos, las coordinaciones no califican como riesgos significantes.

**1502.**  
Error in  
persona

Un **error irrelevante** es el que recae en la identificación de un particular interesado frente a otro similar. Así, el funcionario cree estar coordinando con un particular interesado individualizado, pero lo confunde por otro interesado. Lo mismo podría acontecerle al funcionario con la identidad de los intermediarios de los cuales se vale el particular interesado. No hay relevancia en el error de la identificación del particular interesado si al final la concertación conseguirá el acuerdo defraudatorio.

## §11. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 11.1. Consumación y tentativa

En la **colusión por concertación** (simple), la **consumación formal** se verifica en el acto mismo del acuerdo o la concertación fraudulenta<sup>(985)</sup> que es el momento culminante del proceso comunicativo entre el funcionario y el particular interesado sin necesidad de verificar un resultado patrimonial perjudicial. Entiéndase mejor en el instante en que tanto el funcionario defraudador como el particular interesado toman conocimiento de la aceptación de sus pretensiones o la conformidad de los

**1503.**  
Consumación de la colusión por concertación

<sup>(985)</sup> Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA en Asua Batallita, 1999, p. 213; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 561; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1791; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 838; CATALÁN SENDER, 1999, p. 320; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 260; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 895; ORTIZ BERENGUÉR en Vives Antón, 1999, p. 774; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacroz López/Melendo Pardo, 2013, p. 279; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 121; CARDONA TORRES, 2010, p. 521; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 544; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; BLANCO LOZANO II, 2005, p. 527; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; CASTILLO ALVA, 2017, p. 571; PARIÓN ARANA, 2017, p. 133; ROJAS VARGAS, 2016, p. 205; MARTÍNEZ HUAMAN, 2019, p. 242; SALINAS SICCHA, 2016, p. 340; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrés/Calderón Valverde, 2012, p. 156; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 356.

planteamientos de ambas partes. Podemos resaltar que la aceptación mutua de los planteamientos negociados en la concertación determina el momento definitivo de la consumación a fines del tipo penal.

1504.  
Delito  
de mera  
actividad

En tal sentido, nos encontramos ante un **delito de mera actividad**<sup>(986)</sup>, puesto que no es necesario que los acuerdos tomados sean ejecutados o que producto de la realización de los roles asignados se haya conseguido el resultado lesivo, esto es, el perjuicio patrimonial contra la administración. No hay un resultado espacio-temporal separado de la concertación que el legislador penal haya incluido en la modalidad de la colusión por concertación para establecer el momento de la consumación. Por consiguiente, es imposible configurar la **tentativa**<sup>(987)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado»* (Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 341-2015 Lima, considerando 4.3). <https://bit.ly/3EH2Qmd>.



*«El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó ut supra el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Esto significa que en algunos casos la propia Administración Pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público [es un delito de simple actividad y peligro]»* (Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1318-2012 Lima, fundamento 12). <https://bit.ly/3kDivuw>.



(986) Cfr. BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 148; MIR PUIG, 2000, p. 336; Ídem, 2016, p. 171; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 213; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 558; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1162; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 837; CATALÁN SENDER, 1999, p. 319; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1623; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 895; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1197; QUERALT, 2008, p. 1119; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 735; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Lorente Fernández *et al.*, 1998, p. 121; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyña Ménguez *et al.*, 2000, p. 835; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 527; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 282; ROJAS VARGAS, 2016, p. 206; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 242; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 446; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 158; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 33; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 356.

(987) Así *tab.*: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 561; CATALÁN SENDER, 1999, p. 320; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1197; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES en Código Penal III, 1997, p. 4133; ROJAS VARGAS, 2016, p. 206; SALINAS SICCHA, 2016, p. 343; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 446; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 158; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 33; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 356.

«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» (Ejecutoria Suprema del 19 de marzo de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3209-2007 Ica, considerando 2). <https://bit.ly/2XNKu2l>.



«El delito se consumaría con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la idoneidad del acto de colusión» (Ejecutoria suprema del 17 de febrero de 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1464-2004 Cusco, considerando 5). <https://bit.ly/3o52aBlk>.



Por ello, todo acto posterior a la concertación (u gr., ejecución de los roles o generación del perjuicio patrimonial) ingresa a la etapa de **agotamiento** (consumación material) de la colusión por concertación. «La consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo»<sup>(988)</sup>. Sin embargo, no tendría un tratamiento autónomo, ya que se estaría mas bien ante la tentativa o la consumación de la colusión por defraudación. Por consiguiente, ante un concurso aparente de leyes, toda trascendencia de una colusión por concertación conllevará siempre a la imputación de la colusión por defraudación, en aplicación del principio de consunción.

**1505.**  
Agotamiento

En el caso que el particular interesado decida no participar en el proceso de contratación, esto no modifica la configuración típica de la colusión por concertación, ya que se trata de una actuación posterior que varía el plan ya determinado en una concertación consumada. Esto reafirma la factibilidad de la colusión por concertación en etapas de planificación y de preparación de la contratación pública.

Ahora bien, los actos anteriores a la concertación no forman parte de la etapa ejecutiva de la colusión por concertación. Así, los acercamientos y los planteamientos o las propuestas de cualquiera de las partes no configuran la presente modalidad. Si no se consigue la comunicación de las admisiones o permisiones de las pretensiones del funcionario defraudador y del particular interesado no podría hablarse de la ejecución del delito. Por lo pronto, serían actos unilaterales preparatorios a la concertación que carecen de relevancia penal<sup>(989)</sup>.

**1506.**  
Actos preparatorios

Esto nos lleva a afirmar que la colusión por concertación es un **delito de consumación instantánea**, es decir, la configuración del delito sucede en el instante mismo del acuerdo o la concordancia entre el funcionario defraudador y el particular interesado. Esto evita toda formulación de la figura como un delito permanente.

**1507.**  
Delito instantáneo

<sup>(988)</sup> MIR PUIG, 2000, p. 337.

<sup>(989)</sup> Cf. MIR PUIG, 2000, p. 337; Ídem, 2016, p. 171; CATALÁN SENDER, 1999, p. 320; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 121; ROJAS VARGAS, 2016, p. 206. Algunos lo consideran actos de tentativa: MIR PUIG, 2016, p. 171; CASTILLO ALVA, 2017, p. 571; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 244; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 253.

**1508.**  
Consumación de la colusión por defraudación

En la **colusión por defraudación** (agravada) la **consumación formal** ocurre con la generación del perjuicio patrimonial que sufre la entidad administrativa<sup>(990)</sup>. Esto sucede cuando el sujeto activo funcional consigue generar a favor del particular interesado un derecho económico en detrimento del patrimonio público, esto es, con el contrato público o sus adendas o ampliaciones. Se hace mención del perjuicio patrimonial como el momento definitivo de la consumación; pero debe distinguirse esta en el instante mismo de la generación obligaciones jurídicas a las que se sujeta la administración que implican el déficit o el detrimento de los recursos o activos públicos.

**Jurisprudencias:** «La consumación del delito de colusión en su modalidad agravada (colusión por resultado) se da con la producción efectiva y comprobada de la defraudación de los intereses estatales o de entidades u organismos del Estado fruto de una concertación ilegal» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014, considerando 53.8). <https://bit.ly/39wJcuH>.



«En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 661-2016 Piura, fundamento 17, doctrina jurisprudencial vinculante). <https://bit.ly/3EF4u7I>.



**1509.**  
Delito de resultado de consumación instantánea

Ya hemos indicado que la colusión por defraudación constituye un **delito de resultado lesivo** y es debido a la necesidad de verificar la afectación material al bien jurídico (perjuicio al patrimonio público) como consecuencia de la ejecución de los roles establecidos en la concertación. Además, se adiciona el calificativo de **delito de consumación instantánea**<sup>(991)</sup>, ya que, en el momento mismo de la generación del detrimento jurídico al patrimonio (obligación contractual), se da por consumado el delito. Las ampliaciones de nuevas obligaciones contractuales perjudiciales (*v. gr.*, adendas) no podrían ser explicadas bajo la idea del mantenimiento de un estado antijurídico (delito permanente), sino como otros resultados lesivos de actos continuados (delito continuado).

<sup>(990)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 420; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 203; ROJAS VARGAS, 2016, p. 213; PARIONA ARANA, 2017, p. 133; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 245; SALINAS SICCHA, 2016, p. 341; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Choires/Calderón Valverde, 2012, p. 157; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 365.

<sup>(991)</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, 2017, p. 572; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 366; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 365.



Así, la colusión por defraudación permite los casos de **tentativa**<sup>(992)</sup>, ya que hay un espacio temporal suficiente entre la ejecución del rol defraudador y el acaecimiento del perjuicio patrimonial que permite la interrupción del nexo causal. Esta se entenderá cuando el funcionario defraudador, habiendo ejecutado los roles asignados en la concertación, no consigue el resultado patrimonial lesivo (**tentativa acabada**) o no logra realizar todos los roles acordados y necesarios para la defraudación (**tentativa inacabada**). La interrupción del *iter criminis* defraudatorio puede derivar de la propia iniciativa del funcionario defraudador (**desistimiento**). Ejemplo: el funcionario seleccionador decide abandonar el plan coordinado con el particular interesado y otorga la buena pro al postor que ofertó la mejor propuesta económica. La interrupción también puede ser externa, esto es, proveniente de terceros. Ejemplo: el funcionario que es intervenido por la policía al ser descubierto las coordinaciones que tenía con uno de los postores. Otros casos de interrupción externa podrían ocurrir por el desistimiento del particular interesado en cumplir con el beneficio a favor del funcionario o la cancelación del proceso de selección (artículo 30, Ley n.º 30225).

No olvidemos que estos actos de interrupción deben realizarse antes de la generación del resultado lesivo; ya que, con posterioridad, aun cuando implique la nulidad contractual, no modifica la tipicidad del delito (*v. gr.*, reintegrós, devoluciones).

Por ello, todo **acto posterior a la defraudación** ingresa a la etapa de **agotamiento** (consumación material) de la colusión por defraudación. Esto se evidencia con la ejecución de las contraprestaciones de los concertados. Así, la entrega del beneficio indebido acordado para el funcionario defraudador no es un elemento del tipo penal que exija su necesaria configuración, puesto que solo agota el delito<sup>(993)</sup>. Lo mismo sucede con la contraprestación pecuniaria al particular interesado derivado del contrato público.

El agotamiento del delito también estriba en interrupciones en la ejecución contractual por factores ajenos a los concertadores (*v. gr.*, un fuerte sismo que debilita la construcción de la obra) y no por actos defraudatorios de estos. La defraudación, al verse configurada con la suscripción del contrato, su no realización fortuita no modifica la tipicidad del delito.

<sup>(992)</sup> Cf. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 420; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 499; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 449; CASTILLO ALVA, 2017, p. 572; PARIONA ARANA, 2017, p. 134; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 447; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrres/Calderón Valverde, 2012, p. 159; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 34; TREJO LUGO en Actualidad Penal n.º 19, 2016, p. 253; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 365.

<sup>(993)</sup> Cf. ETXEBARRÍA ZARRABETITIA en Asua Baraitza, 1999, p. 213; CATALÁN SENDER, 1999, p. 320; CARDENAL MONTRAVETA en Cofoy Bidasolo I, 2019, p. 707; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 895; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 420; SALINAS SICCHA, 2016, p. 341; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 245; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrres/Calderón Valverde, 2012, p. 158; ESPINOZA MONTES en Actualidad Penal n.º 39, 2017, p. 365.

1510.

Tentativa en la colusión por defraudación

1511.

Agotamiento

**Jurisprudencia:** «Si bien los imputados sostienen que actuaron correctamente y que la obra no concluyó porque se lo impidió el Frente de Defensa de la localidad, es de resaltar que existía una relación previa del Alcalde con el padre del ganador de la experiencia en el rubro y que, al final de cuentas, no realizó la obra. Ello revela que su contratación se produjo en virtud de una concertación indebida y que se afectó el patrimonio edil ante la actuación pública indebida de los funcionarios imputados y la participación del titular de la empresa en cuestión» (Ejecutoria suprema del 7 de mayo de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2949-2014 Santa, fundamento 5). <https://bit.ly/3zGn6AB>.



1512.  
Actos  
preparatorios

Sobre los **actos anteriores a la colusión por defraudación**, es notorio que lo constituye la concertación. La etapa ejecutiva de la presente modalidad se inicia con la realización de la actividad funcional coordinada previamente con el particular interesado. Todo acto anterior a ella no configura la colusión por defraudación. Hay que aclarar que la concertación no da inicio a la colusión por defraudación y, por ende, menos calificaría una tentativa<sup>(994)</sup>. Las coordinaciones posteriores a la concertación tampoco lo serían si es que el funcionario defraudador no ha dado inicio a ejecutar lo que se ha comprometido para la defraudación. Mientras eso sucede, se mantiene vigente la sola imputación típica de la colusión por concertación.

## 11.2. Autoría y participación

1513.  
Autoría  
inmediata

La colusión defraudatoria es un delito de infracción de deber propio y el dominio del hecho funcional recae en el funcionario defraudador quien se erige como el **autor inmediato**. Entiéndase que es solo el funcionario quien puede infringir los deberes funcionariales que lo vinculan al proceso de contratación. Pero, esto no quiere decir que la colusión por concertación sea un **delito de propia mano**, ya que es viable recurrir a un tercero para comunicar la pretensión defraudatoria; lo que no sucede en la colusión por defraudación en la cual sí y solo si se necesitarán de la intervención directa del funcionario.

1514.  
Autoría  
inmediata

Así, en la colusión por concertación el funcionario puede intervenir en forma directa o valerse de un tercero para comunicar sus pretensiones, mas no para tomar decisiones. Por ello, en la colusión indirecta el funcionario puede trasladar su mensaje defraudador en la concertación bajo el dominio de la voluntad de su intermediario y así atribuirsele la condición de **autor mediato**. Esto no ocurre en la colusión por defraudación, en la que no es atribuible al funcionario la condición de autor mediato.

<sup>(994)</sup> RAMIRO SALINAS SICHHA ha indicado que no hay posibilidad a la tentativa debido a que una colusión simple siempre será una forma tentada de una colusión agravada (2016, pp. 343-344). Consideramos que la colusión simple es el acto preparatorio de la colusión agravada.

Hay deberes funcionariales en el proceso de contratación que vinculan a más de un funcionario como sucede en los comités de selección (funcionarios seleccionadores) o el equipo de peritos o expertos consultados sobre aspectos técnicos (funcionarios de asistencia). La actuación conjunta de estos genera un acto administrativo esencial para el proceso de contratación, por lo que la no intervención de uno de ellos hace ineficaz su realización. Aquí se advierte el dominio funcional del hecho funcional en el cual los funcionarios intervienen como **coautores** en la decisión en común de intervenir en la concertación con el particular interesado. En ese ámbito, la ejecución del plan puede recaer en todos (colusión por defraudación) o encomendarse a uno de ellos (colusión por concertación).

1515.  
Coautoría

La participación en la colusión defraudatoria puede provenir tanto de un *infraneus* como de un *extraneus*. Dejando de lado la intervención del partícipe necesario (particular interesado), también pueden concurrir otros partícipes cuyos aportes deben incidir en formar o favorecer la concreción de la concertación.

1516.  
Participación

**Jurisprudencias:** «Respecto a la participación del particular en los delitos especiales propios de infracción del deber, como el que se imputa a los recurrentes, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha optado por el principio de la unidad del título de imputación; esto es, la misma tipificación debe alcanzar tanto al autor como al partícipe, asignándole a este la condición de cómplice o instigador, según su aporte a la comisión del delito, en razón a que la participación del particular interesado es dependiente del hecho principal» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 603-2016 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3zG65X8>.



«Para ser autor de este delito se necesita ser funcionario público y no solo eso sino también intervenir en el contrato en razón de su cargo o comisión especial si bien estos dos supuestos no son atribuibles al encausado esto se debe a que no se le imputa la autoría del delito sino la complicidad, que entendemos como el particular o prestar ayuda a cometer el injusto de otro, por lo cual este ayudar al injusto de otro tiene como consecuencia una extensión de punibilidad a los cómplices, en el caso de autos si bien este delito es uno especial propio porque se requiere ser funcionario o servidor público para cometerlo, la extensión de la punibilidad no se ve afectada por esto ya que al cómplice aun siendo un *extraneus*, que no posee las especiales características que el tipo exige para el autor, también se imputa este delito por haber ayudado a realizar el injusto de otro» (Ejecutoria superior del 10 de julio de 2006 de la Sala Penal Especial, Expediente n.º 1868-2003-J, considerando 9). <https://bit.ly/3maChxp>.



Es el caso del **cómplice primario** que con su intervención en la colusión viabiliza la concertación o la defraudación, siempre que en su doble dolo de conocimiento no solo abarque el acto contributivo, sino también estos elementos objetivos. Es el típico rol del intermediario conocer del mensaje defraudador de su representado frente a la contraparte en la concertación; el tercero que logra pone en contacto al funcionario defraudador invocando ser cercano al particular interesado o el mediador que consigue resolver las diferencias entre el funcionario y el particular interesado.

1517.  
Complicidad

**Jurisprudencia:** *«El cómplice requiere un doble dolo. En el presente caso, los ministros acusados han debido conocer la concertación de los autores con la parte interesada con la consiguiente afectación de bien jurídico que protege la norma jurídico penal que castiga la colusión, así como han de conocer que su aporte contribuiría a la comisión del delito por los autores»* (Ejecutoria suprema del 23 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 248-2013 Lima, considerando 43). <https://bit.ly/3CIqjBu>



También puede suceder en la defraudación por parte de otro funcionario —que no interviene en la concertación— cuya resolución, disposición, informe o labor funcional facilita la realización del rol defraudador del sujeto activo funcional para conseguir el perjuicio patrimonial. En el supuesto del condicionamiento del rol defraudador con la entrega previa del beneficio indebido, esta calificará como un aporte esencial y el particular interesado concurrirá como un cómplice necesario.

**Jurisprudencias:** *«Aun cuando los encausados no participaron en el acto colusorio habido entre los imputados, su aporte a la ejecución de los ilícitos fue útil para su consumación, cuando dieron la conformidad a la entrega de la mercadería incompleta que efectuó dicha acusada y realizar la tramitación interna de documentación que contenía hechos falsos»* (Ejecutoria suprema del 9 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 236-2012 Lima, considerando 8). <https://bit.ly/2W7PzBx>



*«Los regidores de la Municipalidad agraviada con facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato, ni tampoco verificaron las labores que debía realizar, la forma y contenido de mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. A pesar de ello aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria, la suscripción del contrato con lo que permitieron que la empresa obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que ya había realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los regidores se circunscribe al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el bien funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de concejo no podría haber sido posible la contratación de la citada empresa»* (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1389-2012 Cafete, considerando 5). <https://bit.ly/2XNKD5T>



## 1518. Instigación

No hay posibilidades para la **instigación** del tercero distinto al particular interesado. En el caso que el tercero que convence o determina al particular interesado para que concierte con el funcionario defraudador no podría considerarse un inductor, ya que no está formando el dolo del autor de la colusión defraudatoria, sino al instigador del instigador (instigación en cadena), lo cual no tiene cabida en la imputación jurídica, ya que esta debe ser directa.

**Jurisprudencia:** «Es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa. Los encausados, según se tiene expuesto, tenían el dominio del hecho y realizaron personalmente el acto defraudatorio al Estado. Por ello es que los otros encausados solo pueden tener la calidad de inductores, sin perjuicio de que la relación funcional específica, como ha quedado expuesto, la ostentaban los cinco primeros encausados» (Ejecutoria suprema del 17 de febrero de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1015-2009 Puno, considerando 5). <https://bit.ly/3kD12CL>



### 11.3. Concurso de imputaciones

Se imputa un **delito continuado** de la colusión defraudatoria cuando el funcionario defraudador realiza varias concertaciones con el mismo particular interesado en torno a la realización fraudulenta de varios actos administrativos esenciales de las etapas del proceso de contratación de las cuales tiene competencia y poder de decisión. El fin general del sujeto activo funcional, que unifica tanto las concertaciones como los roles defraudatorios, es conseguir el perjuicio patrimonial contra la administración.

**1519.**  
Delito  
continuado

También podría darse el delito continuado si el particular interesado se concerta con diferentes funcionarios responsables de distintos actos administrativos esenciales, pero de un mismo proceso de contratación. Los actos defraudatorios se ejecutan en diferentes momentos, pero guiado bajo una misma planificación, aunque partiera de un *extraneus*.

En el caso que el funcionario defraudador se concerta con varios particulares interesados de un mismo proceso de contratación, no cabe duda de encontramos ante un **concurso real homogéneo**<sup>(995)</sup> de la colusión por concertación. Mas, no podría describirse lo mismo en la colusión por defraudación, puesto que solo un particular interesado será el beneficiado de la defraudación contra la administración.

**1520.**  
Concurso  
real homo-  
géneo

Se ha resaltado el rasgo fraudulento de la concertación en la colusión; pero también se ha señalado que no es menester llegar al nivel del injusto de una estafa (artículo 196, Código Penal), lo que aleja a la colusión defraudatoria de la idea de contar con los elementos típicos del mencionado delito patrimonial. En ese parecer, no es factible hallar una relación concursal delictiva entre la colusión por defraudación y la estafa. Aunque, si en un caso el funcionario defraudatorio y el particular

**1521.**  
En rela-  
ción con  
la estafa

<sup>(995)</sup> Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 562.

interesado recurren a medios fraudulentos como el engaño o el ardid para lograr el perjuicio patrimonial, habrá un concurso aparente de leyes<sup>(996)</sup> entre ambos delitos que se resolverá con el principio de especialidad a favor de la colusión por defraudación.

**Jurisprudencias:** «La conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial —denota un aparente concurso de leyes—, por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial), pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales —el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado—; que, en igual sentido debe entenderse el aparente concurso entre el citado delito especial y el fraude en la administración de personas jurídicas» (Ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 956-2005 Junín; considerando 4). <https://bit.ly/3ub38go>.



«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» (Ejecutoria suprema del 19 de marzo de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1934-2007 Arequipa, considerando 4). <https://bit.ly/3u7fcPF>. Esta última jurisprudencia aplica el principio de consunción al saber que la colusión es una figura típica más compleja, ya que abarca todos los elementos típicos de la estafa, lo cual generaría discusiones sobre la necesidad del engaño en toda colusión.



1522.  
En relación con el cohecho

En torno al **cohecho**, hemos indicado que la propuesta o el pedido del soborno es la pretensión común del funcionario defraudador en el proceso comunicativo de la concertación; no obstante, no se le ha descrito en la fórmula legal de la colusión como un elemento del tipo objetivo. Esto nos lleva a entender que junto a la colusión defraudatoria entrarán, en principio, en un concurso real<sup>(997)</sup> por decirlo de tipo medial, ya que sin el planteamiento del soborno (por lo menos, como promesa) no podría concretarse una concertación o una defraudación. En tal sentido, la propuesta

(996) Cfr. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Baraitza, 1999, p. 217.

(997) Cfr. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Baraitza, 1999, p. 218; BENAVIDES SCHILLER, 2016, p. 211; MIR PUIG, 2000, p. 341; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 563; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quinteto Olivares, 2017, p. 1792; ROJAS VARGAS, 2007, p. 429; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 319; PARIONA ARANA, 2017, p. 135; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 255.

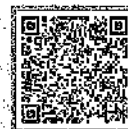
del soborno puede ser un planteamiento del funcionario (cohecho funcional: artículos 393 y 394, Código Penal) o una iniciativa del particular interesado (cohecho generalizado: artículo 397, Código Penal), siendo indiferente de donde provenga su financiamiento (o del patrimonio del particular o de las ganancias que obtenga del contrato público fraudulento).

En los inicios del proceso comunicativo de concertación, podrían intervenir aquellos que buscan el acercamiento o el encuentro entre el funcionario defraudador y el particular interesado. En este caso se advierte la invocación de influencias reales por parte del tercero dirigido al particular interesado sobre su condición de representante del funcionario defraudador y así conseguir dar inicio a la concertación. La labor del traficante de influencia se remite a la etapa preparatoria de la colusión por concertación. En dicha situación, hay un concurso real medial de delitos entre el **tráfico de influencias** (artículo 400, Código Penal) y la colusión.

Hemos indicado que el momento culminante de una colusión por defraudación se halla en el contrato o la adenda suscrita. A continuación, en la etapa de ejecución o disponibilidad material de los fondos públicos se observa que el funcionario responsable de los pagos a los contratistas agota la colusión al cumplir con la contraprestación a favor del particular interesado. En ese ámbito, si este funcionario conoce perfectamente de la determinación colusoria de las obligaciones pecuniarias del Estado (porque ha intervenido también en la concertación) podría incurrir en el delito de **malversación de fondos** (artículo 389), puesto que está dando una aplicación diferente al dinero de la administración que perjudica el patrimonio público. Así, la malversación de fondos podría coincidir con la consumación material de la colusión por defraudación y configurar un concurso real de delitos.

La colusión frente a la **negociación incompatible** (artículo 399, Código Penal) tiene una relación excluyente o subsidiaria en torno a la intervención unilateral o bilateral en el plan de defraudación contra la entidad pública. Se podría indicar que hay una vinculación subsidiaria de ambos delitos que intervienen en un concurso aparente de leyes<sup>(998)</sup>. Desde ya, en el *iter* criminal la negociación incompatible concurre como el primer delito, ya que es el funcionario quien asume el interés en el contrato público; lo que sucede a continuación es la definición si opta por ejecutar la defraudación por su propia cuenta o decide recurrir al particular interesado; de ser así, se configura el segundo delito: la colusión.

**Jurisprudencia:** *Imposibilidad de proponer imputaciones conjuntas por delitos de colusión desleal y negociación incompatible en cuya virtud debe optarse por establecer cuál de los tipos penales resulta aplicable al caso*



<sup>(998)</sup> Cf. PARIANA ARANA, 2017, p. 136; QUISPE MEZA en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 119, 2019, p. 131. JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA lo resuelve con el principio de consunción a favor de la colusión (2017, p. 578).

1523.

En relación con el tráfico de influencias

1524.

En relación con la malversación de fondos

1525.

En relación con la negociación incompatible

*concreto, permitiéndose, en todo caso, la formulación de imputaciones alternativas»* (Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima del 20 de diciembre de 2011, Tema 1). <https://bit.ly/3CKbC0K>.

1526.

En relación con el abuso de funciones

Las infracciones de los deberes funcionariales que no tienen conexión con una concertación se consideran delitos funcionariales unipersonales cercanos a los **abusos funcionariales** (artículo 376, Código Penal) u otras formas cercanas como la omisión de funciones (artículo 377, Código Penal). No obstante, su estructura típica puede subsumirse a la colusión por defraudación si se toma su ejecución como un rol defraudatorio establecido en la concertación para conseguir el perjuicio patrimonial. Se entenderá que, entre estos delitos, existe un concurso aparente de leyes que se resuelve por el principio de consunción.

**Jurisprudencia:** *«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 desvaloriza 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)»* (Sentencia del 7 de noviembre de 2011 de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, Expediente n.º 30-2010). <https://bit.ly/3CKaPgf>.



1527.

En relación con las falsedades

Durante la ejecución de los roles definidos en la concertación, los concertadores pueden recurrir a las **falsedades de documentos públicos y privados** (artículo 427, Código Penal) o la **falsedad ideológica** (artículo 428, Código Penal) para afianzar el estilo fraudulento de la causación del perjuicio patrimonial contra la administración. Esto se observa, por ejemplo, en los documentos que acompaña el particular interesado en sus propuestas en el proceso de selección o para justificar los gastos incurridos durante la etapa ejecutiva del contrato; así también cuando el funcionario de asistencia incorpora datos falsos en sus informes técnicos de evaluación de las consultas sobre las bases administrativas. En estos casos, los delitos de falsedad pueden relacionarse con la colusión por defraudación en un concurso ideal, ya que se recurrirá a la falsedad para ejecutar los roles concertados en el plan de lograr el resultado lesivo.



**Jurisprudencias:** «Siendo el delito más grave el de colusión, se subsumen los hechos en dicho tipo penal por cuanto actuó con un único propósito, es decir, existe unidad de fin, estableciéndose una relación de medio a fin, en tanto que era necesario alterar la verdad (falsedad genérica) para defraudar al Estado» (Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 489-2016, considerando 5); <https://bit.ly/3AGJwmK>.



«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» (Ejecutoria Suprema del 27 de octubre de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2736-2009 Huánuco, considerando 10)<sup>(999)</sup>.

Toda falsedad en un proceso administrativo —como pudiera entenderse en las etapas de la contratación pública— permite sostener la configuración de una **falsa declaración en procedimiento administrativo** (artículo 411, Código Penal) que también concurrirá con las falsedades y la colusión por defraudación en un concurso ideal de delitos.

**1528.**  
En relación con la falsa declaración en procedimiento administrativo.

Para reforzar la defraudación patrimonial a la administración, el particular interesado puede incurrir en una doble concertación. La primera concertación la tiene con el funcionario defraudador para asegurar el favorecimiento de este en la definición del contrato a su favor. La segunda concertación la tiene con los otros particulares interesados para evitar toda competencia o la presencia de mejores ofertas de las que ofrecerá. En la primera concertación se configura la colusión defraudatoria; mientras que, en la segunda concertación, el **fraude en las licitaciones o concursos públicos** (artículo 241, Código Penal). Ambos delitos se relacionan en un concurso real de delitos.

**1529.**  
En relación con el fraude en las licitaciones.

De las modalidades de la colusión defraudatoria es la colusión por el resultado la que puede entrar en un concurso real medial con el **lavado de activos** (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106); esto debido al elemento del resultado lesivo patrimonial que genera ganancias ilícitas para el particular interesado que serán objeto de conversión o transferencia. Es importante demarca el tránsito del lavado y no comprender en este a actividades regulares o neutrales (aun si provienen del contrato defraudatorio) o a aquellas realizadas bajo el desconocimiento de la ilicitud de los fondos.

**1530.**  
En relación con el lavado de activos.

Si bien la compensación al funcionario defraudador no forma parte del tipo penal, su ejecución debe ser calificado como un efecto de la colusión defraudatoria y, con ello, constituirse como objeto material del lavado de activos. En tal sentido, es posible que la colusión por concertación califique como un delito medio si es que en él ejecuta el soborno.

<sup>(999)</sup> ESPINOZA GOYENA *et al.*, 2013, p. 132.

Por ello, podríamos identificar hasta dos rutas del lavado de activos. Así, en la colusión por concertación, la ruta del lavado de activos proveniente del soborno que percibe el funcionario defraudador. En la colusión por resultado, se le debe adicionar la ruta del lavado de activos proveniente de las ganancias ilícitas que percibe el particular interesado producto del perjuicio patrimonial de la administración. Cada concertador será responsable de su propia ruta del lavado de activos.

## §12. JUSTIFICACION

1531.  
Estado de  
necesidad  
justifi-  
cante

Algunas coordinaciones fuera del esquema regular de un proceso de contratación que inclusive puede traer perjuicios a la entidad pública carecerían de antijuridicidad si es que estas atienden una situación extrema o de urgencia sobre intereses mayores al bien jurídico institucional. Se sustentaría un **estado de necesidad justificante**<sup>(1000)</sup> cuando se perjudica al patrimonio de la entidad pública motivado por una situación de necesidad actual e inminente generada por factores ajenos que traen en colisión bienes jurídicos más relevantes. Así, se prescinde de los parámetros administrativos de una contratación pública para oportunamente contar con los bienes necesarios para ejecutar o mantener los servicios públicos esenciales que requiere la población en un contexto de emergencia. Ejemplo: el equipamiento de instrumentos sanitarios en situación extrema de pandemia o el alquiler de avionetas para abastecer a poblados aislados.

## §13. IMPUTACION PERSONAL

1532.  
Inimputa-  
bilidad

Si el funcionario defraudador se concierta con un **inimputable** (*v. gr.*, anómalo psíquico o menor de edad), para que exista el delito este último debe intervenir como un vocero del particular interesado, es decir, como un mero comunicador de sus pretensiones. Entonces, el particular interesado mantiene el dominio de la voluntad de su intermediario en una especie de colusión defraudatoria indirecta. Lo contrario, implicaría la imposibilidad de configurar la concertación por la inimputabilidad de uno de sus concertadores.

1533.  
Miedo in-  
superable

Asimismo, en una concertación, tanto el funcionario defraudador como el particular interesado deben intervenir con la libre determinación de plantear y conseguir satisfacer sus propias pretensiones en aprovechamiento del patrimonio de la administración. El condicionamiento situacional que pueda sufrir uno de ellos excluye la posibilidad de la concertación. Esto puede suceder con el **miedo insuperable**, por ejemplo, a la que se le somete al particular interesado, lo que podría atribuirle al funcionario el delito de concusión genérica o, al particular interesado, el delito de atentado funcional activo.

(1000) Así también: PARIJONA ARANA, 2017, p. 127; MARTÍNEZ HUAMÁN, 2019, p. 221; GARCÍA CAVERO en García Caveró/Castillo Alva, 2008, p. 57; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 185; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrés/Calderón Valverde, 2012, p. 155. No lo admiten: SALINAS SICCHA, 2016, pp. 339-340; MARCA ROMERO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 35.

Puede suceder que un funcionario superior realice las coordinaciones con el particular interesado y luego ordene la ejecución de roles defraudadores al funcionario subordinado para conseguir la defraudación patrimonial. Este último puede hallarse en una situación de inexigibilidad en el sentido de una **obediencia jerárquica** si es que no puede prever la ilegalidad de la orden de su superior y desconoce la concertación que se haya tenido con el particular interesado. Además, es importante que el funcionario superior esté vinculado al proceso de contratación bajo el cumplimiento de deberes funcionariales. Ejemplo: el funcionario seleccionador que requiere la modificación de los informes técnicos a los funcionarios de asistencia sobre la evaluación de las propuestas o el funcionario supervisor que ordena a los funcionarios seleccionadores a modificar las bases.

1534.  
Obedien-  
cia jerár-  
quica

**Jurisprudencia:** «Dentro del sistema militar no es tan cierta que las órdenes se cumplen sin mediar justificación alguna, sino todo lo contrario, debe ser una orden legítima que debe entenderse como orden lícita que vaya contra las normas legales ni muchos menos contra la Constitución Política del Estado y si la disposición fuera ilegal, el agente se encuentra facultado a no cumplirla, sin que ello implique alguna responsabilidad en su contra; que, por tal motivo, los acusados a sabiendas que las órdenes eran manifiestamente ilícitas actuaron en perjuicio del Estado al realizar actos irregulares en el procedimiento de las licitaciones y/o adjudicaciones de materiales de guerra, siendo ello así, los argumentos de los encausados dirigidos a justificar su accionar basándose en la obediencia jerárquica debe ser rechazado» (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria; R. N. n.º 1296-2007 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3zAyluj>.



En algunos estratos culturales de municipios comunales, la financiación de actividades públicas folclóricas puede implicar la no internalización de las reglas administrativas de la contratación pública. En esos casos, el funcionario puede verse imposibilitado sujetarse a las pautas administrativas (**error de comprensión culturalmente condicionado**) frente a una actividad ancestral de la comunidad, más aun si este carece de la debida capacitación oficial de los procedimientos administrativos para la contratación de bienes y servicios para la organización de la actividad ancestral de la comunidad.

1535.  
Condicio-  
namiento  
cultural

**Jurisprudencia:** «No es posible verificar si evidentemente existió algún acuerdo colusorio previo, pues por la forma, circunstancias y naturaleza de evento taurino en la comunidad, además, de la costumbre propia del lugar, no se puede llegar a determinar si es que debía existir un procedimiento administrativo previo-licitación» (Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria; R. N. n.º 1460-2009 Ancash, considerando 5). <https://bit.ly/3hZOWli>.



#### §14. MODALIDADES AGRAVADAS ESPECIALES

1536.  
Formas  
especiales  
agravadas

Se trata de formas especiales agravadas de la colusión defraudatoria cuyo fundamento de agravación reside en las condiciones o las situaciones de importancia considerable por el alto grado de vulnerabilidad a la que se expone al bien jurídico de protección. Estas operan para cualquiera de las modalidades de la colusión defraudatoria (concertación o defraudación).

1537.  
Por la  
condición  
especial  
del sujeto  
activo

Una **primera modalidad agravada especial** atiende la condición peligrosa del sujeto activo funcional, en cuanto integra una organización criminal, es una persona vinculada o actúa por encargo de ella. Téngase en cuenta que, desde la administración, el sujeto activo tiene una relación subalterna con un aparato organizativo criminal (sea estatal o particular) cuyo objetivo corrupto tiene que relacionarse con la comisión de delitos de colusión defraudatoria.

Hay tres condiciones especiales alternativas que debe ostentar el sujeto activo funcional para la aplicación de la agravante: *i)* ser integrante de una organización criminal; *ii)* estar vinculada a una organización criminal; o *iii)* actuar por encargo de una organización criminal. En el primer supuesto, el empleado público integra formalmente el aparato criminal; en el segundo supuesto, hay una integración fáctica a la misma; y, en el tercer supuesto, no tiene vinculación participativa en la estructura organizativa del aparato criminal, pero realiza la colusión por encargo de esta. Consideramos que este último supuesto ocurre, por ejemplo, cuando el empleado público concierta con un particular interesado (un integrante de la organización criminal).

1538.  
Por la  
materia  
asistencia  
del proceso  
de contrata-  
ción

Una **segunda modalidad agravada especial** reside en el carácter asistencial que tiene el proceso de contratación puesto que se relaciona a programas asistenciales, de apoyo o inclusión social o desarrollo. Por la finalidad social de dichos programas, toda contratación pública tendente a la obtención de bienes o servicios que superen las diez unidades impositivas tributarias constituye el contexto delictivo que motiva la agravante ante la realización de la concertación o la defraudación.

1539.  
Por la con-  
dición de  
urgencia o  
de seguridad  
del objeto  
del proceso  
de contrata-  
ción

Una **tercera modalidad agravada especial** atiende la calidad especial de los procesos de contratación en cuanto a la materia de adquisición se relaciona a la atención de situaciones de calamidad o emergencia sanitaria o en cuestión de defensa, seguridad o soberanía nacional. Se trata de la concertación y/o defraudación que contravienen los principios rectores en el proceso adquisitivo de bienes y servicios relacionados con las materias antes dichas.

El sujeto activo se aprovecha de las excepcionalidades que podrían darse en estos procesos adquisitivos especiales y que le brindarían mayor ventaja para una concertación defraudatoria. Advertimos situaciones de mayor vulnerabilidad al objeto jurídico de protección: por una parte, por la urgencia y la prontitud que motiva la adquisición de bienes o servicios para la atención prioritaria por calamidades o emergencias sanitarias de rango sectorial o nacional, y, por otra parte, por la adquisición especial y reservada de bienes o servicios relacionados con la defensa y la seguridad nacional.

**§15. PENA**

El delito de colusión defraudatoria es sancionado con triple penalidad. Así, en la **colusión por concertación (simple)** se aplican: *i)* la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; *ii)* la pena de inhabilitación principal en el plazo de cinco a veinte años de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal); y, *iii)* la pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En la **colusión por defraudación (agravada)** se aplican: *i)* la pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; *ii)* la pena de inhabilitación principal en el plazo de cinco a veinte años de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal); y, *iii)* la pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En las **modalidades agravadas especiales** se aplican: *i)* la pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; *ii)* la pena de inhabilitación perpétua (principal) de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal); y, *iii)* la pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

**1540.**  
Sanción penal de la colusión por concertación

**1541.**  
Sanción penal de la colusión por defraudación

**1542.**  
Sanción penal de las modalidades agravadas especiales



## SEGUNDA LECTURA

**García Navarro, E. (2022).** Peculado propio. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 821-1021.

La criminalización del peculado se envuelve en la lucha contra la delincuencia agresora de la Administración Pública. El interés criminalizador del peculado forma parte del plan preventivo general del legislador que se construye sobre dos objetos de referencia: el patrimonio de la Administración Pública y el deber funcional de administración de los empleados públicos. Lo que se pretende es la estabilidad o neutralidad normativa en la disposición de los bienes públicos para los fines administrativos.





Edward García Navarro

Tomo II

DERECHO PENAL  
PARTE ESPECIAL

Delitos contra  
la Administración  
Pública cometidos  
por funcionarios  
y servidores públicos

   Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos,  
evolución legislativa  
y jurisprudencias  
con códigos QR y  
códigos Bitly en la obra



IRUNDA



EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL



Delitos contra la  
Administración Pública  
cometidos por funcionarios  
y servidores públicos

Tomo II



IUSTITIA

Primera edición: abril de 2022

© 2022, Derecho Penal – Parte Especial – Tomo II

© 2022, Edward García Navarro

© 2022, Editorial Iustitia S.A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e Impresión**

Editora Grijley E. I. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-8252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y diagramación**

Libia Huantali Sánchez

Tiraje: 1.000 ejemplares

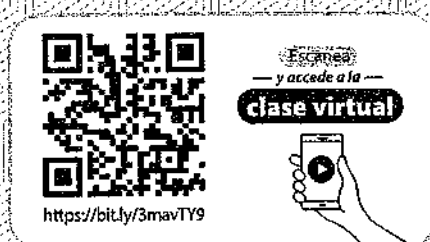
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 202201700  
Registro del Proyecto Editorial: 31501012200122  
ISBN: 978-612-4362-37-8

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total  
o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

# PECULADO PROPIO

(Artículo 387, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Denominación. §3. Antecedentes. §4. Naturaleza delictiva. §5. Clasificaciones. §6. Modelos legislativos. §7. Descripción, fuentes y antecedentes legales. §8. Bien jurídico protegido. §9. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §10. Imputación subjetiva. *Excursus:* peculado culposo. §11. Ampliación de la imputación. 11.1. Consumación y tentativa. 11.2. Autoría y participación. 11.3. Concurso de imputaciones. §12. Justificación. §13. Imputación personal. §14. Peculado agravado. 14.1. Modalidad agravada por la condición del sujeto activo funcional. 14.2. Modalidad agravada por la condición asistencial del bien público. 14.3. Modalidad agravada por la utilidad prioritaria del bien público. 14.4. Modalidad agravada por cuantificación del resultado típico. §15. Pena.

## §1. GENERALIDADES

El peculado es indiscutiblemente, junto al cohecho, uno de los **delitos funcionariales neurálgicos** en el catálogo de los ilícitos penales. Su tradición criminológica y su pervivencia casuística ratifican su necesaria mención en la mayoría de los códigos penales de la urbe. Al comprometer, entre otros, el aspecto funcional-patrimonial de la Administración Pública, importa al legislador penal la tipificación de esta figura penal que cada día abarca nuevas formas delictivas conforme al avance tecnológico y evolutivo del patrimonio público.

Sería errado si afirmáramos que el peculado forma parte del grupo de los delitos de **cohecho**. No es factible conocerlo como una especie más de esta, puesto que hay un deslinde estructural entre ambos ilícitos: mientras que en el cohecho el funcionario

**1643.**  
Delito funcional principal

**1644.**  
Peculado y cohecho

obtiene beneficios de parte del tercero al conceder —a su favor— los actos propios de su función (relación tripartita: funcionario/tercero-corruptor/administración); en el peculado, el funcionario percibe los beneficios de los propios bienes de la Administración Pública (relación bipartita: funcionario/administración). De alguna u otra forma, en cualquiera de estos delitos, el delincuente funcional percibirá ingresos indebidos a su favor. Estos beneficios, indudablemente patrimoniales, no hacen más que convertir a la Administración Pública en un aparato instrumentalizado al enriquecimiento ilegal del funcionario<sup>(1)</sup>, lo cual equipara o quizá supera el desvalor material que ostenta el peculado frente al cohecho.

1645.

Peculado  
en la lucha  
anticorruptiva

Si la idea político-criminal de la lucha anticorrupción estriba en la evitación del aprovechamiento patrimonial indebido de los empleados públicos, hay una empatía legislativa entre el peculado y el cohecho, y no habría dudas de su coincidencia típica y, por ende, que se entienda al peculado como un **fenómeno de la corrupción**<sup>(2)</sup>. Quizá por ello la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) resalta al peculado como uno de los delitos de necesaria tipificación, conforme a lo señalado en su artículo 17: «cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo». Lo mismo se aprecia en la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) que, en su artículo XI.1.b, prevé como acto de corrupción la utilización de bienes del Estado: «el uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada».

1646.

Peculado  
y la lucha  
contra la  
delincuencia  
funcional

Consideramos que la criminalización del peculado va más allá debido a que, como delito funcional, se envuelve, más bien, en la **lucha contra la delincuencia agresora de la Administración Pública**. El interés criminalizador del peculado forma parte del plan preventivo general del legislador que se construye sobre dos **objetos de referencia** que nos llevan a realidades indiscutibles. Por un lado, el patrimonio de la Administración Pública; y, por otro, el deber funcional de administración de los empleados públicos. Lo que se pretende es la estabilidad o neutralidad normativa en la disposición de los bienes públicos para los fines administrativos. En tal orden, mientras que el empleado público ejerza una correcta administración o gestión de los bienes públicos, la estabilidad normativa es positiva y los fines preventivos cumplen su cometido; lo contrario nos lleva al quebrantamiento de esa estabilidad, lo que motiva la intervención punitiva del poder penal.

(1) Vid. TOLA FERNÁNDEZ, 2012, pp. 144-145.

(2) Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 494; SANZ MULAS en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-05, 2017, p. 3.

Es en ese panorama que el legislador penal recurre a la tipificación del peculado y la malversación de fondos —junto a la colusión defraudatoria— como delitos autónomos, pero necesarios para cerrar el círculo de las **formas atentatorias funcionariales al patrimonio público**. Se trate o no que el empleado público obtenga beneficios indebidos, la integridad de la tutela penal del patrimonio público compulsa a tipificar formas de afectaciones permanente (*v. gr.*, apropiación o sustracción) y temporal (*v. gr.*, uso y desviación). Así, el tratamiento criminalizador de las conductas reductoras del patrimonio público no puede ser concesivo a los vacíos legislativos y tienen que existir respuestas punitivas a toda expresión delictiva que comprometa a «*los bienes o el dinero de todos*».

1647.  
Peculado como forma atentatoria funcional contra el patrimonio público.

## §2. DENOMINACIÓN

Por la **denominación**, «*peculado*» proviene del término *peculatus* que es una palabra compuesta por dos voces latinas: *pecus* (derivativo de *pecore*, esto es, ganado) y *latus* (derivativo de *latrocinium*, esto es, hurto). Así, el *peculatus* significa el *furtum* del *pecore* o la sustracción del ganado (*v. gr.*, reses u ovejas)<sup>(3)</sup>. Es el *nomen* latino formulado desde la Antigua Roma, específicamente durante el período en que la economía de los reyes se basaba en la actividad del pastoreo.

1648.  
Denominación romana antigua.

Es de señalar que el ganado era la herramienta crematística primigenia de los romanos que luego será reemplazado por las monedas; por ello, al mencionarse al peculio (dinero), esta procede del latín *pecunia* y esta derivativa del *pecore*. Esta arcaica definición será mejorada con el reemplazo del ganado a la moneda como elemento de valor y riqueza y se perfila en el *furtum publicae pecuniae* o la sustracción del peculio público.

En las primeras codificaciones penales —en especial, la española—, el uso del término «*malversación*» ha pretendido abarcar las diferentes conductas atentatorias al patrimonio público<sup>(4)</sup>, entre ellas, al peculado. No es ajeno que la titulación de los delitos funcionariales patrimoniales esté encabezado con la denominación de **malversación de caudales**. Hay que anotar que en muchas codificaciones se confunden los nombres de la malversación y el peculado como si se tratase del mismo delito, cuando en realidad hay marcados alcances conceptuales. Un estricto ajuste a los alcances conceptuales del peculado permite sostener que no es hacedero confundirlo como otra forma más de la malversación; hacerlo implicaría incurrir en vaguedades e incertidumbres. No es lo mismo el destino ajeno de los caudales con daño al servicio público (malversación) que el aprovechamiento particular de la apropiación o

1649.  
Denominación con malversación.

(3) *Vid.* CARMIGNANI, 1979, p. 494; CARRARA VII.9, 1982, p. 13; MANZINI 8.III, 1961, p. 132; MAGGIORE III, 1955, p. 161; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 16; BOUMPADRE 3, 2003, p. 252; CARRERA, 1968, p. 2; TAZZA III, 2018, p. 261; BITENCOURT 5, 2019, p. 38; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 13; PEÑA OSSA, 1995, p. 53; CHIOSSONE, 1972, p. 520; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 172; ROJAS VARGAS, 2007, p. 465; FUENTES/DE LA LAMA III, 1877, p. 423.

(4) *Cf.* RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 384.

la utilización indebida de estos (peculado); tampoco podría decirse que entre ambas definiciones exista una relación de género a especie, ya que simplemente son delitos funcionariales patrimoniales que mantienen su propia autonomía estructural y finalidad típica<sup>(5)</sup>. Además, en el peculado habría una especie de enriquecimiento particular indebido a costa de patrimonio público, lo que le daría mayor gravedad frente a la malversación<sup>(6)</sup>. Por todo ello, no es acertado unificar una definición de malversación con la del peculado, tampoco fusionar ambas en una misma naturaleza delictiva.

**Jurisprudencia:** «Los procesados admiten que no se efectuó un manejo correcto del dinero enviado por la MPA, pero pretenden justificar su conducta al señalar que se usó para cubrir las necesidades de la MPS, es decir, dar la apariencia de un delito de malversación de fondos para alegar su prescripción (como ya se declaró de oficio en la misma sentencia). Lo cierto es que no se acreditó que el dinero transferido por la Municipalidad Provincial de Atalaya se usara en el Proyecto apertura del camino carrozable Puerto Ocopa-Obentani-Atalaya o en algún gasto propio de la Municipalidad Provincial de Satipo; al contrario, se verifican indicios de la apropiación de dichos caudales estatales por los procesados» (Ejecutoria del 7 de junio de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 436-2018 Junín, considerandos 15-16). <https://bit.ly/3jrBKXb>.



1650.  
Denominación como peculado

Ahora bien, sobre la **denominación** tradicional del ilícito penal como **peculado** (en quechua podría acercarse a la expresión «*Suyu qulqi suwakuys*»), no hay duda sobre la vigencia de su empleo; tal es así que, desde la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011, el legislador peruano sumilla al artículo 387 con dicho *nomen*. Pero cabe anotar que el *nomen* peculado es una denominación construida bajo una visión estrictamente **patrimonialista**, más no **administrativista**. Así, al indicar que su significado romanista reside en la sustracción (*furtum*) de la cosa pública (*res publicae*), adviértase tanto en la conducta como en el objeto material calificativos propios de un delito patrimonial. Las raíces latinas del nombre peculado no acogían ninguna mención relacionada a la intervención del empleado público en la sustracción del bien público, como tampoco podría asimilarse a las posteriores formas delictivas de afectación contra los bienes públicos como acontece con la apropiación o la utilización indebida. Si mantenemos todavía el *nomen* peculado es por su uso acostumbrado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

1651.  
Propuesta de denominación

Si somos estrictos en establecer una denominación técnica, tendríamos que adicionar a la interpretación patrimonial el componente de la intervención del empleado público en el aprovechamiento indebido de los bienes públicos; mejor dicho, debemos complementar la denominación con una perspectiva funcional o **administrativista**,

<sup>(5)</sup> Cf: CARRERA, 1968, pp. 1-2. Vid. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, pp. 307-308; PIERANGELI 2, 2007, p. 804; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 134; MOLINA ARRUELA, 2000, p. 52.

<sup>(6)</sup> Cf: PIERANGELI 2, 2007, p. 804.



con la relación que ostenta el que ejecuta el ilícito contra el bien público. Entonces, una denominación acertada es la que contiene los rasgos patrimoniales y funcionariales de la figura penal. Por consiguiente, consideramos que el delito tiene que nombrarse como la **administración o gestión funcionarial indebida de los bienes públicos**.

Con la mención de la administración o la gestión funcionarial pretendemos rescatar dos aspectos importantes. *Primero*, la vinculación funcionarial dinámica existente entre el empleado público y los caudales o los efectos públicos. Precisamente, es la nota esencial cuya ausencia se cuestiona en la tradicional denominación y que permite reafirmar el carácter funcionarial del delito. *Segundo*, las formas conductuales variadas con las que podría incurrir el empleado público, no solo cenida a la sustracción, sino también a la apropiación y a la utilización principalmente; pero optar por denominaciones específicas (*v. gr.*, apropiación indebida de caudales, uso indebido de caudales) podría no ser técnicamente viable. Por ello, al aludir una administración o una gestión indebida se pretende abarcar todas las actuaciones del funcionario no permitidas por la ley en relación con los bienes públicos que se le encomienda previamente.

### §3. ANTECEDENTES

En la **Edad Antigua** se advierten expresiones legislativas cercanas a lo que hoy conocemos por peculado como ilícito sancionable, esto es, actuaciones de los gobernantes contra bienes ajenos de titularidad del reinado o de sus dioses.

1652.  
Edad  
antigua

Una de ellas se observa en las **Leyes de Manu** de la cultura hindú que se estima fueron redactadas durante el reinado de PUSIAMITRA SHUNGA en el siglo III a.C. En modo de verso, se describen mensajes en sentido de mandatos para reyes y jueces relacionados a la extracción de bienes, como los siguientes<sup>(7)</sup>: «*Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el Rey de todos sus bienes y desterrados del reino*» (versículo n.º 124, libro n.º 7). «*Un bien perdido por alguien y encontrado por hombres que están al servicio del Rey, debe ser confiado a la custodia de personas escogidas a propósito; a quien el Rey sorprenda robando este bien, debe hacerlo pisotear por un elefante*» (versículo n.º 34, libro n.º 8). «*El Rey debe restituir a los hombres de todas las clases el bien que les habían robado los ladrones; pues un rey que se lo apropia se hace culpable de robo*» (versículo n.º 40, libro n.º 8).

1653.  
En las  
Leyes de  
Manu

Los mensajes del sabio MANU incitan a la reflexión del respeto de los gobernantes sobre los bienes ajenos que poseen temporalmente en una especie de custodia, proscribiendo las apropiaciones o robos de estos en aprovechamiento de su posición privilegiada.

(7) Había recomendaciones al Rey de aplicar la pena de muerte a quien robase sus tesoros. Cfr. PUIG PEÑA III, 1955, p. 351; PIERANGELI 2, 2007, p. 803.

1654.

En el  
Código de  
Hammurabi

Durante el Imperio Babilónico, el **Código de Hammurabi** —quizá la primera expresión cercana a un código penal—, redactado por el rey HAMMURABI en 1750 a.C., contiene mandatos legislativos relacionados a conductas del peculado. Entre algunas leyes, resaltamos las siguientes: «Si un hombre roba algo propiedad de Dios o del Palacio, será ejecutado; y el que haya aceptado de sus manos lo robado, será ejecutado también» (Ley n.º 6). «Si un hombre roba un buey o una oveja, o un asno, o un cerdo, o una barca, sean de Dios o del Palacio, lo devolverá 30 veces; si son de un individuo común, lo devolverá 10 veces. Si el ladrón no tiene con qué devolver, será ejecutado» (Ley n.º 8).

Se impone la pena de muerte a los que ejecuten el robo de bienes de propiedad del gobernante, sin distinción, si es o no un integrante del reino. Resaltamos la descripción expresa del que permite el robo de los bienes que tiene en su poder como una forma de aludir al peculado culposo o por error.

1655.

En la  
cultura  
romana

En las etapas iniciales de la **cultura romana**, los reinados se sostenían, entre otras, con las actividades de la ganadería, siendo la res el componente central para la transacción, ya sea como instrumento de pago o medio de valorización, puesto que para los pueblos pastoriles de esos tiempos era la herramienta patrimonial mobiliaria más importante. Entonces, se entendía al *peculatus* (o *depeculatus* o *peculatus publicus*) como la sustracción (*furtum*) del ganado del reino (*res publicae*); asimismo, el *sacrilegium* era la sustracción (*furtum*) del ganado de los templos (*res sacra*). Si bien, ambas figuras ilícitas se diferencian por el *furtum* de la naturaleza de los bienes, todavía son confundidas por la carencia jurídica de su distinción<sup>(8)</sup>.

1656.

Peculado  
de la  
Roma  
antigua

El **origen** del peculado como delito tiene sus raíces romanas y se le relacionaba con la sustracción del ganado del reino que, más adelante, se extiende a las monedas, los metales de intercambio o cualquier bien de pertenencia del Estado. Al respecto, TEODORO MOMMSEN afirmaba que se la entendía como «el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se le daba este nombre, porque antes que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase»<sup>(9)</sup>.

En ese entonces, se le consideraba como un delito agravado o cualificado por la condición pública del objeto material y no por la condición del sujeto activo funcional<sup>(10)</sup>. Tal es así que, al evolucionar la criminalización del *peculatus*, los alcances del objeto material no se limitan a los bienes del pueblo romano, sino, se expanden a la de las otras ciudades conquistadas. Al no haber interés en la condición del sujeto activo, no existían diferencias sobre lo propio o impropio del *peculatus*.

(8) Cf. MOMMSEN, 1991, p. 471.

(9) MOMMSEN, 1991, p. 472.

(10) Cf. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 16; MIR PUIG, 2000, p. 276; SOLER V, 1978, p. 168; PRADO 3, 2019, p. 302.

Más adelante, el concepto del *peculatus* se amplia al *furtum*, la apropiación o a todo fraude ejercido por los magistrados contra el *aerarium pecuniae publicae vel fiscalis* (monedas, ganados, etc.)<sup>(11)</sup>, logrando así consagrar el origen del peculado en el Derecho Romano. Ya la sustracción dejó de ser la única forma de comisión del *peculatus*; sancionándose otras expresiones conductuales de afectación a la *res publicae*.

1657.  
Peculado de la Roma republicana

No podemos dejar de mencionar que del *peculatus* proviene el *crimen residuorum* el cual es el fraude incurrido por el magistrado (*peculator*), en el sentido de una retención indebida del peculio, esto es, no ingresado al erario o a las arcas públicas al momento de la rendición de cuentas (desfalco público)<sup>(12)</sup>, para darle un uso distinto al oficial. Así lo describía también PAULO al señalar que «se obliga el que retiene el dinero público destinado para algún uso, no dándole el mismo destino»<sup>(13)</sup>. Es de aclarar que el *crimen residuorum* se atribuía a los magistrados responsables de entrega de cantidades (dinero); mientras que las otras formas de *res publicae* (especies) eran reservadas para el *peculatus*<sup>(14)</sup>.

1658.  
Crimen residuorum

El *peculatus* siempre era identificado como un delito contra el Estado y el procesamiento o el juzgamiento de los magistrados infractores estaba a cargo de los *quaestores parricidii* (tribunales a cargo del juzgamiento de homicidios). Las sanciones penales iniciales eran la pena de muerte, aunque se recurría a la pena pecuniaria para la composición de lo sustraído.

1659.  
Juzgamiento y sanción

La primera expresión criminalizadora y de juzgamiento de lo que entendemos por peculado proviene de la *Lex Julia de peculatu et de sacrilegiis* promulgada en el año 8 d.C. bajo la autoría de JULIO CESAR cuando era cónsul. Era la compilación de la práctica sancionadora tanto del *peculatus* como del *sacrilegium*. Ya en ese momento, el *peculatus* habitual se identificaba con la sustracción de metales o monedas del erario del pueblo romano o de alguna caja pública ejercida por las autoridades y sus subalternos<sup>(15)</sup>. Al respecto, ULPIANO indicaba que «por la ley *Julia Peculatus* se previene que ninguno quite, intercepte, ni convierta en su propia utilidad, ni haga que alguno quite, intercepte o convierta en su propia utilidad el dinero perteneciente a las cosas sagradas, religiosas o públicas; a no ser que le sea permitido por esta ley; o que no mezcle otro metal en la moneda pública de oro o plata, ni haga que otro la mezcle, ni haga con dolo malo que se deteriore»<sup>(16)</sup>.

1660.  
Lex Julia peculatus

(11) Vid. MOMMSEN, 1991, pp. 472-473; MANZINI 8.III, 1961, p. 132; CARRERA, 1968, p. 3; SOLER V, 1978, p. 169; FRAGOSO II, 1986, p. 388; PRADO 3, 2019, p. 302; PIERANGELI 2, 2007, p. 803; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 852.

(12) Vid. CARMIGNANI, 1979, p. 497; CARRARA VII.9, 1982, p. 14; PUIG PEÑA III, 1955, p. 352; SOLER V, 1978, p. 169; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 4.

(13) Ley II, Título XIII, Libro XLVIII, Digesto.

(14) Cf. CARRERA, 1968, p. 30.

(15) Cf. MOMMSEN, 1991, pp. 472-473.

(16) Ley I, Título XIII, Libro XLVIII, Digesto.

1661.

Peculado propio: el riesgo romano

Con esta *lex* el *peculatus* se construye en atención a la vulneración de la «*fe traicionada*» que pone al pueblo romano sobre los magistrados o los gobernadores, prevaleciendo sobre la condición especial de la *res publicae*<sup>(17)</sup>. Así, va logrando sentido sancionador el *peculatus* propio, en el sentido de agudizar la sanción punitiva por la condición del *peculator*. Otra forma de interpretarla es bajo la regla del **riesgo romano**, rescatada de la definición de LABEÓN, quien señaló que «el *crimen peculatus* es el hurto de la cosa pública o sagrada, no cometido por quien lo conservaba a cuyo riesgo estuvo»<sup>(18)</sup>. Así, la relación entre el funcionario romano y la *res publicae* no es por la previa transferencia, sino por la confianza depositada en este que, a su vez, implica la asunción del riesgo por lo que pueda aprovecharse<sup>(19)</sup>. En tal sentido, se consideraba al *peculatus* como un abuso de confianza, más adelante desarrollada por los clásicos penalistas italianos (GIOVANNI CARMIGNANI y FRANCESCO CARRARA).

Las penas iniciales eran la interdicción del agua y del fuego (*interdictio aquae et igni*) que luego se reemplazaron por la deportación. Más adelante, las penas eran radicales, ya que se condenaba a muerte a los administradores y sus auxiliares que incurrieran en esta práctica delictiva. Sin embargo, se resaltaba la efectividad de la pena pecuniaria consistente en la aplicación contra el *peculator* del cuádruplo del dinero apropiado, la misma que también se dirigía contra los herederos del causante, pero no más allá del año después de su muerte<sup>(20)</sup>.

1662.

En el Imperio romano

Durante el **Imperio Romano**, es evidente que los bienes del emperador se equiparaban a los alcances de la *pecuniae publicae* y, por ende, era factible ejercer la acción de *peculatus* contra el subalterno. Aquí destaca la legislación del emperador ADRIANO que amplía los alcances del *crimen repetundarum* a los delitos de peculado y malversación, castigándolos con la pena de muerte.

1663.

En el Digesto

No debemos dejar de mencionar al **Digesto** (Título XIII del Libro XLVIII) del emperador JUSTINIANO, el mismo que recoge, entre otros, los comentarios sobre el *peculatus* de los clásicos juristas romanos como ULPIANO, PAULO, MARCIANO, LABEÓN, MARCELO, VENULEYO SATURNINO, MODESTINO y PAPINIANO. Así, por ejemplo, VENULEYO SATURNINO indicaba que «no se puede acusar del *crimen peculatus* después de cinco años de haberse cometido» (Ley VII). LABEÓN señaló que «el *crimen peculatus* es hurto de la cosa sagrada o pública, no cometido por el que era responsable a ella; por lo cual no puede cometer el *crimen peculatus* aquel a quien se le encargó la custodia de las cosas sagradas» (Ley IX). Por su parte, ULPIANO indica que «el que hiciese algún agujero en los muros y por él entrase a hurtar alguna cosa, se obligará por la acción *peculatus*» (Ley XI).

(17) Cf. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 16; MIR PUIG, 2000, pp. 276-277; RUBIO ANGULO, 1985, p. 27.

(18) Ley IX, Título XIII, Libro XLVIII, Digesto.

(19) Vid. SOLER V, 1978, p. 169; CARRERA, 1968, p. 29.

(20) Vid. CARMIGNANI, 1979, p. 497; DE LA FUENTE Y MONTAÑÓN en Adame Goddard/Heredia Vázquez, 2017, p. 589.

Al remitirnos a la **Edad Media** es característico el empleo de penas drásticas (v. gr., pena de muerte e infamia) para asegurar la riqueza del jerarca o las contribuciones a su favor<sup>(21)</sup>. Es menester resaltar al antiguo Derecho Hispánico —receptor de la tradición romanista— cuyos preceptos normaron también durante la Colonia latinoamericana:

1664.  
En la Edad  
Media

Con el **Fuero Juzgo** o *Liber Iudiciorum* (código legal visigodo), en el Libro VII del Título II («*De los hurto y ladrones*») se indicaba que «*el que hurtare tesoro del Rey, o le hiciere daño, reintegre lo tomado con nueve tantos*». (Ley n.º 10). Desde ya, se acogía una especie de peculado por hurto o sustracción de las riquezas del rey cuya pena era pecuniaria en torno a un monto mayor al sustraído.

1665.  
En el  
Fuero  
Juzgo

Las **Siete Partidas** del rey ALFONSO X (1265) también contenían preceptos para los que cometieren hurto contra los bienes del monarca. Es en la Partida VII —que contiene los preceptos penales— en el Título XIV («*De los hurtos y de los siervos que hurtan a sí mismos, huyéndose de los que aconsejan o fuerzan a que hagan el mal*») que se hace mención a la Ley XVIII<sup>(22)</sup> que sanciona con pena de muerte al oficial o al juez del reino que hurta (peculado propio por hurto)<sup>(23)</sup> sus maravedís o los derechos del Rey o de un concejo, o contribuya o encubra al ladrón que hurtó.

1666.  
En las 7  
Partidas

La **Novísima Recopilación de las Leyes de España** (1805) —que el rey CARLOS IV encargó al jurista JUAN DE LA REGUERA VALDELOMAR—, en el Título XV («*De los robos y fuerzas*») del Libro XII («*De los delitos y sus penas, y de los juicios criminales*») se resalta un mandato generalizado (cualquier persona, concejo o universidad) para la conservación de las rentas y los derechos reales públicos contra actos de usurpación o detrimento de su valor (Ley VII)<sup>(24)</sup>. Se procuraba el sostenimiento de las recaudacio-

1667.  
En la  
Novísima  
Recopilación

(21) Vid. FRAGOSO II, 1986, p. 389; PRADO 3, 2019, p. 303; BITENCOURT 5, 2019, p. 38; ESTEFAM 3, 2018, p. 546; SIEVA en Queiroz 2, 2013, p. 853.

(22) «... el oficial del Rey que tuviese del algún tesoro en guarda, o que oviesse de recabdar sus pechos, o sus derechos, e lo hurtare, o le encubriere dello a sabiendas, o el judgador que hurtasse los maravedís del Rey o de algún concejo, mientras estuviere en el oficio. Qualquier destes sobredichos a quien fuere probado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir por ende, el e quantos dieren ayuda, e consejo a tales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus casas, o en otros lugares, deben aver aquella mesma pena. Pero si el Rey, o el concejo, non demandasse el furto que habla fecho el su oficial después que lo supiere por cierto, fasta cinco años, non le podría después dar muerte por ello, como quier que le podría demandar pena de pecho de quatro doblo».

(23) Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 352; CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 451; MIR PUIG, 2000, p. 277.

(24) «Cosa notoria es, quan necesario sea para el bien público de nuestros reynos y de nuestros súbditos la conservación de nuestras rentas y derechos, por depender dellas el sostenimiento de nuestros estados; y por está causa siempre se tuvo por grave delito, que nadie las usurpase, ni hiciese por do viniesen a valer menos; y conformándonos con lo que cerca de esto está establecido por los Reyes de do venimos, mandamos, que qualquier persona, Concejo ó Universidad, que por su propia autoridad y sin nuestra licencia y mandado se entremetiere en tomar para sí las dichas nuestras rentas y derechos reales; y ocuparlas a sabiendas y violentamente, de que Nos estuviéremos en pacífica posesión, ó hiciéren pública resistencia con violencia; para que no se cobren para Nos en algunos de los dichos nuestros lugares, impidiendo y embargando la cobranza

nes a favor del Rey y —en una especie de peculado— por apropiación se sancionaba drásticamente a los que, sin licencia o autoridad, se hacían de las mismas<sup>(25)</sup>.

1668.  
En la Edad  
Moderna

En la **Edad Moderna**, durante la formación ilustrada de las codificaciones, se presenta al peculado como uno de los delitos funcionariales indiscutibles para el catálogo de delitos; aunque bajo una reducción considerable de la gravedad de sus penas o la subrogación de la pena de muerte. Los legisladores construyen el modelo básico del peculado (por sustracción o por apropiación) y otras variantes (*u. gr.*, por distracción, por uso, por imprudencia, por error) para así abarcar las diferentes formas en las que el empleado público puede lograr beneficiarse del patrimonio público.

1669.  
En el Dere-  
cho Penal  
francés

En el **Derecho Penal francés**, el efímero **Código Penal de 1791** de la Asamblea Nacional Constituyente mencionó en el artículo 12<sup>(26)</sup> la figura del peculado (*pécultat*) conjuntamente con la malversación de caudales públicos en una fórmula rudimentaria con una misma pena. Se advierte la misma en los «*Crímenes de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes confiados*» (Sección V) dentro del grupo de los «*Crímenes y atentados contra la cosa pública*» (Título I). Se trataba de un **peculado propio por sustracción** de caudales, efectos, documentos o títulos en el que fuese depositario el funcionario en razón de su cargo.

1670.  
En el Có-  
digo napo-  
leónico

El **Código Penal de 1810** (Código Penal napoleónico) ubica al peculado en el apartado «*De las sustracciones cometidas por los depositarios públicos*» (párrafo 1 *ter*) del rubro de los «*Crímenes y delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones*» (Sección II). En el artículo 169<sup>(27)</sup> se mantiene al **peculado propio por sustracción** y se adiciona al **peculado propio por ocultamiento** en relación con todo caudal, crédito, documento, título o bienes muebles que tiene el recaudador, depositario o responsable público en virtud de sus funciones. Además, en el artículo 171 se opta por una modalidad atenuada del delito en torno al valor menor de lo sustraído (que no llegase a tres mil francos).

1671.  
En el Có-  
digo Penal  
de 1994

El **Código Penal de 1994** identifica al peculado en el rubro «*De la malversación de bienes*» (párrafo 5), «*De las infracciones del deber de probidad*» (Sección 3), «*De los atentados contra la administración pública cometidos por los que desempeñan una*

*a los nuestros recaudadores y arrendadores, y otras cualesquier personas que por Nos en pacífica posesión dellas; que por el mismo caso los que lo hicieren, y los que para ello les dieren consejo, favor y ayuda, cayán é incurran en pena de muerte y perdimiento de sus bienes».*

<sup>(25)</sup> Vid. CARRERA, 1968, p. 8; BAYALA BASOMBERTO, 2008, p. 8.

<sup>(26)</sup> «*Todo funcionario u oficial público que resultare convicto de haber malversado o sustraído caudales, efectos, escrituras, documentos o títulos de que fuese depositario en razón de las funciones públicas que él ejerce y por efecto de una confianza necesaria».*

<sup>(27)</sup> «*Todo recaudador, todo dependiente de una recaudación, depositario o responsable público, que haya ocultado o sustraído caudales públicos o privados o créditos activos que los representen o documentos, títulos, autos o bienes muebles que tuvieren en su poder, en virtud de sus funciones».*

*función pública»* (Capítulo II). Aunque el artículo 432-15<sup>(28)</sup> no se aparta de su antecesor, se resalta la mención de las tres modalidades en un mismo marco punitivo, estas son: el **peculado propio por sustracción**, el **peculado propio por destrucción** y el **peculado propio por distracción**. El artículo 432-16<sup>(29)</sup> acoge por vez primera al **peculado culposo** en cualquiera de los esquemas de las modalidades anteriores.

En el **Derecho Penal español**, el primer código decimonónico, el **Código Penal de 1822**, en forma amplia agrupa a los ilícitos penales de los empleados públicos que afectan a los caudales y los efectos públicos y lo titula «*Del extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo*» (Capítulo III) en el rubro «*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*» (Título VI). El artículo 463<sup>(30)</sup> tipifica al **peculado propio por extravío doloso** (o «*extravío a sabiendas*»; eufemismo terminológico) bajo una fórmula detallista, por no decir de casuística exagerada, y en el artículo 466<sup>(31)</sup> se tipifica al **peculado por extravío culposo**. El esquema delictivo consistía en el acto de extravío intencional del funcionario encargado de la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales o efectos del Estado, de una provincia o de un establecimiento público. Hay que acotar que con este código hay una reducción drástica de la respuesta penal al reemplazar la pena capital con la reclusión temporal.

El **Código Penal de 1848** (Código PACHECO) reúne a los delitos funcionariales contra los bienes públicos en la malversación de caudales públicos (Capítulo XIV) dentro «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*» (Título VIII). Lo cuestionable estriba en la confusión conceptual que conlleva la titulación de este grupo delictivo con la malversación, la cual guarda diferencias con el peculado, como hemos señalado *supra*.

1672.  
Código Penal español de 1822

1673.  
Código Penal español de 1848

(28) «*El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, un contable público, un depositario público o uno de sus subordinados, de destruir, distraer o sustraer una escritura o un título, o fondos públicos o privados, o los efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto que se les haya entregado en razón de sus funciones o de su misión*».

(29) «*Cuando la destrucción, la distracción o la sustracción por un tercero de los bienes contemplados en el artículo 432-15 resulte de la negligencia de una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de un contable público o de un depositario público*».

(30) «*Cualquier funcionario público, que teniendo como tal a su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales o efectos pertenecientes al Estado, o a la comunidad de una provincia o pueblo, o a algún establecimiento público, extravié a sabiendas algunos de dichos caudales o efectos, pero en términos de poder reemplazarlos inmediatamente que sean necesarios, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del instituto, perderá su empleo, y pagará una multa de diez a veinte por ciento del importe de lo extraviado, y será apercibido. Si por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente alguna de las atenciones del instituto respectivo, se le impondrá además otra multa del diez al veinte por ciento de lo que haya dejado de pagar, y resarcirá los perjuicios que haya causado*».

(31) «*El que teniendo a su cargo caudales o efectos de los sobredichos diere lugar por su negligencia o culpa al extravío de algunos de ellos, o a que otros los usurpen o sustraigan o malversen*».

1674.  
Esquema  
tradicional  
de pecu-  
lados

La fórmula innovadora del artículo 309<sup>(32)</sup> supera la redacción casuística de su antecesor e incorpora al **peculado propio por sustracción** y al **peculado propio por consentimiento a la sustracción** como modalidades alternativas bajo un mismo marco punitivo que tendrá recepción en las legislaciones penales de Latinoamérica. Destaca la técnica legislativa de escala punitiva conforme al monto del caudal o efecto sustraído, lo que diferencia el tratamiento del injusto en atención al daño cuantificable del peculado. Se podría decir que este código penal da inicio a la moderna estructura sistemática de los peculados que se mantendrá por una larga data<sup>(33)</sup>. Otras modalidades que acompañan al peculado propio son el **peculado de uso** (artículo 310)<sup>(34)</sup> y el **peculado impropio** (artículo 313)<sup>(35)</sup>.

Este modelo se mantendrá en los artículos 318<sup>(36)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 319<sup>(37)</sup> (peculado de uso), 322<sup>(38)</sup> (peculado impropio) del **Código Penal de 1850** (Capítulo XIV «*Malversación de caudales públicos*»; Título VIII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*»); y los artículos 405<sup>(39)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 407<sup>(40)</sup> (peculado de uso) y 410<sup>(41)</sup> (peculado impropio) del

(32) «El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado: 1. Con la pena de arresto mayor si la sustracción no excediere de 10 duros. 2. Con la de prisión menor si excediere de 10 y no pasare de 500. 3. Con la de prisión mayor si excediere de 500 y no pasare de 10.000. 4. Con la de cadena temporal, si excediere de 10.000. En todos los casos con la de inhabilitación perpetua absoluta».

(33) Vid. CUELLO CALÓN II, I, 1980, p. 451; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 19; DE LA MATA ETXEBARRIA, 1995, p. 37.

(34) «El empleado que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo».

(35) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

(36) «El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraiga...».

(37) «El empleado que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo».

(38) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

(39) «El funcionario público que, por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan...».

(40) «El empleado que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo».

(41) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».



**Código Penal de 1870** (Capítulo X «Malversación de caudales públicos»; Título VII «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»). Hay que resaltar que este último código penal incorpora por primera vez al catálogo de delitos el típico **peculado culposo** y el **peculado por abandono** en el artículo 406<sup>(42)</sup>, lo cual cierra el **esquema tradicional español integral de peculados** (peculado propio por sustracción, peculado propio por consentimiento, peculado de uso, peculado culposo, peculado por abandono y peculado impropio).

En las subsiguientes legislaciones penales se repetirá el esquema integral de peculados: artículos 480<sup>(43)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 481<sup>(44)</sup> (peculado culposo), 482<sup>(45)</sup> (peculado de uso) y 486<sup>(46)</sup> (peculado impropio) del **Código Penal de 1928** (Capítulo IX «Malversación de caudales públicos»; Título V «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos»); artículos 399<sup>(47)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 400<sup>(48)</sup> (peculado culposo y peculado por abandono), 401<sup>(49)</sup> (peculado de uso) y 404<sup>(50)</sup> (peculado impropio) del **Código Penal de 1932**

1675.  
Otros  
códigos  
penales  
españoles

<sup>(42)</sup> «El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos...»

<sup>(43)</sup> «El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan...»

<sup>(44)</sup> «El funcionario público que por imprevisión, imprudencia o impericia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en el artículo anterior... Si el funcionario culpable por imprevisión, imprudencia o impericia reintegrare antes de abrirse el período de juicio oral o de elevarse la causa a plenario según el procedimiento que se siga, los caudales, valores o efectos sustraídos, o con sus gestiones se lograra dicho reintegro en el expresado período...»

<sup>(45)</sup> «El funcionario público que, con perjuicio o entorpecimiento de los servicios de igual carácter, distrajere de algún modo los caudales, valores o efectos puestos a su cargo, ya negociando con ellos, ya aplicando los caudales o sus intereses a usos propios o ajenos, pero siempre con inmediato reintegro».

<sup>(46)</sup> «Las disposiciones de este Capítulo son extensivas al que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de valores embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública o funcionario competente, aunque pertenezcan a particulares, o al mismo depositario, y a los empleados o agentes de establecimiento de crédito o de Sociedades o Empresas que, por sus Estatutos o por contratos con el Estado, la Provincia o el Municipio, tengan a su cargo la recaudación de impuestos o arbitrios o pago de deudas o servicios de dichas entidades jurídicas».

<sup>(47)</sup> «El funcionario público que, por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan...»

<sup>(48)</sup> «El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos...»

<sup>(49)</sup> «El funcionario que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo».

<sup>(50)</sup> «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

(Capítulo X «Malversación de caudales públicos»; Título VIII «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»); artículos 394<sup>(51)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 395<sup>(52)</sup> (peculado culposo y peculado por abandono), 396<sup>(53)</sup> (peculado de uso) y 399<sup>(54)</sup> (peculado impropio) del **Código Penal de 1944** (Capítulo X «De la malversación de caudales públicos»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»); artículos 394<sup>(55)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 395<sup>(56)</sup> (peculado culposo y peculado por abandono), 396<sup>(57)</sup> (peculado de uso) y 399<sup>(58)</sup> (peculado impropio) del **Código Penal de 1973** (Capítulo X «De la malversación de caudales públicos»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»); y los artículos 432<sup>(59)</sup> (peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento), 433<sup>(60)</sup> (peculado de uso) y 435<sup>(61)</sup> (peculado impropio) del texto

(51) «El funcionario público que sustrajere, o consintiere que otro sustraiga, los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones...»

(52) «El funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos... Si el funcionario culpable reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograra el reintegro...»

(53) «El funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público; y con la de suspensión si no resultare»

(54) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»

(55) «El funcionario público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones...»

(56) «El funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos... Si el funcionario culpable reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro...»

(57) «El funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público; y con la de suspensión si no resultare»

(58) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»

(59) «La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones»

(60) «La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones»

(61) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»

original del Código Penal de 1995 (Capítulo VII «De la malversación»; Título XIX «Delitos contra la Administración pública»).

Con la reforma del Código Penal de 1995, mediante la Ley Orgánica n.º 1/2015 del 30 de marzo, el legislador español opta por una formulación remisiva del peculado a la administración desleal y a la apropiación indebida, conforme al artículo 432.1-2<sup>(62)</sup>, lo que hace de la figura un delito de infracción de deber impropio<sup>(63)</sup>. En tal sentido, se abandona el tradicional esquema de los peculados y se decide criminalizar por primera vez al peculado propio por apropiación y al peculado propio por administración desleal, junto al peculado impropio que está ubicado en el artículo 435<sup>(64)</sup>.

Nótese que, desde el Código Penal de 1995, bajo los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, se descriminalizan los peculados menores asimilados a simples ilícitos o meras infracciones presupuestarias (*v. gr.*, peculado culposo por omisión de vigilancia)<sup>(65)</sup>.

En el Derecho Penal italiano, la recepción legislativa del peculado (*peculato*), se inicia con el Código Penal toscano de 1853 que criminalizaba al delito con mención expresa su clásico *nómen*. En «De los delitos de los oficiales públicos» (Capítulo III) del grupo «De los Delitos contra la administración del Estado» (Título III) se tipificaba al peculado propio por sustracción o por hurto cometido por el funcionario encargado de la administración o custodia del peculio u otro bien del Estado (artículo 169)<sup>(66)</sup>.

(62) «1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 [...] los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen perjuicio al patrimonio administrado] sobre el patrimonio público, ... 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 [...] los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido] sobre el patrimonio público».

(63) Para GONZALO QUINTERO OLIVARES la técnica de la remisión es errada porque implica una proclama a la igualdad jurídica y técnica del delito funcional en estudio con la administración desleal, despreciando las diferencias esenciales (en Quintero Olivares, 2017, p. 1774).

(64) «Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. 4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley. 5. A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo».

(65) Vid. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 21.

(66) «Cualquier funcionario público, al que se le confía por su oficio, como un deudor de especie, la administración o la custodia del peculio o de otra cosa mueble del Estado, o de una comunidad o de cualquier establecimiento público; todo aquel que haya sustraído o hurtado dinero, tarjetas de crédito u otras cosas muebles de su administración o custodia, es sancionado como culpable de peculado».

1676.  
Reforma  
del Cód-  
go Penal  
español de  
1995

1677.  
En el Cód-  
igo Penal  
toscano

**1678.** En el Código Penal sardo. Asimismo, el **Código Penal sardo de 1859** también criminalizó al delito denominándolo como la **sustracción del oficial o el depositario público** (Sección I). La figura se hallaba en el rubro «*De la prevaricación y de otros delitos de los oficiales públicos en el ejercicio de sus funciones*» (Capítulo II), «*De los delitos contra la Administración Pública*» (Título III). También se optó por tipificar al **peculado propio por sustracción o hurto** (artículo 210)<sup>(67)</sup>, aunque se incorpora el sistema de estratificación de la pena conforme al valor del dinero o efecto sustraído.

**1679.** En el Código Penal ZANARDELLI. El **Código Penal de 1889** (Código ZANARDELLI) recoge la influencia toscana<sup>(68)</sup> y reajusta la fórmula penal del peculado en comparación de su antecesor casuístico. Concretamente se le denomina «*Del peculado*» (Capítulo I) y se le ubica en «*De los Delitos contra la Administración Pública*» (Título III). Se tipifica un **peculado propio por sustracción o por hurto**, esto es, por parte del funcionario público que tenga el dinero o la cosa mueble bajo su administración recaudación o custodia (artículo 168)<sup>(69)</sup>. Además, incorpora la modalidad atenuada del **peculado insignificante** cuando el daño es leve o se procede con el resarcimiento integral.

**1680.** En el Código Penal Rocco. El **Código Penal de 1930** (Código Rocco) asume la influencia de su antecesor, pero realiza contados ajustes acertados. El peculado se encuentra en el rubro «*De los delitos del oficial público contra la Administración pública*» (Capítulo I), «*Del delito contra la Administración pública*» (Título II). En el artículo 314<sup>(70)</sup> hay un replanteamiento de las modalidades delictivas, ya que ahora se está ante un **peculado propio por apropiación** y un **peculado propio por distracción**, es decir, realizado por el empleado público que, en razón de su oficio, tiene la posesión o la disponibilidad del dinero o de la cosa pública, empero, bajo la misma represión punitiva.

Más adelante, mediante la **Ley n.º 86** del 26 de abril de 1990, en el artículo 314<sup>(71)</sup> se independizan las modalidades antes mencionadas bajo marcos punitivos

(67) «*Cualquier tesorero, recaudador, receptor u otro contador o administrador de dinero u otra cosa del erario del Estado, así como de dinero o de otros fondos provinciales o comunales, y cualquier depositario o contador público, que haya hurtado o sustraído sumas de dinero o tarjetas de crédito que los represente, o documentos o títulos o actos o efectos móviles, que les fuerán encomendados por razón de sus funciones*».

(68) Vid. MANZINI 8.III, 1961, p. 133; MAGGIORE III, 1955, p. 161.

(69) «*El funcionario público que sustraiga o robe dinero u otras cosas muebles cuya administración, recaudación o custodia tenga por razón de su cargo... Si el daño fuere leve o fuere íntegramente resarcido antes del procesamiento...*».

(70) «*El funcionario público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno*».

(71) «*El funcionario público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello... Se aplica la pena de... cuando el culpable ha actuado con la finalidad de hacer uso momentáneo de la cosa, la cual es inmediatamente restituida después de su uso*».

propios y diferenciados por la gravedad de su injusto. Frente al peculado propio por apropiación se tiene al peculado por uso en el sentido del empleo momentáneo con inmediata restitución.

En el **Derecho Penal alemán** no hay una fórmula específica del peculado. Podríamos decir que el sistema germánico se desmarca de la tradición romanista —criminalizadora del peculado—, incluso desde la *Constitutio Criminalis Carolina* en la cual no se observa fórmula penal parecida. En los parágrafos 350<sup>(72)</sup> y 351 del Código Penal se tipificaba un **peculado por apropiación** (denominado apropiación indebida funcional: *Amtsunterschlagung*) y se sanciona a todo empleado público que tuviera dinero u otros bienes en su custodia o lo hubiera recibido por su condición y procede a apoderarlos. La fórmula alemana contenía una remisión de tipicidad a los elementos de la apropiación indebida (parágrafo 246)<sup>(73)</sup>, lo que hacía del peculado un delito de infracción de deber impropio. Con la **Ley de reforma del 2 de mayo de 1974**, el legislador penal subrogó los parágrafos del peculado y recondujo su tratamiento vía la aplicación de los delitos patrimoniales<sup>(74)</sup>.

1681.  
En el  
Derecho  
Penal  
alemán

En Latinoamérica destaca la técnica criminalizadora del *delito sub judice* del **Derecho Penal argentino**<sup>(75)</sup>. A nuestro parecer, es el **Proyecto de la Parte Especial del Código Penal de 1868** de CARLOS TEJEDOR que contiene uno de los primeros vestigios legislativos del peculado<sup>(76)</sup>. Se incorpora dentro del rubro «*Malversación de caudales públicos*» (Parágrafo 9), en el grupo mayor «*De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos*» (Título Segundo). Se evidencia la influencia española —en especial, la del Código Penal de 1850— y se tipifica en el artículo 3<sup>(77)</sup> al **peculado propio por sustracción** y al **peculado propio por consentimiento a la sustracción** (sustracciones definitivas o absolutas) bajo una misma cuantificación punitiva conforme al valor de lo sustraído. Asimismo, en el artículo 2<sup>(78)</sup> se destina una fórmula penal para el

1682.  
En el  
Derecho  
Penal  
argentino

(72) «*El empleado público que se apropie indebidamente de dinero u otras cosas que en tal carácter ha recibido o tiene en custodia*».

(73) Cfr. MEZGER, 1959, p. 405.

(74) Cfr. DE LA MATA/ETXEBARRIA, 1995, p. 52.

(75) Vid. más detalles: CARRERA, 1968, pp. 9 y ss.; MORENO VI, 1923, pp. 220 y ss.; BAYALA BASOMBRÍO, 2008, pp. 8 y ss.; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, pp. 310-311; DONNA, 2002, pp. 272-283.

(76) Aunque no debemos dejar de lado al artículo 80 de la Ley n.º 49 del 14 de setiembre de 1863 en el que se describía al peculado como uno de los delitos cometidos por los empleados públicos. Vid. CARRERA, 1968, p. 9.

(77) «*El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia*».

(78) «*El empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra, sufrirá si la reintegra después de haber causado daño al servicio pública. Si el reintegro se verifica antes de haber resultado daño o entorpecimiento en el servicio. Si el empleado no reintegra espontáneamente la cantidad, será condenado como sustractor de caudales públicos*».

**peculado de uso** (sustracción o distracción interina) con posibilidad de reducción de la pena de darse el reintegro de lo sustraído antes de acaerse el daño o el entorpecimiento al servicio.

El planteamiento de TEJEDOR se mantiene en el **Proyecto de 1881** (Proyecto VILLEGAS-UGARRIZA-GARCÍA) (artículos 161 y 160) y en el **Código Penal de 1886** (artículos 267 y 268).

Con el **Proyecto de Código Penal de 1891** (Proyecto PIÑERO-RIVAROLA-MATIENZO) se reformula el diseño de CARLOS TEJEDOR sobre el peculado. Por lo pronto, la figura se encuentra dentro de los «*Delitos contra la Administración Pública*» (Título X), en el apartado de la «*Malversación de caudales públicos*» (Capítulo VII). El legislador argentino planteaba un **peculado propio por sustracción** de caudales o efectos de los que el funcionario tiene en su administración, percepción o custodia (artículo 308)<sup>(79)</sup>. Deja de lado al peculado propio por consentimiento a la sustracción, que es una figura tradicional española. El modelo tenía concordancia (fuentes) con el artículo 405 del Código Penal español, artículo 168 del Código Penal italiano, artículo 359 del Código Penal holandés, parágrafo 350 del Código Penal alemán, artículos 169 al 172 del Código Penal francés, artículo 462 del Código Penal húngaro, artículo 240 del Código Penal belga, artículo 233 del Código Penal chileno y el artículo 168 del Código Penal uruguayo.

Asimismo, el Proyecto contaba con el **peculado por uso** o aplicación indebida (artículo 307) y el **peculado por imprudencia** (artículo 309)<sup>(80)</sup>; ambos influenciados por los artículos 406 y 407 del Código Penal español y los artículos 234 y 235 del Código Penal chileno.

Es de este último proyecto que el **Código Penal de 1921** construye sus modelos típicos de los peculados<sup>(81)</sup>. En cuanto a la ubicación, se persiste en incorporarlo en el rubro de la «*Malversación de caudales públicos*» (Capítulo VII) dentro de los «*Delitos contra la Administración Pública*» (Título XI). En torno a las formas tipificadas del delito, el artículo 261<sup>(82)</sup> contiene al **peculado propio por sustracción** y al **peculado**

(79) «El funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo».

(80) «El funcionario público que, por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior».

(81) Cf. BOUMPADRE III, 2003, p. 251; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 413.

(82) «... el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública».

de uso en un mismo marco punitivo. Asimismo, en el artículo 262<sup>(83)</sup> se describe al **peculado por imprudencia**; y, en el artículo 263<sup>(84)</sup>, al **peculado impropio**.

Las legislaciones latinoamericanas que siguen principalmente la influencia española son el **Código Penal chileno** (Apartado 5 «*Malversación de caudales públicos*»; Título V «*De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*»), que tipifica, entre otros, al peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento a la sustracción (artículo 233), peculado culposo y peculado por abandono (artículo 234), peculado de uso (artículo 235) y al peculado impropio (artículo 238); el **Código Penal guatemalteco** (Capítulo IV «*De los delitos de peculado y malversación*»; Título XIII «*De los Delitos contra la Administración Pública*»), que tipifica al peculado propio por sustracción y consentimiento a la sustracción (artículo 445) y al peculado culposo (artículo 446); el **Código Penal salvadoreño** (Capítulo II «*De la corrupción*»; Título XVI «*Delitos relativos a la Administración Pública*»), que tipifica al peculado propio por apropiación (artículo 325) y al peculado culposo (artículo 326); y al **Código Penal panameño** (Capítulo 1 «*Diferentes formas de peculado*»; Título X «*Delitos contra la Administración Pública*»), que tipifica, entre otros, al peculado propio por sustracción y peculado propio por consentimiento a la sustracción (artículo 338), peculado por error (artículo 339), peculado culposo (artículo 340), peculado de uso (artículo 341) y al peculado impropio (artículo 343).

Entre las legislaciones latinoamericanas que acogen la influencia italiana debemos resaltar al **Código Penal brasileño**<sup>(85)</sup> (Capítulo IX «*Crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general*»; Título IV «*Crímenes contra la administración pública*»), que tipifica, entre otros, al peculado propio por apropiación y peculado culposo (artículo 312) y al peculado por error de otro (artículo 313); el

**1684.**  
Influencia  
hispana en  
Latinoamérica

**1685.**  
Influencia  
italiana en  
Latinoamérica

(83) «... el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior».

(84) «Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».

(85) Entre sus antecedentes debemos hacer mención al Código Criminal Imperial de 1830 (Título VI «*De los crímenes contra el tesoro público y la propiedad pública*»), bajo la influencia codificadora española y francesa, tipifica, entre otros, al peculado por apropiación, peculado por extravío y al peculado por consentimiento (artículo 170); y el Código Penal de 1890 (Título V «*Crímenes contra el buen orden y la administración pública*»), bajo la influencia española, tipifica, entre otros, al peculado por sustracción, peculado por extravío y al peculado por consentimiento a la sustracción (artículo 221). Vid. FRACOSO II, 1986, p. 389; PIERANGELI 2, 2007, p. 804; PRADO 3, 2019, p. 304; BITENCOURT 5, 2019, p. 38; ESTEFAM 3, 2019, pp. 546-547; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 853.

**Código Penal colombiano**<sup>(86)</sup> (Capítulo I «Del peculado»; Título XV «Delitos contra la Administración Pública»), que tipifica, entre otros, al peculado propio por apropiación (artículo 397), peculado de uso (artículo 398) y al peculado culposo (artículo 400); el **Código Penal uruguayo**<sup>(87)</sup> (Capítulo I; Título IV «Delitos contra la Administración Pública»), que tipifica al peculado propio por apropiación (artículo 153) y al peculado insignificante (artículo 154); y al **Código Penal venezolano** (Capítulo I «Del peculado»; Título III «De los delitos contra la cosa pública»), que tipifica al peculado propio por sustracción y al peculado insignificante (artículo 195).

1686.  
Influencia  
argentina  
en Latinoamérica

Entre las legislaciones que siguen principalmente la influencia argentina se encuentran el **Código Penal boliviano** (Capítulo I «Delitos cometidos por funcionarios públicos»; Título II «Delitos contra la función pública»), que tipifica al peculado propio por apropiación (artículo 142) y al peculado culposo (artículo 143); el **Código Penal costarricense** (Sección V «Peculado y malversación»; Título XV «Delitos contra los deberes de la función pública»), que tipifica al peculado propio por sustracción, peculado propio por distracción y al peculado impropio (artículo 361) y al peculado culposo (artículo 362); y el **Código Penal hondureño** (Capítulo VI «Malversación de caudales públicos»; Título XIII «Delitos contra la Administración Pública»), que tipifica, entre otros, al peculado propio por apropiación (artículo 370), peculado culposo (artículo 371) y al peculado impropio (artículo 373-A).

#### §4. NATURALEZA DELICTIVA

1687.  
Naturaleza  
delictiva

Uno de los puntos determinantes en el estudio dogmático de esta figura penal es su **naturaleza delictiva**. La posición que se asuma sobre este aspecto permitirá resolver otros temas relevantes como la ubicación legislativa de peculado en el catálogo de los delitos, la determinación de los alcances del objeto jurídico de protección y las reglas de la participación (delito común agravado o delito especial propio o impropio).

Desde su origen legislativo, al peculado siempre se le ha considerado un **delito patrimonial**, ya que se tipificaba con dos elementos esenciales: *furtum* (hurto) y

<sup>(86)</sup> Entre sus antecedentes se tiene al Código Penal de 1890, que asume el esquema de peculados del Código Penal español de 1922 y tipifica, entre otros, al peculado doloso por extravío (artículo 459), peculado por uso (artículo 458) y al peculado culposo por extravío (artículo 464); el Código Penal de 1936, que sigue la influencia del Código Penal italiano de 1930 y tipifica, entre otros, al peculado por uso (artículo 152) y al peculado culposo por extravío (artículo 155); y el Código Penal de 1980, que persiste con la influencia italiana y tipifica, entre otros, al peculado por apropiación (artículo 133), peculado por uso (artículo 134), peculado por error ajeno (artículo 135) y peculado culposo (artículo 137). Para mayor detalle de los antecedentes, *Vid.* RUBIO ANGULO, 1985, pp. 33 y ss.; PEÑA OSSA, 1995, pp. 54 y ss.; LOMBANA VIELALBA en Castro Cuenca II, 2011, p. 239.

<sup>(87)</sup> Su antecesor, el Código Penal de 1889 (Sección Primera «Del peculado y de la sustracción o supresión de títulos, autos o documentos»; Título III «De los delitos contra la administración y la autoridad pública»), sigue la influencia del Código Penal italiano de 1889 y tipifica, entre otros, al peculado por sustracción o hurto y al peculado por uso (artículo 168). *Vid.* CAMAÑO ROSA, 1967, p. 109; SOSA DÍAS, 1963, p. 145; CAIRÓLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1210.



*res publicae* (bien mueble). Actualmente, quienes persisten en esta **identidad patrimonialista** resaltan estos componentes y reconducen la condición pública del objeto material como el sustento para elevar al peculado a un **delito patrimonial agravado, cualificado o especial**. Esto ha sido propugnado por un gran sector de la doctrina alemana y se denota cuando se decide la supresión de la figura específica del peculado en el Código Penal alemán.

Uno de los fundamentos de esta postura es que la estructura típica del peculado se aproxima a un **hurto, una apropiación ilícita o un abuso de confianza**, primordialmente, por lo que, muchas veces tendría asidero que el legislador se limite a reenviar el mensaje preventivo general a las normas penales de los delitos patrimoniales. Asimismo, el objeto jurídico de protección residiría únicamente en el patrimonio de la Administración Pública y no tendría sentido brindar un tratamiento autónomo considerable frente a otras formas de afectación de patrimonios de particulares. Por último, la cuantificación de lo apropiado o lo sustraído es vinculante en torno al grado de la pena aplicable al infractor; y la pena pecuniaria o de la restitución será la sanción más recomendable.

Al respecto, entre los autores italianos, FRANCESCO ANTOLISEI afirmaba que el peculado «en sustancia, no es otro que una apropiación indebida cometida por un funcionario público»<sup>(88)</sup>. Entre los autores españoles que siguen esta postura<sup>(89)</sup>, JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO calificaba al delito como «un verdadero hurto, y de baja e infame especie, el que se supone aquí cometido por los empleados»<sup>(90)</sup>. Por su parte, ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS resalta que la figura penal «viene a constituir una variedad del hurto o de la apropiación indebida, cualificada por la condición personal del agente y por la naturaleza de la cosa. Conserva, por lo tanto, su privativa naturaleza del delito contra la propiedad»<sup>(91)</sup>. Entre los autores venezolanos, TULLIO CHIOSSONE sostiene que «el elemento sustracción le da la naturaleza de un delito de apropiación indebida de cosas que han sido confiadas; pero como el sujeto es un funcionario público y los objetos pertenecientes a la administración pública, no es un delito simple de apropiación indebida, sino contra la cosa pública que toma el nombre de peculado (...). Puede ser una apropiación indebida calificada por razón de sus funciones»<sup>(92)</sup>.

**1688.**  
Naturaleza  
patrimo-  
nialista

<sup>(88)</sup> ANTOLISEI II, 1960, p. 630; También consideraban una apropiación indebida especial, entre los autores uruguayos: SOSA DÍAS, 1958, p. 146; Entre los autores brasileños: JESUS, 4, 2012, p. 167; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 179; SALLES JUNIOR, 1987, p. 338; FIGUEREIDO 2, 1986, p. 429; SILVA, 1973, p. 419; Entre los autores mexicanos: GÓZALEZ DE LA VEGA II, 2003, p. 500; Entre los autores ecuatorianos: ZAMBRANO PASQUEL en Reyna Alfaro, 2009, p. 555.

<sup>(89)</sup> Así también: VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 297.

<sup>(90)</sup> PACHECO II, 1881, p. 510.

<sup>(91)</sup> QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 185.

<sup>(92)</sup> CHIOSSONE, 1972, p. 521.

1689.  
Naturaleza  
adminis-  
trativista

Por otro lado, hay quienes reconducen la naturaleza delictiva del peculado a una identidad eminentemente **funcionarial**, es decir, la vinculación existente entre el sujeto activo (funcionario público) y el objeto material (bien público). Esa vinculación o relación funcionarial se sostiene en la expectativa que la Sociedad espera que los funcionarios realicen la administración o el empleo de los bienes públicos a los fines administrativos y no a los personales. Aquí no se toma importancia al valor o la cuantía del bien público sustraído, sino ese deber funcionarial exigible al empleado público para ejercer el destino administrativo de los bienes que se le encomienda. En la legislación, el Código Penal francés toma dicha postura al ubicar al peculado dentro de las infracciones penales que atentan el deber de probidad funcionarial.

Quienes critican la posición patrimonialista refieren que «no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa»<sup>(93)</sup>; además que no existiría un correlato absoluto de los delitos patrimoniales con las formas de peculado<sup>(94)</sup>.

Por consiguiente, el peculado se configura en un **delito propiamente funcionarial**; siendo, incluso, confundido con un **abuso de funciones**, puesto que el empleado público al ejercer la apropiación o el uso indebido no hace más que extralimitarse del parámetro del riesgo de función que habilita los actos que puede ejercer sobre los bienes públicos. En tal sentido, el patrimonio público es desfasado como objeto de protección por el deber de función de una correcta administración o custodia exigida al empleado público. Por ello, el peculado se considera un **delito de infracción del deber** cuyo fundamento se encuentra en la responsabilidad administrativa de la correcta gestión de los bienes públicos.

Entre los autores argentinos que asumen esta tesis, SEBASTIÁN SOLER considera que «es un delito más grave que el abuso de confianza; no ya por ser cometido por un funcionario, sino porque constituye un abuso de función pública, con el cual además de haberse lesionado los intereses del fisco, se han lesionado los de la administración en sentido amplio»<sup>(95)</sup>. De los autores colombianos, CAMPO EDMUNDO RUBIO ANGULO afirma que «el peculado es, ante todo, una violación al deber funcional; expresión que implica que el bien ha entrado previamente al ámbito de la administración pública por conducto de uno de sus representantes y que este ha dispuesto de él, contrariando los intereses y facultades de la misma»<sup>(96)</sup>.

1690.  
Naturaleza  
falsaria

Otra forma cercana al carácter administrativista se observa cuando se le reconoce como un **delito falsario** o contra la fe pública<sup>(97)</sup>. Este planteamiento proviene del desarrollo de la tesis romana de la «*fe traicionada*» que incurrian los empleados públicos

(93) BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 451.

(94) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1181. Otras observaciones: BALMACEDA HOYOS en Revista de Derecho de la Universidad de San Sebastián n.º 20, 2014, pp. 84 y ss.

(95) SOLER V, 1978, p. 170.

(96) RUBIO ANGULO, 1985, p. 22.

(97) Así tab.: CARMIGNANI, 1979, pp. 494 y ss. Vid. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 309.

contra los bienes de la población. Por esa responsabilidad especial encomendada, la confianza exigida ostentaba los caracteres de pública y necesaria<sup>(98)</sup> en la pureza de las actuaciones funcionariales.

Entre los clásicos autores italianos se ha sostenido esta posición para desligarse de la naturaleza patrimonialista por no encontrarnos frente a una confianza privada. En ese parecer, FRANCESCO CARRARA señalaba «si el abuso de confianza entre particulares es un delito menor que el hurto, el abuso de confianza entre una persona pública y el público es un delito muchísimo más grave que el hurto (...). Y esto no proviene de empíricas miras utilitarias, ni de intereses financieros que así lo exijan, sino que es una espontánea consecuencia jurídica de los principios cardinales que regulan la calidad de los delitos, precisamente porque en ese acto de funcionario público aparece un objeto jurídico ulterior, ya que no solo se viola el derecho de propiedad sino también la fe pública, es decir, aquella confianza que por las condiciones de la Sociedad civil es necesaria en su origen, y que al ser impuesta en su desarrollo a toda la nación, corresponden al derecho que esta tiene a su exacto mantenimiento»<sup>(99)</sup>.

Tiene mayor recepción —entre los penalistas— la formación de una **naturaleza mixta (doble o bifronte) delictiva del peculado**, en el sentido de integrar en el mismo los rasgos patrimonialistas y administrativistas<sup>(100)</sup>. Así, por un lado, nótese el carácter patrimonial en cuanto a su conducta típica frente al objeto material que se traducirá en la vulneración de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, por otro lado, el carácter funcional en relación con el sujeto activo frente al objeto material que implicará el quebrantamiento del deber funcional exigible a este para una correcta administración o custodia de los bienes públicos.

En esta posición mixta o heterogénea es factible la formación del peculado bajo dos esquemas delictivos: *primero*, como **delito de infracción de deber propio**, en el cual prevalece el aspecto funcional como fundamento de la punibilidad y la reafirmación de la prevalencia de la naturaleza administrativista de la figura penal; y, *segundo*, como **delito de infracción de deber impropio**<sup>(101)</sup>, en donde el aspecto funcional

**1691.**  
Naturaleza  
dual o  
mixta

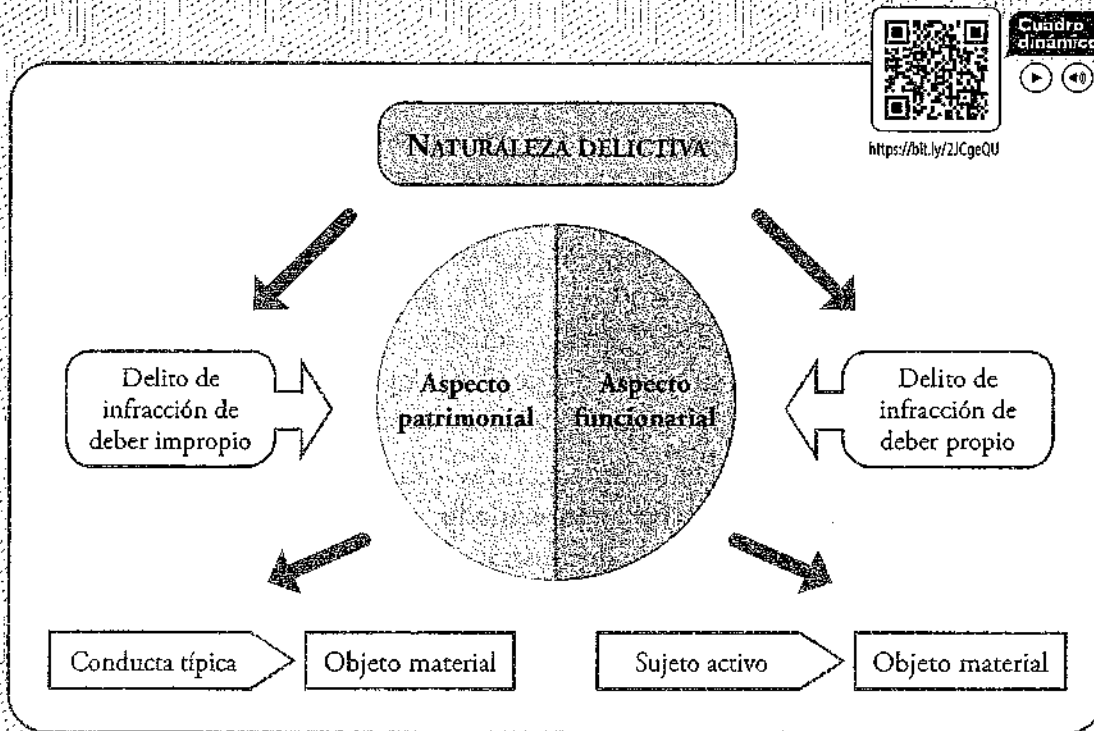
<sup>(98)</sup> Cf. CARRERA, 1968, pp. 48-49.

<sup>(99)</sup> CARRARA VII.9, 1982, p. 13.

<sup>(100)</sup> Así también: MUÑOZ CONDE, 2015, p. 888; DE LA MATA/ETXEBARRÍA, 1995, p. 76; ROCA AGAPITO, 1999, p. 65; ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 724; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, pp. 1181-1182; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4052; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 26; CATALÁN SENDER, 1999, p. 244; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 249; SANZ MULAS en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-05, 2017, p. 2; CUELLO CALÓN III, 1980, p. 450; SOTO RODRÍGUEZ en Revista Galega de Administración Pública n.º 43, 2012, p. 118; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, pp. 1-2.

<sup>(101)</sup> Así también: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 826. El citado autor considera que el peculado es más cercano a los delitos comunes contra el patrimonio, aunque los caracteres definidores en el sujeto activo y el objeto material consolidan su ubicación sistemática dentro de los Delitos contra la Administración Pública (*Ibidem*, p. 825). *Vid.* FONTÁN BALESTRÁ VII, 1980, p. 309.

justifica la agravación de la punibilidad, mas no constituye su fundamento de punición que, al final de cuentas, se encuentra en la naturaleza patrimonial del delito. Sobre esto último se podría decir que se construye un comportamiento delictivo patrimonial bajo el ámbito estrictamente del prevalimiento o aprovechamiento funcional.



Esta unificación de rasgos hace del peculado un delito **pluriofensivo**, pero también **autónomo**<sup>(102)</sup>, en un enfoque desligado de cualquiera de estas apreciaciones. Por nuestra parte, afirmamos que el peculado, si bien ostenta ese carácter mixto, hay una prevalencia por la perspectiva administrativista<sup>(103)</sup>, ya que el fundamento del injusto reside en el quebrantamiento del deber funcional de la correcta administración del bien público, sin que ello implique desconocer que se tenga en consideración el carácter público de los bienes apropiados o usados. Esto permite reafirmar la estructura del peculado como un delito de infracción de deber propio (delito especial propio)<sup>(104)</sup>, puesto que el deber funcional de administración o gestión de patrimonio público es el fundamento de su punibilidad.

Entre los autores españoles que asumen esta postura, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA resaltó que «el Estado, pongamos por caso, ha de valerse necesariamente en la gestión de su patrimonio de personas físicas. Concorre en él siempre, por tanto,

(102) Cf. PUIG PEÑA III, 1955, p. 352; VILLADA, 1999, p. 412.

(103) Así tab.: HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 186.

(104) Así tab.: MANALICH en Política Criminal n.º 7, 2012, p. 362; BALMACEDA HOYOS en Revista de Derecho de la Universidad de San Sebastián n.º 20, 2014, p. 91.

una especial indefensión y obligada confianza que explica el que este grupo reciba un tratamiento distinto de que tiene el patrimonio de los particulares, porque en todos los delitos que siguen el prevalerse de las funciones es uno de los elementos esenciales»<sup>(105)</sup>. Asimismo, LUIS ROCA AGAPITO señaló que ambos elementos (patrimonialista y gestión administrativista) se entrelazan a la hora de fijar el contenido total del injusto: «con ello se acoge, por una parte, el aspecto patrimonial de la malversación, y por otra, el aspecto del correcto funcionamiento de una Administración Pública prestacional»<sup>(106)</sup>. De los autores argentinos, CARLOS FONTÁN BALESTRA sostiene que «no puede negarse que, al lado de la tutela del derecho de propiedad, aparece el quebrantamiento del deber del funcionario para con el Estado, lo que hace aparecer al delito que estudiamos como contrario también a la administración pública (...) De este modo se llega al concepto del delito a través de tres elementos: la condición de autor, la naturaleza de los bienes y la relación funcional entre uno y otros. Así caracterizado el delito, se aparta de la idea del hurto y se acerca a la modalidad de un abuso de confianza calificado»<sup>(107)</sup>.

## §5. CLASIFICACIONES

Las diferentes formas en las que se pueden organizar los peculados atienden principalmente los elementos estructurales del tipo penal como el sujeto activo, el objeto material y la conducta típica, principalmente. Algunas de estas clasificaciones son tradicionales y se mantienen en el catálogo de los delitos funcionariales para una óptima prevención general y/o delimitación proporcional del marco punitivo.

Una **primera clasificación** —y tradicional— es la que se fija en la condición funcionarial o pública del sujeto activo y/o del objeto material. Se trata de los peculados propios e impropios<sup>(108)</sup>, los cuales son comunes de hallar en los códigos penales. Los primeros consisten en la apropiación o la utilización ejercida por funcionarios o empleados integrantes de la Administración Pública (**peculado propio por el sujeto activo**) o la apropiación o la utilización de bienes (caudales o efectos) pertenecientes a la Administración Pública (**peculado propio por el objeto material**). Los segundos consisten en la apropiación o la utilización ejercida por terceros ajenos a la administración, pero que, por el rol temporal y excepcional que cumplen para la entidad pública, se les exige desenvolverse como empleados públicos (**peculado**

**1692.**  
Clasificaciones

**1693.**  
Peculados propios e impropios

<sup>(105)</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1182.

<sup>(106)</sup> ROCA AGAPITO, 1999, p. 65.

<sup>(107)</sup> FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 309.

<sup>(108)</sup> Así, la diferencia entre peculado propio e impropio conforme al sujeto activo y la existencia o no del vínculo de confianza. Vid. CARRARA VII.9, 1982, p. 10. Cabe agregar que se ha extendido muchas veces al carácter de impropiedad, a la malversación de caudales y al peculado culposo. Cfr. ENTRENA FABRÉ, 1999, pp. 65-66; QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 186; RODRÍGUEZ COLLAO/OS-SANDÓN WIDOW, 2018, p. 384.

**impropio por el sujeto activo**); o la apropiación o la utilización de bienes que no son de propiedad de la administración, pero que están bajo su custodia o resguardo (**peculado impropio por el objeto material**). En este segundo grupo vemos una semejanza estructural entre el peculado y los delitos patrimoniales (hurto y apropiación ilícita), puesto que el carácter funcional solo tendría cabida como componente agravante de la punibilidad.

**1694.** Una **segunda clasificación** se enfoca en las formas como el empleado público puede aprovecharse indebidamente de los bienes públicos, estas son, las conductas típicas y el grado de vulneración que consiguen contra los derechos reales que ostenta la Administración Pública. Así, se está ante un **peculado por sustracción** (inicialmente confundido por un peculado de hurto)<sup>(109)</sup> cuando el empleado público consigue extraer los caudales o los efectos fuera del ámbito de custodia de la administración sin llegar a un mínimo de disponibilidad o apoderamiento. Otra forma más desarrollada es el **peculado por apropiación** que implica algo más que una mera sustracción, ya que el sujeto activo consigue un mínimo de beneficio a su favor o de un tercero. Tanto en el peculado por sustracción como en el peculado por apropiación, el empleado público no pretende una posesión temporal del bien público, como sí ocurre en el **peculado de uso**, en el que el sujeto activo busca beneficiarse con la utilización del caudal sin que ello implique un apoderamiento definitivo del mismo.

**1695.** Una **tercera clasificación** de los peculados puede residir, por ejemplo, en el aspecto valorativo (cuantificable económicamente) del bien público, y así organizar a los **peculados relevantes** y los **peculados insignificantes**. Con ello, el legislador establecerá o un criterio punitivo conforme a la cuantía de lo apropiado o utilizado o simplemente excluir de la imputación penal a aquellos peculados de importes menores o de escaso interés administrativo.

**1696.** Una **cuarta clasificación** de los peculados se halla en el nivel participativo del sujeto activo funcional en la apropiación, la sustracción o la utilización de los caudales o los efectos públicos. Si el funcionario público interviene directamente o en forma personal en la realización de la conducta típica estamos sin dudas ante un **peculado directo** (que es un modelo más cercano a un **peculado comisivo**); pero, si el funcionario público no ejecuta la conducta típica, sino que permite que un tercero (*extraneus*) lo haga, ya sea por cuenta suya o de este, se está ante un **peculado indirecto** (que es más cercano a un modelo de **peculado omisivo**). Esta última forma peculado es habitualmente entendida como el **peculado por consentimiento a la sustracción o la utilización** que formaba parte del esquema tradicional español de peculados (desde el Código Penal de 1848) y que tuvo recepción en el Código Penal peruano de 1863.

(109) Cf. VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 297.

Entre otras formas de clasificación a tener en cuenta, resaltamos la vieja clasificación romanista del *peculatus* y el *crimen residuorum*, en el cual la atención también recaía en el objeto material, pero específicamente en su naturaleza. En ambos casos, el empleado público buscaba obtener los máximos beneficios a su favor, pero por la naturaleza de la *res publicae*, las actuaciones delictivas eran distintas. Así, mientras que el *peculatus* se dirigía a las especies, el *crimen residuorum* se limitaba a las sumas de dinero. Entonces, en el primero era viable la configuración de los peculados de sustracción, apropiación y utilización; mientras que en la segunda solo podría sostenerse la imputación de *residuorum* en actos de apropiación por la no entrega del dinero a las arcas públicas al momento de la rendición de cuentas.

1697.  
Otras  
clasifica-  
ciones

## §6. MODELOS LEGISLATIVOS

Hay legislaciones penales que carecen de una tipificación específica del peculado en el rubro de los delitos funcionariales (**sistema de no criminalización específica**). Simplemente optan por no criminalizar al indicado delito y trasladan su tratamiento aplicativo a los delitos patrimoniales. Estas legislaciones apuestan por demarcar la naturaleza del peculado como delito patrimonial y consideran no hacer distingo punitivo por la condición de sujeto activo en un apartado autónomo.

1698.  
Sistema  
de no  
crimina-  
lización  
específica

Observamos que hay dos vías para este modelo legislativo. Así, un **primer modelo** se encuentra en el Código Penal alemán donde el peculado simplemente resultaría siendo uno de tantos casos que sencillamente se pueden adecuar a los alcances típicos de la apropiación indebida o el hurto; inclusive, sin necesidad que exista una modalidad agravada por la condición pública del bien mueble. Este modelo en Latinoamérica tiene recepción en el Código Penal paraguayo. Un **segundo modelo** se encuentra en el Código Penal suizo (artículo 138.2) en el cual el peculado resulta siendo una modalidad agravada de la apropiación indebida por la condición funcional del sujeto activo, sin perder su naturaleza de delito patrimonial, ya que tampoco existe un tratamiento autónomo de la figura dentro del rubro de los delitos patrimoniales.

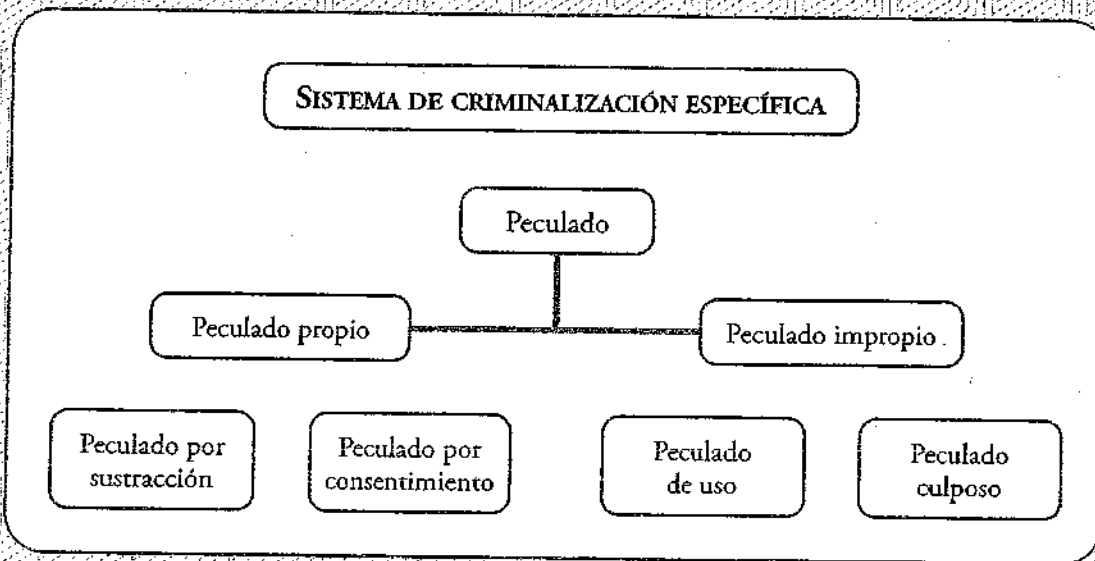
Otro modelo legislativo mantiene la tipificación específica del peculado en los delitos funcionariales, pero se recurre a los delitos patrimoniales para su complemento típico (**sistema de criminalización remisiva**). Es el actual modelo del reformado Código Penal de 1995 (artículo 432). Hay un apartado propio bajo la denominación de malversación de caudales públicos, pero para el peculado propio se construye supuestos de hecho remisivos a los delitos patrimoniales de administración desleal y la apropiación ilícita. Se están ante un delito agravado por la condición del bien jurídico protegido (patrimonio público). En este modelo no hay excepciones sobre la cuantía de lo apropiado, salvo que el valor sea considerablemente mayor para agravar más la pena.

1699.  
Sistema  
de crimi-  
nalización  
remisiva

El **modelo legislativo tradicional español** organizó, bajo la denominación de malversación de caudales públicos, una variedad de peculados, encontrándose el peculado propio en sus modalidades de sustracción (peculado comisivo) y consentimiento a la sustracción (peculado omisivo), el peculado culposo y por abandono;

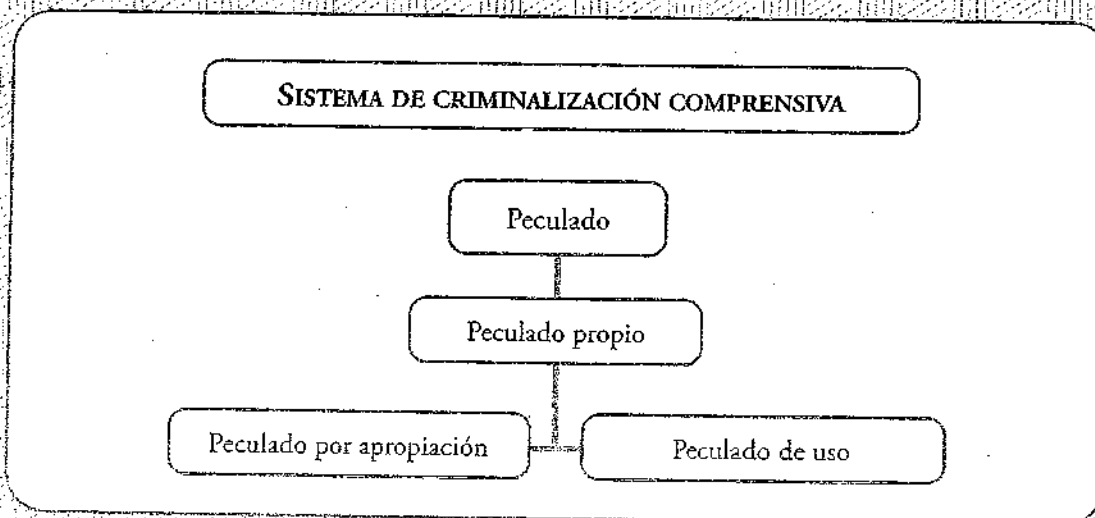
1700.  
Sistema  
de crimi-  
nalización  
específica

el peculado de uso y el peculado impropio (sea por el sujeto activo o por el objeto material) (**sistema de criminalización específica**). El esquema punitivo del peculado propio es cuantificador en una relación directa con el valor de los caudales o los efectos públicos afectados. Este modelo español ha tenido vigencia desde los Códigos Penales de 1848 y 1850 hasta el de 1973 y ha tenido una gran recepción en Latinoamérica. En la legislación peruana, este modelo es acogido parcialmente en todos los códigos penales.



**1701.**  
Sistema de criminalización comprensiva

Esta variedad no se observa en el **modelo legislativo italiano** que siempre ha mantenido un planteamiento escueto de peculados propios, es decir, reservado su comisión para los empleados públicos, por lo menos, en dos modalidades: peculado propio por apropiación o sustracción y peculado por distracción o de uso (**sistema criminalizador comprensivo**). El diseño italiano es meridianamente apreciable en los códigos penales de Brasil, Uruguay, Venezuela y Colombia.





## §71. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **peculado propio** está tipificado en el artículo 387 del Código Penal (que contiene las modalidades de peculado propio por apropiación y de uso y el peculado culposo) conforme al siguiente texto legal:

**1702.**  
Art. 387

*«El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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

- 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*
- 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.*
- 3. El agente se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.*
- 4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.*

*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.»*

Evolución  
legislativa



<https://bit.ly/3ugh2fr>

En la **cultura inca** hay vestigio de sanción punitiva de conductas asemejadas al peculado por sustracción y por apropiación. Quienes sustrajeran los bienes (ganado, frutos de tierra y riquezas) del Inca eran sancionados con la muerte, ya que estos tenían el reconocimiento semidivino<sup>(110)</sup>. Lo mismo sucedía a quienes hurtaban los bienes destinados a los depósitos reales, los cuales servían de manutención a la corte, a los súbditos, al ejército y a la nobleza. Podríamos considerar a los bienes reales como

**1703.**  
En la  
cultura  
inca

<sup>(110)</sup> MUKARKER, OVALLE en Temas de Derecho n.º 2, 1992, p. 146. Vid. PEASE en Derecho PUCP n.º 29, 1971, p. 55.

objetos pasibles de peculado, mas no a los que corresponden a los ayllus, a los cuales se les trataba como simples hurtos, puesto que los ayllus estaban al servicio del Inca y los excedentes de sus tierras y sus frutos eran a favor de este.

También se sancionaba al cacique que —por descuido— permitía que terceros hurten los tambos. Era una especie de peculado culposo de los insumos alimenticios que se penaba con la privación del cargo administrativo<sup>(111)</sup>.

1704.  
En el  
Virreinato

Durante el **Virreinato del Perú** el tratamiento punitivo del peculado estuvo reglado con las normas penales del reino de Castilla, siendo la de concurrente aplicación, la Séptima Partida de ALFONSO X. En una Real Audiencia del 10 de mayo de 1554 de CARLOS V (Ley I, Título VIII, Libro VII de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680) se ordenó a los jueces de las colonias americanas el juzgamiento y castigo de especial consideración a los delitos públicos —entre ellos, el peculado—: «*Ordenamos y mandamos a todas nuestras Justicias de las Indias, que averigüen y procedan al castigo de los delitos, y especialmente públicos, atroces y escandalosos contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión y ciudadano, sin omisión ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene al sosiego público, quietud de aquellas provincias y sus vecinos*».

1705.  
Proyecto  
de  
VIDAURRE

Pasada las guerras por la independencia peruana, el Libertador SIMÓN BOLÍVAR solicitó la vuelta de MANUEL LORENZO DE VIDAURRE Y ENCALADA a quien le encargó, entre otras, la confección de un Código Penal para esta joven nación, el cual fue presentado al Congreso Constituyente en 1825, aunque no tuvo la aprobación esperada. Más adelante, hallándose el primer legislador penal peruano exiliado en Boston, y con motivo a un concurso público en Chile para la redacción de un código criminal, publicó, en 1828, el **Proyecto de un Código Penal**.

El proyecto siguió la influencia del Código Penal napoleónico y en su apartado titulado «*Delitos públicos o de Majestad*» describió a un grupo de ilícitos relacionados con la propiedad del Estado (Título 8 «*Propiedades*»), entre ellos, encontramos a la Ley n.º 1 que contiene la norma penal del peculado: «*El peculado cometido por los administradores del tesoro, en cualesquiera de sus ramos, tendrá por pena la pérdida del empleo, la infamia, la restitución de cuádruplo, o la prisión rigorosa por diez años*». Si bien la propuesta de VIDAURRE no precisa el tipo de peculado, se resalta en ella la condición funcional del sujeto activo en una formulación genérica.

1706.  
Códigos  
Penales  
de SANTA  
CRUZ

En el período de la **Confederación Perú-boliviana** (1836-1839), el general ANDRÉS DE SANTA CRUZ Y CALAHUMANA, designado protector de los Estados Nor y Sur Peruanos, en 1836 puso en vigencia códigos penales para cada Estado que fueran la transcripción del Código Penal boliviano de 1834. En relación con el peculado, estos códigos penales siguen *ad litterem* el modelo del Código Penal español de 1822.

(111) MUKARKER OVALLE en *Temas de Derecho* n.º 2, 1992, p. 139.

En tal sentido, en un grupo de extravíos, malversaciones y usurpaciones (Capítulo II «*Del extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo*») ubica al peculado dentro del rubro «*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*» (Título VI).

En el repertorio encontramos, entre otros, al **peculado propio por extravío doloso** (artículo 352)<sup>(112)</sup> y al **peculado por extravío o sustracción culposa** (artículo 355)<sup>(113)</sup>. Se advertirá en los preceptos una técnica redundante y casuística adquirida de la fuente española.

El primer cuerpo criminal republicano nacional, el **Código Penal de 1863**, receptor de la influencia de los Códigos Penales españoles de 1848 y 1850, sigue su estructura esquemática de peculados. Así, ubica al delito dentro del rubro denominado «*De la malversación de caudales públicos*» (Título IX), el mismo que integra otro titulado, «*De los delitos pecuniarios a los empleados públicos*» (Sección Quinta). En el artículo 196<sup>(114)</sup> se tipifica al **peculado propio por sustracción** y al **peculado propio por consentimiento a la sustracción**; en el artículo 195<sup>(115)</sup>, al **peculado de uso**; y en el artículo 197<sup>(116)</sup>, al **peculado impropio**.

1707.  
Código  
Penal de  
1863

La relación funcional entre el empleado público y los bienes, caudales o valores públicos se determina por la administración o la custodia derivada de su cargo. Por último, su sistema de penas se establece en atención a la cuantificación del objeto material: el incremento de la pena es en relación directa a la adición de quinientos pesos del valor del bien sustraído.

(112) «*Cualesquiera funcionario público que teniendo como tal a su cargo de cualquiera modo la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales o efectos pertenecientes al Estado, o a la comunidad de una provincia o pueblo, o a algún establecimiento público, extravíe a sabiendas algunos de dichos caudales o efectos o rentas, pero en términos de poder reemplazarlos inmediatamente que sean necesarios, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del instituto, será suspenso de su empleo por dos meses a un año, y pagará de diez al veinte por ciento del importe de lo extraviado, y será apercibido. Si por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente alguna de las atenciones del instituto respectivo, se le impondrá el duplo de las penas designadas, y resarcirá los perjuicios que haya causado. Si reincidiere en alguno de estos delitos perderá el empleo y sufrirá además las penas pecuniarias*».

(113) «*El que teniendo a su cargo caudales o efectos de los sobredichos diere lugar por su negligencia o culpa al extravío de algunos de ellos, o a que otros los usurpen o sustraigan o malversen, será suspenso de su empleo de seis meses a dos años, y pagará el déficit que resulte con una multa del diez al treinta por ciento*».

(114) «*El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga, los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado con inhabilitación absoluta en tercer grado y reclusión en primero, si la sustracción fuere menor de quinientos pesos; aumentándose un término por cada quinientos más, hasta el quinto grado*».

(115) «*El empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra*».

(116) «*Quedan sujetos a las disposiciones anteriores, los que administran bienes municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia; así como los administradores y depositarios de caudales depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares*».

Posteriores propuestas modificatorias mantienen la influencia española como se constata en los artículos 238<sup>(117)</sup> y 239<sup>(118)</sup> del Anteproyecto de Código Penal de 1877, y en los artículos 346<sup>(119)</sup> y 347<sup>(120)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1916.

1708.

Código  
Penal de  
1924

El **Código Penal de 1924** (Código MAÚRTUA) reformula el planteamiento de su antecesor y se aparta en parte del esquema español de peculados. Bajo un título propio (Título III «*Peculado*»), dentro del rubro de los «*Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales*» (Sección XIV), tipifica, entre otros, al **peculado propio por apropiación**, al **peculado de uso** y al **peculado culposo** (artículo 346)<sup>(121)</sup>. Este código, de fuerte influencia helvética, al no contar con un análogo tipo penal de peculado en su fuente europea, recurre en parte al modelo argentino que, a su vez, también sigue la influencia española. Por ello, podemos sostener que el esquema peruano de criminalización de peculados asume las fuentes argentina (inmediata) y española (mediata)<sup>(122)</sup>. Así se aprecia en la descripción del objeto material y su relación funcional con el sujeto activo (concordante con el artículo 261 del Código Penal argentino de 1921). También se advierte sin duda en el peculado de uso (concordante con el artículo 2 del Proyecto TEJEDOR) y en el peculado culposo (concordante con el artículo 262 del Código Penal argentino de 1921).

Lo novedoso que trae el legislador MAÚRTUA, acogiendo las recomendaciones desde la doctrina, es la inclusión del **peculado propio por apropiación**, esto es, un apoderamiento más desarrollado que el tradicional peculado por sustracción (diseño español). Unifica en un mismo marco punitivo este peculado junto al peculado de uso y deja de lado el criterio cuantificador punitivo conforme al valor de lo apropiado. En cuanto al **objeto material** se recurre a los caudales y los efectos, por lo que se reduce el círculo de activos públicos. Sobre la **relación funcional** entre el sujeto activo y el objeto material se incorpora a la percepción, como lo hace también el legislador

(117) «El empleado o funcionario público que hace uso para sí o para otro, de los caudales que administra o tiene bajo su custodia...»

(118) «El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores confiados a su administración o custodia...»

(119) «El empleado que hiciera uso para sí o para otro, de los caudales, efectos o bienes que custodia o administra...»

(120) «El empleado que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia...»

(121) «El funcionario o empleado público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo... La pena será... si el delincuente, por negligencia, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos». Durante su vigencia, el mencionado texto legal solo ha sido objeto de modificación por el Decreto Ley n.º 17106 del 18 de noviembre de 1968, el mismo que incrementó el rigor de las penas.

(122) Para LUIS BRAMONT ARIAS se debe tomar, además de la fuente argentina, al artículo 168 del Código Penal uruguayo de 1889 y al artículo 195 del Código Penal peruano de 1863 (1966, p. 425).

argentino. Así, cuando el funcionario se apropia o utiliza los caudales y los efectos, lo hace no solo porque se le ha confiado su administración o custodia (modelo español), sino también por su previa percepción (modelo argentino).

Durante la vigencia del código penal en estudio han existido propuestas de modificatoria integral, aunque sin relevancia en torno al peculado. Cabe mencionar al artículo 470<sup>(123)</sup> del Anteproyecto de Código Penal de 1927; artículo 376<sup>(124)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1984, artículo 392<sup>(125)</sup> de Proyecto de Código Penal de 1985, artículo 371<sup>(126)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1986 y al artículo 380<sup>(127)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1991.

El vigente **Código Penal de 1991** mantiene el planteamiento criminalizador del Código MAURTUA, por lo tanto, no hay mucha modificación relevante que comentar al respecto, lo que permite entender la conformidad del legislador, no obstante, los cambios relevantes acaecidos en otras experiencias legislativas. En tal sentido, se heredan las fuentes argentina y española<sup>(128)</sup>.

1709.  
Código  
Penal de  
1991

Sobre la ubicación, el peculado se encuentra en la Sección II «*Peculado*», Capítulo II «*Delitos cometidos por funcionarios públicos*» y Título XVIII «*Delitos contra la Administración Pública*». Se insiste con las formas de **peculado propio**

(123) «... el funcionario o empleado público que se apropiare o utilice en cualquier forma, en su provecho o en el de otro, caudales, efectos o valores cuya inversión, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo... La pena será de... si el delincuente, por negligencia, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción o apropiación de caudales o efectos que haya tenido a su cargo...».

(124) «El funcionario o servidor público que se apropie o utilice en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo... La pena será... si el delincuente, por negligencia, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otras personas la sustracción de caudales o de efectos».

(125) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas, por razón de su cargo... Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos...».

(126) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas, por razón de su cargo... Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos...».

(127) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados, por razón de su cargo... Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos...».

(128) Además de la fuente argentina, algunos autores adicionan al artículo 168 del Código Penal uruguayo de 1889 y al artículo 195 del Código Penal peruano de 1863. Así: PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 170; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 176; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 63. Para MANUEL ABANTO VÁSQUEZ, además de la fuente argentina, considera al artículo 133 del Código Penal colombiano de 1980, al artículo 150 del Código Penal colombiano de 1936 y al artículo 314 del Código Penal italiano de 1947 (2003, p. 336). Por su parte, FIDEL ROJAS VARGAS señala que, además de las fuentes argentina y uruguayas, se debe tener en cuenta a los Código Penal italianos de 1889 y 1930 y los Códigos Penales españoles de 1870, 1928 y 1973 (2007, p. 478).

por apropiación, peculado de uso y peculado culposo (artículo 387)<sup>(129)</sup>, sin reestructuraciones que comentar, salvo el cambio de tiempo de los verbos rectores (*v. gr.*, «apropiarse» a «apropia»).

**1710.** Modificaciones del art. 387. A continuación, el artículo 387 será objeto de una serie de modificaciones legales, lo que hace de esta figura penal —junto a la colusión defraudatoria— una de la de mayor interés del legislador dentro del catálogo de los delitos funcionariales. Notamos la inclusión de nuevas modalidades y el endurecimiento de las penas en el afán de tener una respuesta represiva más agresiva.

**1711.** Ley 26198. Una primera modificación del artículo 387<sup>(130)</sup> proviene de la Ley n.º 26198 del 13 de junio de 1993. Esta consiste en la incorporación de la modalidad agravada en atención a la condición asistencial o social del objeto material, es decir, cuando lo que se apropia o utiliza son caudales o efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social: «*si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social*». Esta es aplicable para todas las formas de peculado. Así, cuando se trata de la modalidad agravada de los peculados de apropiación o de uso, la pena privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de diez años; mientras que la modalidad agravada para el peculado culposo, la pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de cinco años.

**1712.** Ley 29703. Una segunda modificación del artículo 387<sup>(131)</sup> se corresponde con la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que realiza incorporaciones importantes. Por lo pronto, el legislador recurre a denominar al delito como peculado doloso y

<sup>(129)</sup> «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».

<sup>(130)</sup> «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años».

<sup>(131)</sup> «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor

culposo. Se criminaliza al peculado por consentimiento a la apropiación o la utilización de caudales o efectos (*«consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos»*), el mismo que es una figura penal de tradición española. Esta constituye la propuesta del Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ de 3 de agosto de 2010 (*«Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública»*) de la SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, la misma que la considera una forma de peculado por omisión al señalar que *«se explicita la conducta omisiva del funcionario que, colocado en una posición de garante, consiente dolosamente que otro se apropie o utilice el bien»* (fundamento 3).

Otra incorporación que ha generado debate es la modalidad agravada por cuantía mayor de los caudales o efectos apropiados o usados. Inicialmente, el Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ tenía por objeto la acertada delimitación cuántica del objeto material del peculado. Al respecto, la SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA indicaba *«el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción de valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello, se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuántico para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien por debajo del límite quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución de funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado»* (fundamento 3). El criterio cuantificador de la Sala Plena es que lo apropiado o utilizado debe ser mayor a dos unidades impositivas tributarias tanto para las formas dolosas como culposas del peculado.

Ante ello, la COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA plantea la delimitación cuántica del objeto material para incorporar una nueva modalidad agravada que se diferencia de los peculados básicos si lo apropiado o utilizado dolosamente supera las diez unidades impositivas tributarias. Asimismo, no hay delimitación cuántica del objeto material si se trata de un peculado culposo. La Comisión cuestiona el proyecto de ley en su dictamen del 13 de abril de 2011 al afirmar lo siguiente: *«Resulta curioso como en este delito tan grave la pena sigue*

---

*de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años»*

siendo la misma y se restringe la tipicidad con la cláusula del monto pecuniario. Es decir, la Sala Plena de la Corte Suprema opta aquí por exigir mayores criterios de lesividad material de los que se aparta en el delito de colusión. Y hay que preguntarse qué pasa con las apropiaciones o utilidades de caudales o efectos que no llegan a las dos unidades impositivas tributarias (que superan los 7.200 nuevos soles). ¿Tendrán que ser consideradas faltas o es que serán atípicas? Eso es lo que quiere la Corte Suprema, está propiciando o induciendo a apropiaciones 'pequeñas' (página 6). Después, esta propuesta de la comisión es la que tendrá rigor legal.

Por último, se incrementa el marco punitivo en algunas modalidades del peculado. Así, para los peculados por apropiación, de uso y por consentimiento se aumenta el extremo mínimo de la pena de privación de libertad de dos a cuatro años; y en la modalidad agravada por el carácter asistencial y social de los caudales o los efectos se incrementa la pena de privación de libertad de ocho a doce años (que era de cuatro a diez años).

1713.  
Ley 29758

Una **tercera modificatoria** del artículo 387<sup>(132)</sup> es la que proviene de la **Ley n.º 29758** del 21 de julio de 2011 — con motivo a la modificatoria de la colusión defraudatoria por la Ley n.º 29703, estimada como intolerable para algunos sectores —. En torno al peculado no ha habido reforma considerable, salvo la supresión del peculado por consentimiento a la apropiación o a la utilización. Esta supresión se daría sin razón legislativa alguna y quizá por error del legislador al momento de reevaluar los textos legales anteriores.

No obstante, se vuelve a debatir sobre la delimitación cuántica del objeto material de las formas básicas del peculado, aunque al final no tuvo repercusión legislativa. El Proyecto de Ley n.º 4878/2010-CR del 13 de junio de 2011, crítico a la delimitación cuántica del objeto material y a la inclusión de la modalidad agravada, señaló lo siguiente: «somos de la opinión que cualquier remisión a criterios patrimoniales para la construcción de nuevos tipos penales, o para el establecimiento de agravantes específicas, equivoca la ruta que deben seguir las reformas en delitos contra la administración pública. Por ello, a la propuesta de la Comisión de Justicia, devenida Ley 29703, no le encontramos criterios técnicos para el agregado de la agravante

(132) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años».



del segundo párrafo de artículo 387, referido al delito de peculado. Distinto es que las penas se hagan severas cuando medien circunstancias que tengan que ver con un cuidado especial o una función de garante del sujeto activo, como es el caso del tercer párrafo en que los caudales o efectos hubiesen estado destinados a fines asistenciales u otros». Por otro lado, la Fiscalía de la Nación, mediante el Informe n.º 001-2011 del 14 de julio de 2011, toma una posición contraria y refiere lo siguiente: «Consideramos inadecuada la eliminación de la referencia al valor de los caudales o efectos, para establecer la agravante del delito, pues resulta evidente que este valor también se encuentra vinculado a la posición del funcionario o servidor público en la estructura de la administración estatal, lo cual determina que, por el cargo y la función desempeña, le corresponda un mayor disvalor de resultado debido al grado de responsabilidad en el control y protección del patrimonio público, así como por una mayor afectación al erario nacional. En consonancia con ello, consideramos que también debería establecerse una referencia al valor mínimo del patrimonio estatal afectado, para la determinación del carácter delictivo de la apropiación o utilización en referencia, pues es necesario que el sistema penal se ocupe de conductas especialmente relevantes, en tanto que las menos lesivas por valor poco significativo de tales bienes, al constituir vulneración de deberes funcionales, podrían constituir infracciones administrativas, de acuerdo a la tipificación establecida en las normas que regulan el desempeño funcional, y, eventualmente podría ser objeto de sanción a través del procedimiento administrativo sancionador» (página 5).

Una **cuarta modificatoria** del artículo 387<sup>(133)</sup> proviene de la **Ley n.º 30111** del 26 de noviembre de 2013, la misma que se limitó a la incorporación de la pena de multa a los peculados por apropiación y de uso y a las modalidades agravadas. El motivo de la incorporación de la pena multa proviene de la observación que realizó el GRUPO DE TRABAJO SOBRE COHECHO EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES de la ORGANIZACIONES PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) al pedido de adhesión del Estado peruano como miembro pleno por no

**1714.**  
Ley 30111

(133) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa».

contar con la sanción pecuniaria en la fórmula penal del cohecho activo transnacional (artículo 397-A, Código Penal), en cumplimiento con el artículo 3.3 de la Convención de la OCDE que recomendaba la aplicación de sanciones monetarias. En el Proyecto de Ley n.º 2470/2012-PE se indica que se aprovecha la incorporación de la pena de multa no solo en relación con el cohecho funcional transnacional, sino también en otros delitos funcionariales que «causan un grave menoscabo al normal desarrollo de la función pública y perjuicio patrimonial», encontrándose, entre ellos, el peculado.

1715.  
Decreto  
Legislativo  
1243 y  
Ley 31178

La **quinta modificación** del artículo 387<sup>(134)</sup> es la que corresponde al Decreto Legislativo n.º 1243 del 22 de octubre de 2016, la misma que también se limita al aspecto punitivo del peculado (en este caso, para el peculado por apropiación, el peculado de uso y las modalidades agravadas). Se trata de la incorporación de la pena de inhabilitación de tipo accesoria que recae principalmente en la privación del ejercicio funcional, la incapacidad para obtener cargos o comisiones públicas y la privación de grados, distinciones o títulos honoríficos (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). En la exposición de motivos de la referida ley se resalta la necesidad de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceso o reincorporación a la función o al servicio público a quienes se les ha condenado por delitos funcionariales (entre ellos, el peculado), conforme al Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016.

Una **sexta modificación** deriva de la Ley n.º 31178 del 28 de abril de 2021, la cual convierte a la pena de inhabilitación en principal y precisa para la modalidad dolosa básica un marco temporal de cinco a veinte años. Además, se incorporan dos nuevas formas agravadas en atención a la condición especial del sujeto activo (integrante de una organización criminal o relacionado a ella) y del objeto material (bien de utilidad para situaciones de calamidad o emergencia sanitaria o para la defensa o seguridad nacional).

(134) «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa».

## §8. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Bien es sabido que el **objeto genérico de protección** es el correcto funcionamiento del aparato administrativo para afianzar un buen servicio público a la Sociedad. Este correcto funcionamiento administrativo como bien jurídico indiscutible se sostiene, a su vez, en diferentes pilares multifuncionales y pluriformes: Así, un correcto funcionamiento administrativo se fortalece cuando los empleados públicos ejercen una correcta administración o gestión del patrimonio público; entonces, juega importancia los activos y los bienes de la entidad pública para impulsar los actos de función y, a ello, cabe agregar su debido empleo por parte de los funcionarios responsables. Entonces, en ese contexto de la utilización o la disposición del patrimonio público, es menester identificar cuál o cuáles son esos pilares u objetos jurídicos específicos de protección penal.

Se han planteado una serie de **tesis** que explican al **objeto específico de protección** en el afán de unificar todas las expresiones del peculado y decidir si se reafirmar o no su autonomía delictiva. Estas las podemos organizar entre aquellas que se limitan a darle interés exclusivo a los aspectos patrimoniales o funcionariales (**posturas monistas**); o las que conjugan ambos rasgos y las consideran indisolubles, pero con posibilidad de preeminencia de una de ellas (**posturas dualistas o mixtas**).

Las **tesis monistas** han desarrollado el contenido del bien jurídico protegido desde una perspectiva excluyente o cerrada, en el sentido de difuminar la posibilidad de la pluriofensividad del peculado o, mejor dicho, considerarlo un **delito mono ofensivo**. Han sostenido que el peculado responde a una naturaleza estructural pura que no hace más que dar prevalencia absoluta al único enfoque (patrimonialista o funcional) el cual el legislador pretende tutelar y que ha tenido a la par su mediatización coyuntural en cada época<sup>(135)</sup>.

Una primera postura monista es la **tesis patrimonialista del peculado**. Para los que la propugnan, el patrimonio público es el objeto de protección indiscutible del peculado. Son los bienes de la Administración Pública los que toman el mayor interés en la prevención general y para ellos cabe la necesaria cubierta punitiva. En tal sentido, es determinante que se configure el peculado como un **delito de lesión** (resultado: perjuicio patrimonial), ya que la intervención del poder penal solo tendría legitimidad si es que se evidencia un objeto jurídico de protección de corte materialista.

Asimismo, al ser el centro de la tutela el patrimonio de la Administración Pública, ese carácter público lo distingue de otros delitos contra el patrimonio, lo que lleva a que el peculado sea un **delito patrimonial agravado** o, más aún, un **delito de infracción de deber impropio**<sup>(136)</sup> que tiene su correlato en un delito patrimonial

1716.  
Objeto genérico de protección

1717.  
Tesis del objeto específico de protección

1718.  
Tesis monistas

1719.  
Tesis patrimonialista

1720.  
Como un delito de infracción de deber impropio

(135) Cf. CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1714.

(136) Así: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 826; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; GARROCHO SALCEDO en Eunomia n.º 6, 2014, p. 270.

nal común (*u. gr.*, apropiación ilícita o hurto). Por otro lado, esto no impide que se construya también al peculado como un delito autónomo si es que se enfoca el ilícito como un **delito contra el patrimonio público**, esto es, un injusto que se fundamenta en la afectación patrimonial al erario.

De las diferentes propuestas patrimonialistas, consideramos posible aglutinar las tesis patrimonialista o materialista en dos variantes de interpretación: estática (tradicional) y dinámica (contemporánea).

1721.

Tesis patrimonialista estática.

La **vertiente estática patrimonialista** tiene sus orígenes desde la Antigua Roma cuando el interés sancionador recaía en la propia condición pública de los bienes. Después, tradicionalmente se ha entendido que el objeto jurídico de protección lo constituye el patrimonio público o los intereses económicos de la administración<sup>(137)</sup>. Se resalta la necesidad tutelar justamente por esa condición pública que ostenta no cualquier bien y que eleva al peculado en un delito patrimonial especial o agravado.

Este enfoque es eminentemente **material**, puesto que lo que tiene relevancia jurídico penal es el patrimonio en sí, o parte de este, cuyo valor especial trasciende a cualquier bien y que amerita su protección penal: no lesividad del patrimonio público. Con ello, queda a razón del legislador asumir un **criterio cuantificador** para medir la gravedad del injusto del peculado o determinar sus modalidades agravadas. No hay necesidad de resaltar utilidad alguna debido a que los bienes públicos ya ostentan esa incolumidad o intangibilidad por ser los fondos de exclusiva disponibilidad del Estado, en otras palabras, se trata de tutelar el carácter puritano del patrimonio público.

1722.

Tesis patrimonialista funcional.

Si bien el planteamiento patrimonialista no ha tenido mucha recepción legislativa (salvo, en Alemania y Suiza), hay un grupo de penalistas que han impulsado la reactualización de la postura patrimonialista bajo una **visión dinámica o funcional**<sup>(138)</sup>, buscando otra forma de valorización de la dimensión patrimonialista frente al peculado. No es que se pretenda tutelar, por así nada más, los bienes del patrimonio público —y evitar una confusa delimitación con el objeto material—, es menester rescatar una interpretación preventivo general que recaiga en la **utilidad** que implica el patrimonio público para los fines que cumple la Administración Pública. Mejor dicho, el patrimonio público es objeto de protección

(137) Siguen esta postura, entre los autores italianos: VIOLA, 2006, p. 958. Entre los autores españoles: RODRÍGUEZ DE VESA, 1995, p. 1181; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 798; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 518. Entre los autores brasileños: TELES III, 2004, p. 386. Entre los autores argentinos: ABOSO, 2018, p. 1395. Entre los autores colombianos: MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 56; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 185. Entre los autores chilenos: BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 199; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 504. Entre los autores mexicanos: LÓPEZ BETANCOURT II, 2015, p. 541. Entre los autores peruanos: FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 330; PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 125; PEÑA SUASNABAR en Actualidad Penal n.º 1, 2014, p. 227; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, pp. 207-208.

(138) *Vid.* CRESPO BARQUERO en Settano Butragueño, 1999, p. 1715.

penal mientras que sea una herramienta imprescindible para la realización de los servicios públicos en favor de la Sociedad.

**Jurisprudencias:** «El bien jurídico en este peculiar tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar conminatoriamente la correcta gestión-administración de determinados patrimonios particulares asociados a finalidades pública. Circunstancia esta última de gran trascendencia que explica la injerencia penal» (Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 484-2014 Ayacucho, considerando 3). <https://bit.ly/3C8iu8s>.



«Que el delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado» (Ejecutoria suprema del 26 de julio de 2018 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1004-2017 Moquegua, fundamento 5). <https://bit.ly/30MkoxD>.



«En el delito de peculado se tutela el patrimonio público, en la medida en 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» (Ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 546-2012 Lima, considerando 26). <https://bit.ly/3B6Rwwv>.



«El bien jurídico tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo» (Sentencia del 24 de enero de 2006 de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 297-2002, considerando 3). <https://bit.ly/3C6la6h>.



Bajo esta postura, se rescata del patrimonio público esa eficacia material especificada por su validez social y, con ello, se explica mejor por qué el patrimonio público es distinto a cualquier patrimonio y amerita una protección penal independiente<sup>(139)</sup>. Con esta visión patrimonialista, queda relegado el criterio cuantificador frente a la utilidad que implica el patrimonio para la administración.

Esta postura es desarrollada por algunos autores españoles<sup>(140)</sup> que reinventan al bien jurídico protegido en estudio animados o respaldados por la última reforma legislativa de su código penal, lo que nos lleva a sostener la vuelta de las tesis patrimonialistas. Así, para NOBERTO DE LA MATA y XABIER ETXEBARRÍA «el injusto queda cifrado en la lesión de la correcta gestión del patrimonio público en un sentido de perjuicio a su idoneidad para el cumplimiento de los fines propios de la Administra-

(139) Vid. SANZ MULAS en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-05, 2017, p. 4.

(140) Siguen también esta postura: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 826; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, pp. 728-729; CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1715; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2076; DE VICENTE REMESAL en Juéces 3er Turno, 2003, p. 485. Entre los autores colombianos: LOMBANA VILLALBA en Castro-Cuenca II, 2011, p. 238. Entre los autores peruanos: CHANJAN DOCUMENT en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, 2012, p. 124; RODRÍGUEZ HEYDEGGER en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 43; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorro/Calderón Valverde, 2012, pp. 172-173.

ción desde un punto de vista patrimonial»<sup>(141)</sup>. Más adelante, lo reitera XABIER ETXEBARRÍA ZARRABEITIA al sostener al patrimonio público como el objeto de protección «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. En la protección de patrimonio público se otorga por tanto una mayor relevancia al aspecto funcional del mismo»<sup>(142)</sup>. ENRIQUE ORTS BERENGUER indica que «el bien jurídico protegido podemos cifrarlo en el patrimonio público y en los servicios que gracias a él han de prestarse a la comunidad»<sup>(143)</sup>. BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ lo identifica en «el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos»<sup>(144)</sup>. Para JOSÉ RAMÓN PIÑOL «la protección básica se centra en el patrimonio de las distintas Administraciones públicas, y de modo consecuente el de los servicios que han de prestar, que podrían resultar afectados por la falta o sustracción de los recursos»<sup>(145)</sup>. JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ refiere que «esté delito protege el patrimonio público. Pero no ha de entenderse el patrimonio en su concepción meramente estática, sino en su dimensión funcional, esto es, vinculado a los fines que legalmente está destinado a satisfacer —prestación de servicios públicos—»<sup>(146)</sup>.

Algunos autores españoles rescatan la utilidad del patrimonio público en el sentido del sostenimiento de los gastos generales. Así lo considera JOAN QUERALT JIMÉNEZ al indicar que «lo que aquí está en juego es la Hacienda pública misma en su vertiente de gasto»<sup>(147)</sup>. Lo mismo se observa en lo señalado por ANDRÉS DELGADO GIL que sostiene «que el objeto de protección en los delitos de malversación que inicialmente establecía en el patrimonio público ha de concretarse en el presupuesto de gasto público que tienen todas las administraciones, entidades, organismos, etc.»<sup>(148)</sup>.

1723.

Tesis  
adminis-  
trativista

Una segunda postura monista rescata la **esencia administrativista o funcional** en el peculado y desvía el enfoque de la tutela penal del patrimonio a la posición que tiene el empleado público responsable de este y/o la Administración Pública titular del mismo. Los infraccionistas sostienen que la tesis patrimonialista hace del peculado un delito común y dependiente y que, más bien, no se puede circunscribir en los componentes propios de un delito patrimonial, puesto que resaltan sus elementos especiales (*u. gr.*, naturaleza de los bienes, vinculación con el sujeto activo) que imposibilitan seguir bajo la idea de una estructura típica básica. Entonces, de los elementos del peculado, como la condición funcional del sujeto

(141) DE LA MATA/ETXEBARRÍA, 1995, p. 80.

(142) ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asúa Batarrita, 1999, p. 185.

(143) ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 725.

(144) FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1149.

(145) PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 534.

(146) VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Párdos, 2013, p. 263.

(147) QUERALT, 2008, pp. 780-781.

(148) DELGADO GIL en Anuario de derecho penal y ciencias penales n.º 62, 2009, p. 401.

activo y la vinculación que tiene con el objeto material, se distingue frente a los delitos patrimoniales<sup>(149)</sup> y es sobre dichos componentes que se tiene que construir el bien jurídico protegido. Se podría indicar que esta postura monista busca demarcar al peculado de su núcleo patrimonialista y pretende darle una nueva óptica en su tratamiento dogmático (ser más flexible y comprensivo).

**Jurisprudencia:** «Uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña. La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora» (Sentencia del 5 de marzo de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1527-2018 Tacna, fundamento 1.1). <https://bit.ly/3GfBBzE>.



El objetivo de esta postura administrativa deriva en que el bien jurídico protegido debe enfocarse en aspectos **formales** que etiqueten la razón del por qué se le reprocha penalmente al sujeto activo por la afectación del patrimonio público. Entonces, es evidente que el peculado tiene que ser construido como un **delito de infracción de deber propio**<sup>(150)</sup>, ya que lo que fundamenta su injusto es el deber, la confianza depositada o la responsabilidad funcional que se le exige al funcionario frente a la Administración Pública. El quebrantamiento de esta vinculación hace del peculado un **delito funcional**, pero también uno autónomo. Asimismo, con esta interpretación, muchos elementos típicos patrimonialista (*v. gr.*, ánimo de lucro, perjuicio patrimonial) pasan a un segundo plano o ya no son esenciales para la configuración del delito, lo que nos llevaría a sostener que no encontramos ante un **delito de peligro**: no es necesario verificar que el patrimonio del Estado se vea afectado.

**1724.**  
Como un delito de infracción de deber propio

Para explicar en qué consiste esa vinculación entre el sujeto activo y el patrimonio público y definir al objeto jurídico específico de protección, se han planteado una serie de propuestas, ya sea desde la perspectiva de la propia administración o del empleado público.

Una primera reside en identificar al quebrantamiento de la vinculación funcional entre el funcionario y el patrimonio público atendiendo a las consecuencias que implicaría para la imagen o el prestigio que sufrirá el aparato administrativo<sup>(151)</sup>. Se trata de una **postura abstracta o reputacional** desde la Administración Pública. Los que sostiene este enfoque de protección penal apuestan a que, ante todo, toma prevalencia la reputación de la entidad pública que tiene la Sociedad y que espera

**1725.**  
Tesis administrativista reputacional

(149) *Vid.* ROCA AGAPITO, 1999, p. 40.

(150) *Cfr.* RANIERI III, 1975, p. 243.

(151) Siguen esta postura en Uruguay: SÓSA DÍAS, 1963, p. 146. En Colombia: PARRA GUTIÉRREZ, 1997, p. 115.

mantenerla en atención al manejo que deba realizar de su patrimonio público. Sin embargo, esta tesis genérica no resuelve el contenido que tendría ese vínculo funcional y convierte al peculado en una especie de **delito contra el honor** de la Administración Pública.

1726.  
Tesis  
adminis-  
trativista  
moralista

Una segunda postura establece que la vinculación funcional tiene su explicación en la probidad, fidelidad, sujeción o lealtad que debe brindar el empleado público a la entidad administrativa que representa y la que se le encomienda su patrimonio<sup>(152)</sup>. Se trata de una **tesis moralista o ética** que se sostiene en el deber funcional exigible a todo empleado público responsable del patrimonio de la administración. Si bien esta postura establece el sentido a la vinculación funcional (existencia de un deber), se llega a una abstracción (¿en qué consiste ese deber?) que deja vacío el contenido material del injusto. Así, tendría prevalencia la configuración de la infracción del deber funcional (deslealtad o traición funcional) frente a la apropiación o la utilización de los caudales públicos. Nos llevaría a un peculado que no requiere verificar una afectación patrimonial relevante, bastando solo con la no sujeción a las pautas administrativas establecidas, lo que haría difícil saber cuando nos encontramos ante una infracción penal o una infracción administrativa.

En todo caso, el peculado se constituiría en un **delito de desobediencia** (no acatamiento al deber funcional frente a los caudales públicos) en cuya pureza dogmática arrastraría su tratamiento penal en uno autoritario o quebrantador de principios penales<sup>(153)</sup>.

Entre los penalistas italianos, SILVIO RANIERI indicó que «el interés del Estado por el ejercicio normal de las funciones de la administración pública puede ser ofendido, ante todo, desde el interior de la organización de esta, por parte de las personas adscritas a sus órganos, cuando violan los deberes propios de sus funciones»<sup>(154)</sup>. Por su parte, GIUSEPPE MAGGIORE identifica al objeto jurídico de protección en «el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público (...). En efecto, el perjuicio propio del peculado (...), más que material, es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública»<sup>(155)</sup>. De los penalistas españoles, GONZALO QUINTERO OLIVARES justifica dicha postura señalando que «la relación entre la ciudadanía y los administradores públicos exigen en estos últimos un ejemplar comportamiento de respeto a lo que es de todos, y esa confianza en la Administración y en los servidores público, es la primera que se derrumba con estos delitos»<sup>(156)</sup>. De los penalistas argentinos, DANIEL

(152) Siguen esta postura en España: VÁSQUEZ IRUZUBIETA, 2010, p. 889. En Brasil: PAGLIUCA, 2010, p. 186. En Colombia: PARRA GUTIÉRREZ, 1997, p. 115. En Chile: LABATUT GLENA II, 1983, p. 78. En México: CARRANCA Y RIVAS en Carranca y Trujillo/Carranca y Rivas, 1999, p. 599.

(153) *Vid.* CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1714.

(154) RANIERI III, 1975, p. 243.

(155) MAGGIORE III, 1955, pp. 161-162.

(156) QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares, 2017, p. 1773.



CARRERA considera que «la esencia de este peculado se encuentra en esa quiebra al deber de probidad a que se encuentran sujetos los funcionarios con manejo de bienes públicos, con relación a ellos. El funcionario que falta a esa obligación (...), además de perturbar la normal marcha administrativa, siembra el descrédito para la administración»<sup>(157)</sup>. Entre los autores colombianos, ANTONIO CANCINO MORENO sostiene que se protege a «la administración pública entendida como actividad funcional, de la que surge el interés de que los empleados oficiales encargados de ejercer esa función, ya en forma específica, guarden fidelidad con respecto a la conservación, buena administración y organización de los bienes que se les encargan por razón de sus funciones y otorguen a la Sociedad la confianza que es necesaria con respecto a esa funcionalidad estatal»<sup>(158)</sup>. Así también, URIEL FRANCO entiende que se falta «al deber de probidad que le corresponde primariamente en el ejercicio de la función pública, cuyo normal desarrollo sufre grave lesión con el acto ilícito»<sup>(159)</sup>.

Entre los penalistas peruanos, cabe mencionar a JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA que afirma que «el injusto típico del peculado se configura con el quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad que gravan a todo funcionario público, y que en este ámbito se concretan en la obligación de disponer correctamente del patrimonio estatal que administran»<sup>(160)</sup>. Asimismo, JUAN PORTOCARRERO HIDALGO considera que el interés está «en la probidad, honradez y fidelidad del funcionario o empleado público, por eso es un delito especial»<sup>(161)</sup>. En esa línea, JORGE HUGO ÁLVAREZ entiende que se «falta a los deberes de probidad y fidelidad que le corresponden primariamente en el ejercicio de la función pública, cuyo normal desarrollo sufre una grave lesión en su conducta ilícita»<sup>(162)</sup>. Cabe también lo señalado por IVÁN MEINI MÉNDEZ cuando entiende que es «un delito que consiste en la infracción de un deber funcional que le obliga al servidor público a velar por el correcto uso, utilización y aplicación de aquellos bienes cuya administración, percepción o custodia le han confiados por razón de su cargo»<sup>(163)</sup>.

Una tercera postura es la que proviene de la teoría romanista del riesgo en el sentido de la responsabilidad que asume el empleado público al custodiar los bienes de la entidad y que esta le entrega bajo la confianza de su fiel disposición a los fines

1727.  
Tests administrati-  
vista de la  
confianza

(157) CARRERA, 1968, p. 56.

(158) CANCINO MORENO, 1983, pp. 13-14.

(159) FRANCO, 1987, p. 21.

(160) REAÑO PESCHIERA, 2004, p. 30.

(161) PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 171.

(162) HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 227. Más adelante el citado autor varía su posición a la postura patrimonialista.

(163) MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 24. Sobre ello, GIULIANA FLOR DE MARÍA LLAMOJA HILARES lo identifica como el deber especial positivo de administrar correctamente los caudales y efectos estatales (en Calcina Hancoco/Paredes Vera 2, 2020, p. 322).

generales (**tesis de la confianza pública**)<sup>(164)</sup>. Esta vieja postura fue rescatada por los clásicos profesores italianos<sup>(165)</sup> que han considerado que el peculado quebranta la confianza depositada en los funcionarios y, con ello, entender que el objeto jurídico de protección sería la **fe pública** que se tiene de estos. Así lo ha resaltado FRANCESCO CARRARA cuando señala que el objeto jurídico ulterior es «la fe pública, es decir, aquella confianza que por las condiciones de la Sociedad civil es necesaria en su origen, y que, al ser impuesta en su desarrollo a toda la nación, corresponde al derecho que esta tiene a su exacto mantenimiento»<sup>(166)</sup>. En tal sentido, el sujeto activo funcional ejercería sus funciones faltando a la verdad y aprovechándose del patrimonio público bajo un abuso de confianza.

1728.

Tesis  
adminis-  
trativista  
normati-  
vista

Otra variante de la tesis formalista encuentra el contenido de la vinculación funcional en los **principios administrativos o normas rectoras** que conducen la función pública al correcto empleo de los recursos públicos. Esta **tesis normativista** sostiene que el objeto jurídico de protección lo constituyen los principios administrativos que determinan la administración o la gestión del patrimonio público a los fines establecidos por la Administración Pública en el sentido de constituir el sostenimiento de los servicios públicos para la Sociedad<sup>(167)</sup>. De estos principios se forman los deberes funcionariales exigibles a los empleados públicos y se establecen los fines utilitarios de los bienes públicos que ameritan la protección penal. En otras palabras, son estos principios rectoras los que dan contenido al objeto jurídico de protección y establecen los alcances de los elementos típicos del peculado.

Tengase en cuenta que hay tres realidades inevitables en el empleo de los recursos públicos (gastos públicos). En primer lugar, la determinación de la correcta disposición o el uso del patrimonio público; en segundo lugar, el rendimiento o el aprovechamiento ajustados a los fines administrativos; y, en tercer lugar, la disposición o el uso del patrimonio desprovisto de intereses personales o ajenos que no sean los establecidos por la norma. Así, nos encontramos ante los ámbitos aplicativos de los principios de regularidad o legalidad, eficiencia o eficacia, objetividad o imparcialidad respectivamente. Por lo pronto, para esta postura, estos serían los principios administrativos rectoras que establecen el contenido del objeto específico jurídico de protección.

1729.

Principio  
de regu-  
laridad o  
legalidad

Con relación al **principio de regularidad y legalidad** se establece que los funcionarios públicos deben disponer o emplear los recursos públicos conforme al destino previamente establecido por la norma y no por otros conductos: se trata de la correcta aplicación administrativa de los fondos públicos. Este principio «se

(164) Los que siguen esta postura en Colombia: PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 155. En Bolivia: HARB II, 1996, p. 38. En Ecuador: ZAMBRANO PASQUEL en Reyna Alfaro, 2009, p. 557.

(165) Entre ellos: CARMIGNANI, 1979, p. 494.

(166) CARRARA VII,9, 1982, p. 13.

(167) Al respecto, PEDRO PACHECO OSORIO indica que «lo que se castiga es la violación de la norma que da a los caudales o efectos públicos un destino determinado» (I, 1972, p. 136).

lesiona cuando el agente, mediante su arbitraria disposición de la cosa, determina una actividad administrativa que no responde a la finalidad que el ordenamiento asigna a la entidad pública»<sup>(168)</sup>. Es la norma la que fija los alcances aplicativos del patrimonio público y se espera que los funcionarios desenvuelvan sus actividades conforme a esta. La Administración Pública previamente determina el destino definitivo de sus recursos públicos y lo plasma en su normatividad, la cual comunica a sus subordinados para su debida disposición.

Este principio se observa en el artículo 2.2 del Decreto Legislativo n.º 1436 (*«Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público»*) al mencionar a la centralización normativa, la cual *«consiste en la definición por parte de los entes rectores de los sistemas administrativos, de las normas de administración interna, especificando las características de cada función, su responsable y la proporción de recursos humanos asignados, para su utilización eficiente»*. Asimismo, en el artículo XI del Título Preliminar de la Ley n.º 28411 (*«Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto»*) que establece sobre la centralización normativa que *«el Sistema Nacional del Presupuesto se regula de manera centralizada en lo técnico-normativo»*. Cabe mencionar al principio de legalidad descrito en el artículo IV.1.1 del Título Preliminar de la Ley n.º 27444 (*«Ley del Procedimiento Administrativo General»*) que indica que *«las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas»*.

Sobre el **principio de eficiencia o eficacia**, la directiva para los empleados públicos estriba en la optimización de los recursos públicos en el sentido de su administración o gestión ajustada a las necesidades administrativas para un debido servicio público. Se describe el mandato funcional bajo la correcta utilización de los fondos públicos en el sentido de ser los medios necesarios para la sostenibilidad de los servicios públicos. Así, el rendimiento que se obtiene por su disposición o utilización se verá reflejado en la concreción de los fines administrativos preestablecidos.

1730.  
Principio  
de  
eficiencia  
o eficacia

Este principio se establece en el artículo X del Título Preliminar de la Ley n.º 28411 (eficiencia en la ejecución de los fondos públicos) al indicar que *«las políticas de gasto público vinculadas a los fines del Estado deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica-financiera y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad macrofiscal, siendo ejecutadas mediante una gestión de los fondos públicos, orientada a resultados con eficiencia, eficacia, economía y calidad»*. Asimismo, en el artículo III.b del Título Preliminar de la Ley n.º 30057 (*«Ley del Servicio Civil»*) se establece que *«el Servicio Civil y su régimen buscan el logro de los objetivos del Estado y la realización de prestaciones de servicios públicos requerido por el Estado y la optimización de los recursos destinados a este fin»*.

(168) PAGLIARO I, 2008, p. 46.

Entre los autores españoles, la tutela penal del principio de eficacia ha sido desarrollada por OSCAR MORALES GARCÍA quien la considera como un principio relacionado a la función administrativa del gasto. El penalista español sostiene que se tutela «el patrimonio en los términos impuestos por el principio de eficacia valorando su empleo en los términos que este impone, no a los servidores de la Administración sino a esta desde su necesidad de legitimación; tutela, pues, no solo —y por lo tanto— como exclusiva constatación de saldo contable desfavorable o estimación de la satisfacción del fin, sino, incluso, de valoración de los términos en que este se satisface conforme a las exigencias de dicho principio»<sup>(169)</sup>.

1731.

Principio de objetividad o imparcialidad

En torno al **principio de objetividad o imparcialidad** se establece como criterio rector que el empleado público cumpla sus atribuciones sujeto siempre a los fines establecidos por la norma sobre lo que la Administración Pública busca obtener de su patrimonio. No caben inclusiones o determinaciones de disposición o uso de los recursos públicos guiados por fines particulares del empleado público o ajenos a los administrativos. La Administración Pública exige a sus funcionarios un desenvolvimiento neutral al momento de gestionar los fondos públicos.

El principio administrativo en mención está reconocido en el artículo IV.1.5 del Título Preliminar de la Ley n.º 27444 que indica que «*las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general*».

Hay referencias de este principio administrativo como objeto de protección en los actuales autores italianos<sup>(170)</sup>, como FRANCESCO SAVERIO FORTUNA que considera que «la imparcialidad se ofende en la hipótesis en la cual el agente se vale de su particular posición respecto del bien mueble, y se aprovecha de ello o a favor de otro sujeto privado. La imparcialidad interesa en un doble sentido: de una parte, evalúa ecuanimemente todos los intereses involucrados, de modo que la elección definitiva sea el resultado coherente del elemento de la disposición, por otro lado, la denominada prohibición de discriminación, es decir, la obligación de cada agente público de realizar las funciones asignadas y los cargos ocupados sin sufrir desviaciones por intereses personales (propio o ajeno)»<sup>(171)</sup>. Para ANTONIO PAGLIARO «la imparcialidad se lesiona cuando el oficial público explota su particular posición respecto de la cosa mueble, para aprovecharse de esto o a favor de un particular»<sup>(172)</sup>. Asimismo, SALVATORE DONATO MESSINA y GIORGIA SPINNATO indican que se ofende la imparcialidad «en cuanto el oficial público o el encargado de un servicio público se apropia de la cosa mueble poseída por razón de su oficio, derivando del abuso de la posición

(169) MORALES GARCÍA, 1999, p. 95.

(170) Así también ROMANO, 2006, p. 19; GUIDI, 2007, p. 24.

(171) SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 19.

(172) PAGLIARO I, 2008, p. 46.

funcional una ventaja indebida y alterando la posición igualitaria de los ciudadanos frente a la Administración Pública»<sup>(173)</sup>.

El desarrollo separado de las teorías monistas ha permitido descubrir los problemas interpretativos del peculado, los cuales no pueden ser resueltos manteniendo todavía esa metodología pura de sus planteamientos. No hay posibilidades a una preeminencia absoluta de uno de los intereses, menos la alternatividad de ambas<sup>(174)</sup>, ya que, en cualquiera de las modalidades del peculado, tiene siempre que afectarse ambos intereses, aunque el nivel de vulnerabilidad sea distinto. No podemos negar que el peculado ostenta los caracteres de ambas posturas y esto nos traslada a la conjugación de sus planteamientos patrimonialistas y administrativistas para llegar a una definición utilitaria del patrimonio público a los fines generales. Esta es la argumentación de apertura a las **tesis dualistas** que tiene en la actualidad mayor asertividad en la mayor parte de los penalistas.

**Jurisprudencia:** «La doctrina nacional no se equivoca cuando estima que prevalece el interés patrimonial del Estado como objeto de protección específico de la norma prohibitiva en cuestión, pero a él ha de añadirse que su lesión es indirecta y por medio de la infidelidad mostrada por el funcionario apropiador.

En consecuencia, la unidireccionalidad de afectación con el delito de peculado, constituye uno de los errores de la tesis de la defensa. En efecto, no puede desconocerse como un componente del bien jurídico a los deberes de fidelidad del funcionario público en la administración del patrimonio estatal, aduciendo que la infracción de deber no puede ser objeto de tutela en un Estado Constitucional de Derecho, pues no es solitariamente la infracción del deber la que se protege sino vinculada a los caudales público y en conjunto con estos» (Ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. A. V. n.º 23-2001-09, considerandos 52-53). <https://bit.ly/3ngOgdf>.



Una consecuencia de las tesis dualistas es el común denominador del peculado como un **delito pluriofensivo**<sup>(175)</sup>, en el sentido que se vean comprometido más de un interés jurídico de relevancia. Pero, en realidad, no es que existan más de dos objetos específicos jurídicos de protección en juego ante el peculado (pluralidad de

<sup>(173)</sup> MESSINA/SPINNATO, 2010, p. 369.

<sup>(174)</sup> Cfr. GUIDI, 2007, pp. 24-25.

<sup>(175)</sup> Cfr. MESSINA/SPINNATO, 2010, p. 369; CIMADOMO en Fava, 2009, p. 24; CARCANO, 2010, p. 117; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII, 2010, p. 3; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 37; CARDENAL MONTRAVEITA en Coicoy Bidasolo I, 2019, p. 699; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 643; BITENCOURT 5, 2019, p. 40; PIERANGELI 2, 2007, p. 805; GALVÃO, 2015, p. 39; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 261; WUNDERLICH en Reale Junior, 2017, p. 907; MARTIN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 779; LOMBANA VILLALBA en Casilo Cuenca II, 2011, p. 237; PABÓN PARRA, 1995, p. 319; ROJAS VARGAS, 2016, p. 236; SALINAS SICCHA, 2016, p. 395; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 481; CÁCERES JULCA, 2012, p. 29; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 207; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 502.

1732.  
Tesis  
dualistas

1733.  
Dualidad  
ofensiva

afectaciones)<sup>(176)</sup>; Estrictamente hay dos intereses relevantes (funcionarial y patrimonial) afectados con el proceder del funcionario peculador, lo que permite sostener que se trata de un delito de **dualidad ofensiva**.

1734.

Delito de lesión/  
delito de peligro.

Asimismo, el planteamiento dual facilita la formulación de un delito de estructura lesiva diferenciada sobre los intereses comprometidos; mejor dicho, entiéndase desde la vulneración funcionarial al peculado como un **delito de peligro**; pero, en torno a la vulneración patrimonial del peculado como un **delito de lesión**<sup>(177)</sup>. Con ello se observa, conforme a cada modalidad de peculado, el grado de cercanía estructural a los dos modelos antes señalados, además de determinar el grado de importancia de cada interés tutelado.

1735.

Objetos de la tutela  
penal

En concreto, se tutela penalmente una dualidad de intereses específicos: el **aspecto patrimonialista** que reside en el patrimonio público de la entidad (no lesividad del patrimonio público) y el **aspecto funcionarial** que recae en la función a la que debe sujetarse el empleado público responsable de este (no quebrantamiento de las responsabilidades funcionariales para con el patrimonio público). Pero, esta apreciación genérica de la tesis dualista necesita ser precisada para saber cuál es el objeto específico de protección que establece con la conjunción de estos aspectos.

1736.

Planteamientos  
variados

Se han formulado una serie de conjunciones de las tesis monistas para propugnar una propia tesis dualista del bien jurídico protegido del peculado. Advertimos, por ejemplo: *i*) los que consideran que el objeto jurídico de protección se entiende en la moralidad administrativa o el deber de fidelidad, integridad o probidad del funcionario para con la disposición o la custodia del patrimonio público (**dualidad moralidad/patrimonio**) (JUAN CORDOBA RODA, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, FEDERICO PUIG PEÑA, EUGENIO CUELLO CALÓN, JORGE E. BOUMPADRE, SERGIO POLITOFF, CLAUDIO FRAGOSO, entre otros)<sup>(178)</sup>; *ii*) la confianza pública depositada en

<sup>(176)</sup> Salvo excepciones, como el planteamiento de JORGE LUIS VILLADA, que sostiene que «quien pecula: a) Traiciona la confianza pública; b) Traiciona los deberes de su cargo; c) Desprestigia la administración; d) Desprestigia la función que desempeña; y e) Se apropia de una parte de patrimonio público, que pertenece a la Sociedad toda» (1999, p. 411).

<sup>(177)</sup> Cfr. GUIDI, 2007, pp. 26-27.

<sup>(178)</sup> Así, entre los autores italianos: PONTI, 2002, p. 36. Entre los autores españoles: CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2055; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 888; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 37; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 249; CATALÁN SENDER, 1999, p. 245; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 699; CARDONA TORRES, 2010, p. 515; PUIG PEÑA III, 1955, p. 352; CUELLO CALÓN II, 1980, p. 450; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 95; ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, p. 316; SOTO RODRÍGUEZ en Revista Galega de Administración Pública n.º 43, 2012, p. 118; Entre los autores argentinos: BOUMPADRE III, 2003, p. 252; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 661; TAZZA III, 2018, p. 261; TERRAGNI III, II, 2012, p. 482; BAYALA BASOMBRIO, 2008, p. 82. Entre los autores chilenos: POLITOFF/MATUS ACUNA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 492. Entre los autores colombianos: PABÓN PARRA, 1997, p. 319. Entre los autores brasileños: FRAGOSO II, 1986, p. 390; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; MASSÓN 3, 2018, p. 561; JESUS 4, 2013, p. 167; BITENCOURT 5, 2019, p. 40; GONÇALVES, 2015, p. 767; NUCCI 3, 2019, p. 482; ISHIDA, 2015, p. 659; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 779; ESTEFAM 3,

el funcionario en torno a la disposición del patrimonio público (**dualidad confianza o fe pública/patrimonio**) (SEBASTIÁN SOLER, CARLOS FONTÁN BALESTRA, ERLEANS DE JESÚS PEÑA OSSA, entre otros)<sup>(179)</sup>; **iii**) o la reputación o el prestigio de la Administración Pública sobre la disposición o el empleo que realiza sus subordinados del patrimonio público: (**dualidad prestigio/patrimonio**). Todos estos planteamientos terminan siendo amplios —algunos, contradictorios— y muchos no concluyentes sobre el contenido específico del bien jurídico protegido.

**Jurisprudencias:** «El bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, además de la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, la seguridad con que ésta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 907-2014 Tacna, considerando 6)<sup>(180)</sup>. <https://bit.ly/3niFSd6>



«El tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario» (Ejecutoria suprema del 10 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3841-2011 Piura, considerando 10). <https://bit.ly/30LIQyn>



«El bien jurídico es pluriofensivo, toda vez que es de modo genérico la administración pública, considerada como patrimonio público y, a su vez, como deberes funcionales» (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 4). <https://bit.ly/3C6pSBj>



La primera de las mencionadas es de recibo entre los autores peruanos bajo el planteamiento de FIDEL ROJAS VARGAS<sup>(181)</sup>: «(a) garantizar el principio de no lesividad

2018, p. 547; SALLES JUNIOR, 1987, p. 338; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 261; WUNDERLICH en Reale JUNIOR, 2017, p. 907; COELHO, 2019, p. 1245; SILVA, 1973, p. 419. Entre los autores bolivianos: VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 42; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 146.

<sup>(179)</sup> Entre los autores españoles: GARROCHO SALCEDO en *Eunomia* n.º 6, 2014, p. 270. Entre los autores argentinos: FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 309; SOLER V, 1978, p. 170. Entre los autores colombianos: PEÑA OSSA, 1995, p. 62. Entre los autores peruanos: CORSO MASIAS IV, 1958, p. 277.

<sup>(180)</sup> *Vid. tab.*: Ejecutoria suprema del 25 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 67-2014 Ucayali, considerando 3; Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 169-2014 San Martín, considerando 3.

<sup>(181)</sup> *Así tab.*: SALINAS SICCHA, 2016, p. 395; REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 481; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 106; AMORETTI PACHAS en *JuS Doctrina & Práctica* n.º 3, 2009, p. 76; MONTES FLORES en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 3, 2009, p. 144; CÁCERES JULCA, 2012, p. 30; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 14; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 161; SAAVEDRA MONTELLANOS en *Actualidad Penal* n.º 27, 2016, p. 200. Otros autores que también siguen esta postura: ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 502.

de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores»<sup>(182)</sup>. También debemos rescatar lo señalado por SILFREDO HUGO VIZCARDO quien afirma que «en nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público y, asimismo, los intereses patrimoniales que, siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad»<sup>(183)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«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 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 n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 6). <https://bit.ly/3GcB2H3>



*«En la doctrina nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son, la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pro como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo). Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debidamente administrada)»* (Acuerdo Plenario n.º 7-2019/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 10 de setiembre de 2019, fundamentos jurídicos 18-19). <https://bit.ly/3nh7LT2>



1737.  
Prevalencia de los intereses

En tal sentido, notamos que las tesis dualistas buscan la prevalencia de uno de sus aspectos para definir cuál es el sentido de protección de la norma penal frente al peculado. Esta prevalencia no debe implicar la supresión de uno de los aspectos relevantes, puesto que ya indicamos *supra* que ambos son indelétrigables ante la naturaleza delictiva del delito. La idea es que la prevalencia sea interpretada por la posición o la validez que asuma cada aspecto frente al otro.

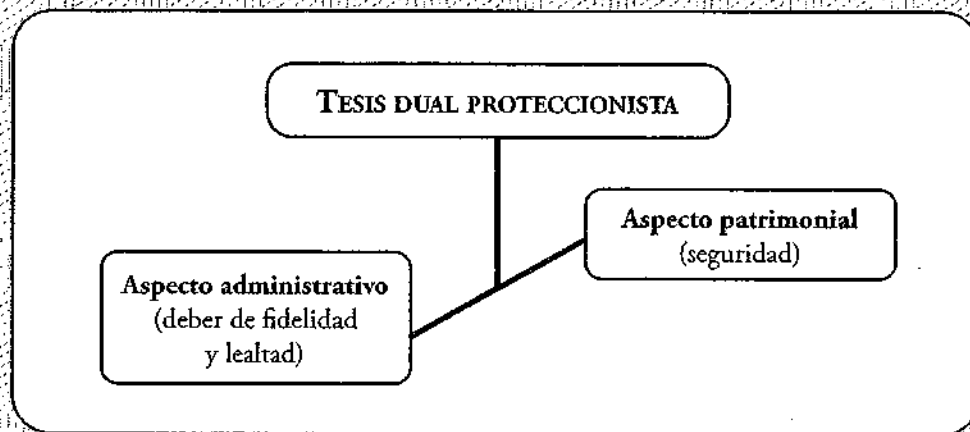
(182) ROJAS VARGAS, 2007, p. 480. *Vid. idem*, 2016, p. 237.

(183) HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 253.



Una primera postura dualista enfoca la prevalencia de la protección penal en el aspecto material o patrimonial que afecta el peculado. En ese sentido, los deberes funcionariales mantienen una visión dinámica para con el patrimonio público; pero esta se entenderá en atención a la **función de seguridad o custodia** de los fondos públicos. Llegamos así a una **postura proteccionista del patrimonio público**. El objeto jurídico de protección se define en la seguridad o el resguardo del patrimonio público o la defensa de los bienes patrimoniales pertenecientes a la Administración Pública<sup>(184)</sup>. El deber de función de los empleados públicos —entiéndase probidad o fidelidad— tiene una posición intermedia y resguarda la incolumidad administrativa del patrimonio público. Así, el rasgo funcionarial califica como un bien jurídico medio y el rasgo patrimonial como un bien jurídico fin.

1738.  
Postura  
proteccionista del  
patrimonio  
público



Este planteamiento proteccionista se aprecia, entre los autores italianos<sup>(185)</sup>, en las afirmaciones de VICENZO MANZINI quien señala que «el objeto específico de la tutela penal en relación al delito de peculado, es el interés público concerniente al funcionamiento normal de la administración pública en sentido lato (...), en cuanto atañe particularmente a la seguridad patrimonial de los bienes muebles pertenecientes a dicha administración pública, en comendados por razón de oficio o servicio a oficiales públicos o a encargados de servicio público»<sup>(186)</sup>. Entre los autores chilenos, JUAN BUSTOS RAMÍREZ considera que el bien jurídico «es la función administrativa, pero concretada al cuidado de los fondos públicos, que surge en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario»<sup>(187)</sup>. Entre algunos autores argentinos<sup>(188)</sup>,

(184) Siguen esta postura, entre los autores uruguayos: CAROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1210; BAYARDO BENGUA IVI, 1979, p. 133. Entre los autores colombianos: BERNAL PINZÓN, 1965, p. 16; RUBÍO ANGLUO, 1985, p. 72. Entre los autores brasileños: PIERANGELI 2, 2007, p. 804.

(185) Así tab.: ANTOLISEI II, 1960, p. 631.

(186) MANZINI 8.III, 1961, p. 135.

(187) BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 451.

(188) Así tab.: LAJE ANAYA III, 1981, p. 115; MALDONADO en Levene, 1978, p. 553; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1231; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 413;

EDGARDO ALBERTO DONNA resalta que el bien jurídico «lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que siguen en razón de los deberes especiales que le incumbe al funcionario»<sup>(189)</sup>. Por su parte, RICARDO NUÑEZ señaló que se «resguarda la seguridad y la legal administración de los caudales y efectos públicos y de los bienes y caudales cuya administración o custodia está equiparada a la de aquéllos, contra los actos de los funcionarios o personas que los administran, perciben o custodian»<sup>(190)</sup>. Asimismo, CARLOS CREUS considera a la «preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado»<sup>(191)</sup>. Entre los autores peruanos, MANUEL MAÚRTUA DONAYRE indica que «debemos considerara la seguridad de los bienes muebles pertenecientes a la administración pública, así como el deber de fidelidad del funcionario hacia ese patrimonio»<sup>(192)</sup>.

1739.

Postura  
funcional  
del pa-  
trimonio  
público

Una segunda postura dualista incide en la preeminencia de la protección penal en el aspecto formal o funcional que afecta el peculado<sup>(193)</sup>. Por consiguiente, las actuaciones funcionariales asumen una situación inmediata frente al patrimonio público. El acto de función está circundado a una correcta disposición o empleo de los fondos públicos y esto se llega a través de la correcta administración o gestión del patrimonio público. Entonces, el híbrido de la tutela penal se entiende en una **postura productiva o funcional** del patrimonio público. Lo que interesa es que el empleado público ejerza una debida disposición de los bienes públicos en atención al ejercicio de los servicios públicos que exige la Sociedad. Para ello, la unificación de los rasgos deriva a un deber funcional de los empleados públicos en cuanto a una correcta administración o gestión del patrimonio público, en el sentido que son la esencia material de los servicios que requiere la Sociedad. Así, se configura un bien jurídico funcional inmediato y un bien jurídico patrimonial mediato.

Por nuestra parte, seguidores de esta postura, consideramos la recomposición de un planteamiento dual de bien jurídico coincidente con una interpretación utilitaria o funcional de los rasgos patrimonialistas y administrativistas. La esencia funcional nos llevará, por un lado, a la necesidad de tutelar los principios administrativos (legalidad, imparcialidad y eficiencia) que reglan los actos de función de los empleados

GONZÁLEZ en Balcarse II, 2014, p. 237; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 225; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 901.

(189) DONNA, 2002, p. 259.

(190) NUÑEZ, 2008, p. 460.

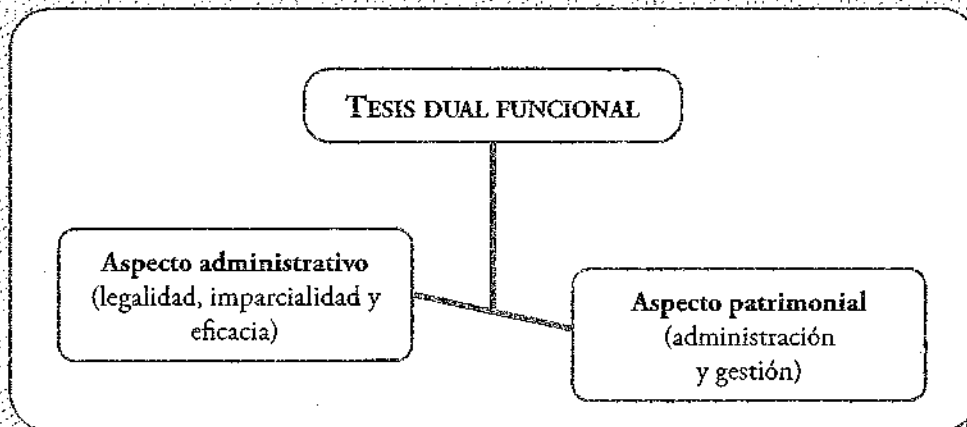
(191) CREUS, 1981, pp. 324-325.

(192) MAÚRTUA DONAYRE, 2010, p. 66.

(193) Entre los autores brasileños que siguen esta postura, aunque la prevalencia se corresponde en la probidad, fidelidad frente al patrimonio público: FRAGOSO II, 1986, p. 390; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 281; CAPEZ 3, 2019, p. 472; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 854.

responsables de los fondos públicos (tesis formal normativista); y, por otro lado, la necesidad de resguardar al patrimonio público como elemento material necesario en la realización de los servicios públicos (tesis patrimonial funcional). La conjunción de estos planteamientos motiva sostener que el objeto específico jurídico de protección es la correcta, imparcial y eficiente administración o gestión del patrimonio público para los fines administrativos o de servicio a la Sociedad.

En tal sentido, el peculado compromete ambos rasgos, ya que con la actuación delictiva del empleado público quebranta sus deberes funcionariales establecidos bajo los principios administrativos de legalidad, imparcialidad y eficiencia y, a la vez, perjudica los fondos públicos al darle una disposición o utilización contraria a los fines sociales que busca la Administración Pública. Es inevitable no formular un bien jurídico dual como el presente, aunque el aspecto administrativo sea más próximo en el nivel de vulneración.



Similar propuesta podemos también encontrar, entre los penalistas italianos<sup>(194)</sup>, como ANTONIO PAGLIARO que considera que «si bien también interesa el destino de la cosa, concierne en primer lugar el interés que el oficial público no abuse de su oficio para aprovecharse indebidamente a su favor o de otro. Este interés responde a dos características que la actividad administrativa debe poseer: el buen funcionamiento y la imparcialidad»<sup>(195)</sup>. MARIO ROMANO señala que se «tutela el buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración pública, desde el punto de vista del destino de los bienes en poder de los sujetos públicos por motivos del cargo o servicio»<sup>(196)</sup>. DARIO GUIDI indica que «el peculado debe ser considerado todavía como un delito de carácter pluriofensivo en cuyo espectro de tutelase incluyen entre

(194) Así también: MESSINA/SPINNATO, 2010, p. 369; CARCANO, 2010, p. 117; CIMADOMO en Haya, 2009, p. 24; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII, 2010, pp. 3-4; PALAMARA/MARZOCCHI BURATTI en Tenore *et al.*, 2013, pp. 124-125.

(195) PAGLIARO I, 2008, p. 46.

(196) ROMANO, 2006, pp. 19-20.

los valores constitucionales relevantes, al buen funcionamiento e imparcial, tanto en la esfera patrimonial de la administración pública como de la privada»<sup>(197)</sup>. Para FRANCESCO SAVERIO FORTUNA «es evidente que el buen funcionamiento implica eficiencia, capacidad de modular la propia conducta en un modo de velar para que los fines asignados por la ley a la administración pública se persigan en cumplimiento al superior interés público; equidistancia e imparcialidad, como resultado del ejercicio de los poderes públicos, para que la administración pública no prueba privilegiar sus propios bienes, o la de algunos de sus asociados en detrimento de la de otros»<sup>(198)</sup>.

Entre los penalistas españoles, CARLOS MIR PUIG afirma que «el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público»<sup>(199)</sup>. Para LUIS ROCA AGAPITO el bien jurídico «estaría constituido, de una parte, por un patrimonio público, ya sea concebido funcionalmente o no. Y, de otra parte, por los específicos deberes integrantes de la correcta gestión del patrimonio público»<sup>(200)</sup>. ÁNGEL CALDERÓN CEREZO informa que el «bien tutelado radica en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y en su correcta gestión»<sup>(201)</sup>. Asimismo, entre los comentaristas brasileños<sup>(202)</sup>, LUIS REGIS PRADO indica que «se tutela la correcta gestión administrativa del patrimonio público - en obediencia a las exigencias constitucionales y las leyes que norman la actividad pública (legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, etc.). En el tipo en examen, aflora no solo el interés de preservar el patrimonio público, mas también la finalidad de resguardar el correcto y normal ejercicio de la función administrativa»<sup>(203)</sup>.

De los penalistas argentinos, podemos referenciar a JORGE MARÍN que considera que «estas figuras comportan un ataque directo al patrimonio del Estado a través del quebrantamiento de deber del funcionario público para con aquél, expresado a veces como un ataque a la regularidad con que los caudales públicos deben administrarse»<sup>(204)</sup>. Entre los autores chilenos<sup>(205)</sup>, LUIS RODRÍGUEZ COLLAO y MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW sostiene que el objeto de tutela es «la afectación a la Administración Pública en su aspecto funcional, materializado en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, objetivo que presupone el cumplimiento de los especiales deberes

(197) GUIDI, 2007, p. 24.

(198) SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 19.

(199) MIR PUIG, 2000, p. 288. Cf. Ídem, 2016, p. 136.

(200) ROCA AGAPITO, 1999, p. 77.

(201) CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Chocán Montalvo II, 2001, p. 520.

(202) Así tab.: GALVAO, 2015, p. 38.

(203) PRADO 3, 2019, p. 306.

(204) MARÍN, 2008, p. 797.

(205) Así tab.: BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 645.

que el ordenamiento jurídico impone a determinados funcionarios. El sustento constitucional de esta faceta del buen desempeño de la función pública es, entonces, el principio de eficacia de la actividad administrativa, para cuya vigencia es necesaria la integridad del patrimonio fiscal y el cumplimiento de las condiciones que garanticen la correcta inversión de los fondos públicos»<sup>(206)</sup>.

Entre los autores peruanos<sup>(207)</sup>, cabe invocar a ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE que señala que «la correcta gestión de la administración del patrimonio estatal, apunta en mejor medida el objeto de tutela»<sup>(208)</sup>. De ese mismo parecer, MANUEL ABANTO VÁSQUEZ da prevalencia al aspecto funcional del patrimonio público: «su correcta gestión en aras de la satisfacción de los intereses generales»<sup>(209)</sup>.

### §9. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

Se considera **sujeto activo** del delito de peculado a todo empleado público encargado administrativamente de los bienes o fondos públicos. Se podría decir también al empleado público que tiene bajo su responsabilidad funcional la administración, la custodia o la percepción de los caudales o efectos públicos de una entidad pública. Esto permite denominar al sujeto activo como el **empleado peculador**.

1740.  
Sujeto activo

**Jurisprudencia:** «En el delito de peculado el sujeto activo es el funcionario o servidor público en quien está depositada la confianza de la administración pública, que lo obliga a actuar de un modo regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 169-2014 San Martín, considerando 5). <https://bit.ly/3jt39rz>.



En esta definición se rescatan **dos características imprescindibles** (doble condición): *primera*, una descriptiva (carácter amplio), la de ser un empleado público; y, *segunda*, una funcional (carácter restringido), la de tener bajo su responsabilidad funcional a los bienes públicos. Ambas características deben concurrir si y solo si en el sujeto activo, lo contrario implicaría la atipicidad objetiva del peculado. Nos encontramos ante un elemento objetivo del tipo penal que refuerza la identidad del rasgo administrativo en el delito en estudio.

1741.  
Doble condición del sujeto activo

Si el sujeto activo no cuenta con esta doble caracterización al momento de la comisión del delito, el tratamiento penal debe ser trasladado a la imputación de un

(206) RODRIGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, pp. 388-389.

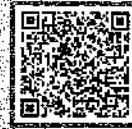
(207) Así también: NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, pp. 540-541; SALAZAR SANCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1691.

(208) PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 388.

(209) ABANTO VÁSQUEZ en Estudios Penales y Criminológicos n.º 38, 2018, p. 376. Cfr. Ídem, 2003, pp. 332-333.

delito patrimonial, ya sea un hurto o una apropiación indebida<sup>(210)</sup>, salvo que se traten de los supuestos del peculado impropio (artículo 392, Código Penal). El análisis de carácter restringido del sujeto activo lo desarrollaremos cuando estudiamos el presupuesto especial de la relación funcional.

**Jurisprudencias:** «El sujeto activo no solo tiene la condición de funcionario o servidor público, sino, además, ostenta un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado debiendo entenderse 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» (Ejecutona suprema del 26 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 40-2017 Callao, fundamento 10.1). <https://bit.ly/3jv1lhR>.



«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, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado» (Ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1489-2015 Del Santa, considerando 3.2). <https://bit.ly/3DY4ApY>.



«El sujeto activo de este delito debe reunir una doble vinculación funcional, conocido también como 'relación funcional' o 'competencia del cargo', por tratarse de un caso muy específico» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014-30, considerando 65.4). <https://bit.ly/3prMtEM>.



1742.  
Carac-  
terística  
descriptiva

En torno a la **característica descriptiva**, el sujeto activo debe ser un empleado público integrante de la Administración Pública. El artículo 387 lo describe como «funcionario o servidor público». Entonces, en principio, el empleado peculador lo sería el **funcionario** o el servidor público, es decir, la norma penal no hace discriminación jerárquica en el sujeto activo, pudiendo cumplir con la característica descriptiva del sujeto activo desde la autoridad hasta el auxiliar administrativo. Aquí también cabe incluir a los trabajadores o los **empleados de las empresas mixtas o estatales**.

Cabe anotar que los **militares** y los **policías** no están exentos de ser catalogados empleados peculadores y ser sancionados penalmente por el Código Penal. La salvedad reside en la condición del objeto material, esto es, no deben ser bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (*v. gr.*, armas, municiones, explosivos y materiales de guerra destinados a operaciones militares y policiales); pues, en esos supuestos se aplicará la modalidad agravada especial.

1743.  
Servidores  
públicos

No existen dudas en torno a los funcionarios o las autoridades públicas que indiscutiblemente su condición funcional descriptiva se complementa con las atribuciones administrativas de poder de mando o responsabilidad funcional en torno a los bienes de la entidad pública. Sin embargo, no es factible reconocer dicha respon-

<sup>(210)</sup> Cf. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4054; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 701; CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 452.

sabilidad funcional en todos los **servidores públicos**, más aún en aquellos auxiliares o dependientes de las actuaciones de sus superiores: los funcionarios públicos. Estos podrán poseer o tener los caudales o efectos públicos (acceso formal)<sup>(211)</sup>, pero no ser responsables de estos, por lo que, si bien califican descriptivamente como sujetos activos, advertiremos *infra* que no cumplen con la característica funcional del sujeto activo, esto es, la de tener una vinculación funcional con el objeto material que les exija alguna responsabilidad administrativa sobre este.

**Jurisprudencia:** *«Ciertamente, la procesada solo tenía la calidad de servidora pública (...). Por lo tanto, desde su posición funcional, no era titular de los deberes asignados, exclusivamente, a los autores del delito de Peculado, de ahí que, debe condenársela como una cómplice primaria»* (Ejecutoria suprema del 6 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 2080-2015 Del Santa, considerando 14). <https://bit.ly/30Gyz7L>



El peculado es un **delito de infracción de deber propio**<sup>(212)</sup>, no tan solo por la relación que tiene el sujeto activo con los fondos públicos, sino porque el fundamento de su punibilidad estriba en la responsabilidad funcional que tiene que sujetarse conforme a las directivas establecidas por los principios administrativos de regularidad, imparcialidad y eficiencia sobre la administración y la custodia del patrimonio público. De estos principios se desprende el necesario acatamiento a los deberes positivos funcionariales, cuya vulneración establece el injusto especial de esta figura penal.

**1744.**  
Delito de  
infracción  
de deber  
propio

**Jurisprudencia:** *«En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados —en este caso, de funcionarios y servidores públicos—, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente»* (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3joKzkj>



(211) En sentido contrario: RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, p. 1184.

(212) Así también: GAMBARDELLA en Lattanzi/Lupo VII, II, 2010, p. 4; CIMADOMO en Fava, 2009, p. 24; PALAMARA/MARZOCCHI BURATTI en Tenore *et al.*, 2013, p. 124; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 500; BOUMPADRE III, 2003, p. 257; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1232; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; JESUS 4, 2012, p. 168; GALVÁO, 2015, p. 39; BITENCOURT 5, 2019, p. 41; PIERANGELI 2, 2007, p. 805; PRADO 3, 2019, p. 306; MASSON 3, 2018, p. 568; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; GRECO 3, 2017, p. 701; SALLES JUNIOR, 1987, p. 338; ESTEFAM 3, 2018, p. 553; CAPEZ 3, 2019, p. 474; TELLES III, 2004, p. 386; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 16; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 22; MANALICH en Política Criminal n.° 7, 2012, p. 362; REAÑO PESCHIERA, 2004, p. 22; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 262; PEÑA CABRERA FREYRE, V, 2016, p. 389; MAÚRTUA DONAYRE, 2010, p. 67; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 473.

Hay pautas conductuales funcionariales que la entidad pública espera que sus dependientes responsables especiales de su patrimonio acaten y, con ello, logren los fines generales. Con la sujeción a los criterios de los principios administrativos. Entiéndase que la expectativa funcional patrimonial de los sujetos activos se halla establecida en la sujeción de los criterios de regularidad, imparcialidad y eficiencia en la administración y la gestión del patrimonio público.

**Jurisprudencias:** *«El sujeto agente defrauda las expectativas normativas contenidas en un rol especial (que emana de las instrucciones generando deberes positivos) fijadas y establecidas por las propias instituciones que generan una serie de deberes especiales de mantener, cuidar, proteger, vigilar, custodiar—deberes positivos—, vinculados a las obligaciones funcionariales específicas de administrar, percibir o custodiar, efectos o caudales públicos. En esa línea, para imputar normativamente a una persona el delito de peculado, el sujeto agente debe estar vinculado directa o indirectamente a los roles asignados y que estos hayan sido defraudados»* (Sentencia del 11 de diciembre de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 442-2017 Ica, fundamento 24). <https://bit.ly/3C9qhTg>



*«El fundamento de punición del delito de peculado es el quebranto de los deberes de garante de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante. Tal vinculación funcional del sujeto con los bienes del Estado se expresa normativamente en el ámbito penal en el término «por razón de su cargo», esto es, que tiene contacto y capacidad de disposición jurídica en virtud de las normas administrativas que guían la entidad pública para poder disponer de bienes estatales»* (Sentencia del 5 de marzo de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1527-2018 Tacna, fundamento 1.1). <https://bit.ly/3C7Ejvc>



1745.  
Deberes  
funciona-  
riales

Los deberes funcionariales en la administración o la gestión de los fondos públicos a quebrantar son de naturaleza administrativa y se precisan en las normas extrapenales. Así, el **deber de regularidad o legalidad del empleo de los bienes públicos** se ubica en el artículo 156.j del del Reglamento de la Ley del Servicio Civil que señala que el servidor civil debe *«velar por el buen uso de los bienes y materiales asignados a su puesto»* y el artículo 39.d de la Ley n.º 30057 menciona el deber de *«salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos. Los recursos y el personal a su cargo se asignan exclusivamente para el servicio oficial»*. En cuanto al **deber de imparcialidad u objetividad** se prevé en el artículo 156.b del Reglamento de la Ley del Servicio Civil al señalar que el servidor civil debe de *«actuar con neutralidad e imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones»*; asimismo, el artículo 39.b de la Ley n.º 30027 refiere la obligación de *«privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares»*. Y sobre el **deber de eficiencia**, está señalado en el artículo 156.a del Reglamento de la Ley del Servicio Civil.



No somos de la consideración que el peculado sea un **delito de infracción de deber impropio**. Los que asumen lo contrario se sujetan a la técnica legislativa remisiva a los delitos patrimoniales o a la previsión normativa que amplía la calificación de los particulares como peculadores<sup>(213)</sup>. Opar por la consideración del peculado como delito de infracción de deber impropio implicaría que consideremos al peculado como un delito común, esto es, ajustado a la naturaleza de un delito patrimonio y, con ello, la pérdida de su autonomía estructural. En todo caso, la condición funcional del sujeto activo solo explicaría la agravación de la punibilidad del delito, más no su fundamentación que estaría en la sustancia patrimonialista.

**Jurisprudencia:** «El tipo legal de peculado regulado en el artículo 387 CP es un delito especial impropio. Es especial, porque la órbita o círculo de los intervinientes cualificados del hecho punible se encuentran delimitados en el tipo penal: funcionarios y servidores públicos, y es impropio, porque tiene correspondencia con un delito común paralelo (por ejemplo, apropiación ilícita, artículo 190, hurto artículo 184 del CP)» (Ejecutoria superior del 5 de diciembre de 2011 de la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, Expediente n.º 00111-2011, considerando 7), <https://bit.ly/3ptjvEz>. El error del fallo es considerar la impropiedad del delito especial en contar con un delito común homólogo y no en la agravación de su punibilidad.



Por otro lado, no es requisito típico que el sujeto activo funcional atente al patrimonio público de la entidad pública a la que represente o de la cual tenga una relación laboral de dependencia. Puede suceder que otro empleado público tenga la administración, percepción o la custodia de los bienes o fondos de una entidad pública de la cual no representa, lo que lo califica también como sujeto activo. Se trata de la administración o la gestión de caudales de entidad pública ajena establecida así excepcionalmente por la Administración Pública en el afán de una interrelación colaborativa entre organismos del Estado.

No debemos olvidar que el artículo 387 tipifica la figura clásica del **peculado propio** —en sus modalidades de apropiación y uso— desde la perspectiva del sujeto activo funcional, es decir, que la propiedad del ilícito se sostiene por la condición funcional de su ejecutor<sup>(214)</sup>. Esto permite sostener que nos encontramos, en prin-

(213) Los que consideran al peculado como delito especial impropio: POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 521; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 534; CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1716; CATALÁN SENDER, 1999, p. 251; GARROCHO SALCEDO en Euromía n.º 6, 2014, p. 270; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 391; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 505; CÁCERES JULCA, 2012, p. 25.

(214) Vid. SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 21; CARDONA TORRES, 2010, p. 516; CATALÁN SENDER, 1999, p. 249; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 534; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 97.

1746.

No es un delito de infracción de deber impropio

1747.

Funcionario ajeno de la entidad agraviada

1748.

Peculado propio

cipio, ante un **delito de propia mano**, puesto que la conducta típica es ejecutada con exclusividad y en forma personal por el empleado público<sup>(215)</sup>, no pudiendo imputarse la apropiación o el uso de un tercero en la misma, aun si fuera otro funcionario que carece de la competencia respectiva.

1749.  
Particulares

Esto permite relegar el tratamiento penal de los **particulares** a los delitos patrimoniales, siempre y cuando estos no cumplan con los requisitos típicos del peculado impropio que son particulares excepcionales a la atribución de la condición de peculadores. Téngase presente que los *extraneus*, a lo mucho, solo serán considerados en el peculado a nivel de participación, mas no de autoría, si tiene conocimiento de la condición funcional del bien apropiado o usado o, en todo caso, sepan del contexto funcional en el que intervienen.

1750.  
Detentores

Si los particulares poseyeran los bienes públicos, estamos —a lo mucho— ante **meros detentores** de los caudales sin vinculación funcional que configurar simplemente tienen el control fáctico, pero no el jurídico. Esto no basta para ser sujetos activos<sup>(216)</sup>.

1751.  
Particulares bajo contrato privado

Los particulares que sirven de auxiliares o asistentes a los empleados públicos no podrán ser sujetos activos, por más efectiva que sea su contribución en la administración o en la custodia del bien público, si es que no tienen una relación formal con el aparato administrativo. Estos solo mantienen una relación profesional privada con los empleados públicos y podría decirse, bajo la clásica tesis italiana de la confianza, que lo que impera es la confianza privada entre el particular y el empleado público<sup>(217)</sup>. Si la norma administrativa no autoriza el traslado a terceros de la responsabilidad funcional de la administración o la custodia de los caudales públicos al funcionario, no hay posibilidad de reprocharles penalmente el peculado.

1752.  
Usurpadores

Entre los excluidos del círculo de sujetos activos encontramos, además de los que no cumplen con los requisitos legales para ser empleados públicos, los **usurpadores**<sup>(218)</sup>, es decir, los particulares que se atribuyen y ejercen como funcionarios cuando carecen de los requisitos legales para hacerlo. No hay deber funcional que exigirles, debido a que su ostentación funcional es aparente o simulado. Si la apropiación o el uso indebido es ejercido por ellos, se incurrirá en un concurso ideal entre la usurpación de funciones y un delito patrimonial.

(215) Así tab.: MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 67.

(216) Así tab.: ROJAS VARGAS, 2007, p. 481; CÁCERES JULCA, 2012, p. 59.

(217) Cfr. CARRARA VII.9, 1982, p. 15. Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 353.

(218) Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 162; GUIDI, 2007, p. 31; CREUS, 1981, p. 335; CARRERA, 1968, p. 70; BOUMPADRE III, 2003, p. 257; TERRAGNI III.II, 2012, p. 483; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1233; BÁSILICO/VILLADA, 2019, p. 906; MASSON 3, 2018, p. 569; CAPEZ 3, 2019, p. 475; CANGINO MORENO, 1983, p. 27; FRANCO, 1987, p. 31; RUBIO ANGULO, 1985, p. 63; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 513; CÁCERES JULCA, 2012, p. 58; ROJAS VARGAS, 2007, p. 481; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 390; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 202.

Son considerados sujetos activos del peculado, los **funcionarios de hechos**<sup>(219)</sup>, es decir, los que son nombrados, pero que no cumplen con los requisitos legales para ostentar el cargo funcional; esto debido a que el acatamiento de los deberes funcionariales es independiente al cumplimiento de las formalidades de nombramiento. A tales efectos, la disposición que puedan ejercer sobre el patrimonio público será entendido como la de un empleado público, independientemente de la posterior nulidad o invalidez del acto de función que tiene solo relevancia en la vía administrativa, mas no penal.

1753.  
Funcionarios de hecho

**Jurisprudencias:** *«Si bien es cierto que formalmente el encausado 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 los fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal»* (Sentencia del 23 de noviembre de 2004 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 2758-2004-HC, fundamento 10). <https://bit.ly/3m4Y4aL>.



*«Corresponde verificar si el recurrente, al momento de la comisión de los hechos, ostentó una vinculación funcional específica de facto, sobre los bienes o caudales públicos, que fundamenten su responsabilidad como autor del delito de peculado doloso por apropiación. Sobre este punto, la doctrina mayoritaria nacional y la jurisprudencia judicial, han asumido una posición restringida, respecto a quienes pueden ser considerados funcionarios de hecho: Se hace necesario un acto de nombramiento o conferimiento de la función, pero que por ser irregular no le otorga al designado la condición de funcionario de jure; puesto que la falta absoluta de la investidura, daría lugar al supuesto de usurpador y no de funcionario de hecho (...) En este contexto, de las pruebas legítimamente incorporadas al contradictorio, no se advierte ninguna destinada a acreditar la relación funcional de hecho que habría tenido el casacionista respecto a los efectos o caudales públicos. No se aportó elementos de prueba que permitan colegir que, en el periodo que se desempeñó como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, haya tenido un dominio material o funcional sobre los bienes públicos, que se le haya conferido irregularmente, para percibir, custodiar o administrar los caudales o efectos estatales»* (Sentencia del 11 de diciembre de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 442-2017-Ica, fundamentos 39-42). <https://bit.ly/3vAhuHN>.



*«La encausada cumplió dicha función (recepción de los ingresos directamente percibidos por la institución agraviada) debido a una disposición verbal de su coacusado (ex director) y el tesorero, razón por la cual este Supremo Colegiado considerará que dicha encausada asumió una determinada competencia funcional de facto»* (Ejecutoria suprema del 2 de mayo de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3919-2011 Arequipa, considerando 5). <https://bit.ly/3B7bdVd>.



(219) Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 162; GUIDI, 2007, p. 31; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández et al., 1998, p. 101; CARRERA, 1968, p. 69; MASSON 3, 2018, p. 569; CAPEZ 3, 2019, p. 475; CASCINO MORENO, 1983, p. 27; FRANCO, 1987, p. 30; RUBIO ANGULO, 1985, p. 63; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 146; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 54; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 390. En sentido contrario: ETCHEBERRY IV, 2019, p. 238; RODRÍGUEZ HEYDEGGER en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 44.

«La acusada al desarrollar alguna función, para ello no contaba con la autorización oficial de sus superiores, por lo que no se presentan las exigencias doctrinarias para considerarla como funcionaria de hecho» (Ejecutoria suprema del 12 de agosto de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3471-2009 Pasco, considerando 5). <https://bit.ly/2ZgGU0I>.



«El procesado 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 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 de su coprocesado incurrió en el delito de peculado en calidad de autor» (Ejecutoria suprema de 14 de noviembre de 2003 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1813-2003 Lima, considerando 2). <https://bit.ly/3jv2uWH>.



«Si bien es verdad estando a la literalidad de la norma, podría entenderse que se refiere solamente al funcionario encargado expresamente por mandato legal de dicha custodia, es posible que la custodia o administración esté en manos de funcionarios de hecho, que por circunstancias especiales y extraordinarias, puedan recibir la confianza de manejar o cuidar fondos públicos, supuesto en el que también incurrir en delito de Peculado, porque la norma legal antes glosada tampoco es específica en indicar que sólo incurrir en este delito los funcionarios de derecho, a los que según ley se les confía el patrimonio del Estado, sino más bien en términos genéricos se refiere al funcionario público (de hecho o derecho) a quien (por derecho o de hecho) le esté confiada la percepción administración o custodia. Toda esta línea argumentativa nos permite concluir que el tipo penal de peculado no sólo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no sólo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerandos 43-44). <https://bit.ly/3B7bmrJ>.



1754.  
Licencias y  
pensiones

Asimismo, no hay diferencias en la imputación típica si se tratan de **funcionarios permanentes o temporales**<sup>(220)</sup>. En el caso que el funcionario ejecute el peculado durante su **licencia, vacaciones o suspensión temporal**<sup>(221)</sup>, se puede atribuir el delito, siempre que no hayan cesado o se les haya destituido del cargo funcional.

1755.  
Retención  
de bienes  
al cese del  
cargo

Hay un límite temporal máximo para considerar al sujeto activo funcional y es el momento del cese definitivo de las funciones públicas. Pero, justamente el peculado podría iniciarse cuando el saliente empleado público retiene o mantiene todavía todo o parte de los bienes públicos que utilizaba para sus actuaciones. Esto

(220) Cfr. CREUS, 1981, p. 335; GODÓY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 415; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 18; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 54; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 70.

(221) Cfr. CREUS, 1981, p. 336; BOUMPADRE III, 2003, p. 257; TERRAGNI III, II, 2012, p. 483; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1233; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 906; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 202.

nos lleva a definir si después de ocurrido el cese la retención indebida de los bienes públicos se considera un delito de peculado o un delito patrimonial. Para ello, hay que ser precisos sobre el momento culminante del cese, el cual lo identificamos cuando existe todavía el **deber de entrega o rendición administrativa** de actividades y bienes con ocasión a la notificación del cese laboral. En ese contexto, el incumplimiento de la no entrega de los bienes en posesión implica la retención o la apropiación en el sentido de un peculado. «El peculado se consuma en el momento en que cesa en el cargo, pues es en ese momento cuando transforma la esfera pública de custodia en privada»<sup>(222)</sup>.

El **sujeto pasivo del delito** es indiscutiblemente la Administración Pública como organismo (Estado) por ser la única titular del bien jurídico protegido. Específicamente, lo será la entidad pública integrante del aparato administrativo (sea de los poderes de Estado, los organismos constitucionales autónomos o los gobiernos regionales y locales) a la que se le encomienda los bienes públicos para su disposición o utilización conforme a los fines generales establecidos por la Ley. No cabe identificar a otro que ostente dicha condición.

1756.

Sujeto pasivo

**Jurisprudencias:** «En el delito de peculado se han considerado como agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco, que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecta, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado» (Ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 106-2005-Cusco, considerando 6). <https://bit.ly/3EcT7Db>



«Se ha considerado como agraviado al Estado, sin embargo, en el delito de peculado el sujeto pasivo es el órgano público cuyo patrimonio se afecta, que en este caso se trata de un órgano autónomo de derechos constitucional como es la Municipalidad Distrital de Aquia, que tiene personería jurídica propia» (Ejecutoria suprema del 9 de junio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 506-2005-Ancash, considerando 4). <https://bit.ly/2XH6FHq>



«El delito de peculado afecta el patrimonio y el orden funcional de la entidad estatal respectiva, y la Municipalidad es un órgano autónomo en la administración y gestión de su patrimonio, por lo que el Estado —como Gobierno central— no puede ostentar concurrentemente con ella la calidad de agraviado del delito» (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2008 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2500-2007-Junin, considerando 6). <https://bit.ly/3nh9hoc>



«Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que este sujeto es el que ve afectado su patrimonio» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 49). <https://bit.ly/3GfedKs>



(222) CREUS, 1981, p. 336.

1757.

Persona  
jurídica  
adminis-  
trativa

En el peculado, el sujeto pasivo siempre lo será una **persona jurídica estatal o administrativa**, mas no una persona jurídica privada, menos una persona natural, aunque sea funcionario o servidor público. Si al funcionario se le otorga bienes o caudales públicos para el cumplimiento de sus funciones no quiere decir que una apropiación funcional en su contra implique calificarlo como sujeto pasivo, menos como agraviado. Por ello, se podría decir que se está ante «un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público»<sup>(223)</sup>.

1758.

Bienes  
que per-  
tenecían  
a particu-  
lares

Por otro lado, en el momento que los caudales o los efectos dejan de formar parte del patrimonio particular, sus anteriores titulares no podrán reclamar la condición de sujetos pasivos o agraviados, debido a que sus bienes forman parte ahora del dominio público o el control de la Administración Pública. Esto impide toda argumentación sobre la posibilidad de incorporar a los particulares como agraviados de los bienes públicos. Además, téngase en cuenta que en el peculado propio la característica patrimonialista se encuentra en la condición eminentemente pública del objeto material, por lo que no es de recibo afirmar que todo bien privado, bajo custodia pública, tenga que justificar la situación de agraviados de los particulares, como si podría notarse en los estudios de otras legislaciones penales como la colombiana<sup>(224)</sup>, la brasileña<sup>(225)</sup> y la mexicana<sup>(226)</sup>. En ellas, la discusión consiste en si deben ser considerados sujetos pasivos (inmediatos y mediatos) o agraviados y esto va a depender de la naturaleza delictiva que se le atribuya al peculado.

1759.

Particula-  
res accio-  
nistas de  
empresas  
mixtas

Un tema debatible reside sobre si los bienes apropiados o utilizados corresponden a las **empresas mixtas**, en las que parte de las participaciones o las acciones corresponden a los particulares<sup>(227)</sup>. Por lo pronto, nada impide considerar a las empresas mixtas o estatales como sujetos pasivos del peculado; empero, no consideramos que los particulares —sean personas naturales o jurídicas—, que tengan acciones o participaciones, aleguen tener la condición de agraviados en el peculado. En todo caso, el tratamiento penal para ellos deberá ser reconducido a la de un delito patrimonial (*v. gr.* hurto o apropiación indebida).

(223) CASCINO MORENO, 1983, p. 35.

(224) *Vid.* BERNAL PINZÓN, 1965, p. 18; MOLINA ARRUEBLA, 2000, p. 55; PABÓN PARRA, 1995, p. 320; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, pp. 184-185.

(225) *Vid.* FRAGOSO II, 1986, p. 391; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 282; JESUS 4, 2012, p. 168; GALVÃO, 2015, p. 39; BITENCOURT 5, 2019, p. 42; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; PIERANGELI 2, 2007, p. 806; PRADO 3, 2019, p. 307; MASSON 3, 2018, p. 570; ESTEFAM 3, 2018, p. 554; CAPEZ 3, 2019, p. 475; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 855.

(226) *Vid.* LÓPEZ BETANCOURT II, 2015, p. 541; CARRANCA Y RIVAS en Carranca y Trujillo/Carranca y Rivas, 1999, pp. 596-597.

(227) MANUEL MAURTUA DONAYRE admite la posibilidad del particular como sujeto pasivo cuando «se ha asociado con el Estado para prestar un servicio público, ya que el Estado muchas veces no tiene el capital necesario o suficiente para poder ofrecer determinados servicios públicos que la comunidad exige, y necesita un empleado o funcionario público, que es el que se apropia ilícitamente o hace uso indebido de los bienes que originan la empresa» (2010, p. 70).

Cabe la interrogante si las entidades públicas pueden disponer de su patrimonio en el sentido de validar la apropiación o la utilización de los caudales o efectos públicos por parte de sus dependientes. Esto solo es factible si el destino otorgado a los mismos se equipara a los establecidos normativamente para los fines administrativos. En consecuencia, no opera el consentimiento de la víctima o la autopuesta en peligro de los bienes públicos cuando existe el peculado. Sobre esto último, cuando son los propios funcionarios supervisores o controladores que generan las condiciones necesarias (técnicas y legales) para la apropiación o la utilización indebida de los fondos públicos, el sujeto activo no podrá justificar la predisposición de la entidad pública para la disponibilidad de los mismos a fines contrarios a lo predeterminado por la norma.

**1760.**  
¿Consentimiento al peculado?

El **objeto material** del peculado lo constituyen los bienes vinculados al cumplimiento de los fines administrativos encomendados. Se trata de la materialización del rasgo patrimonialista del bien jurídico protegido antes desarrollado, por lo que la interpretación del mismo debe estar ceñido a los alcances establecidos sobre dicho aspecto. Esto nos permite sostener que desde el objeto material del peculado se refuerza la naturaleza patrimonialista.

**1761.**  
Objeto material

Es menester resaltar que se ha nombrado también el presente ilícito como peculado propio por la condición pública de su objeto material y no tan solo por la del sujeto activo<sup>(228)</sup>. Un peculado propio ceñido por el objeto material incluiría a cualquier persona en el círculo de infractores penales contra el patrimonio público, por lo que se tiene que complementar su caracterización con la del sujeto activo y decir en forma correcta que se trata de un **peculado propio por el binomio objeto material/sujeto activo**.

**1762.**  
Peculado propio por el objeto material

El artículo 387 describe al objeto material con la frase «caudales o efectos», que es una expresión decimonónica —de herencia hispánica— adoptada por el legislador peruano y mantenida todavía a través de la fuente argentina. Esta **cláusula dual del objeto material** responde a una pretendida **técnica legislativa comprensiva** o genérica que en su momento buscó superar el casuismo legislativo de las primeras fórmulas del peculado en el afán de recurrir a la enumeración cerrada de los bienes del Estado y evitar cualquier impunidad sobre apropiaciones de valores no previstos legalmente<sup>(229)</sup>. Se entendía que la labor enumerativa del legislador penal se excedía en un afán de volverse una especie de contador de los bienes públicos, utilizando la fórmula legal del peculado como una especie de listado oficial.

**1763.**  
Técnica legislativa

Surge la necesidad de definir si es menester recurrir a la descripción casuística para determinar vía norma penal cuáles son los bienes en los cuales se tiene participación estatal y ameritar su previsión normativa para una correcta comunicación preventivo general del peculado (técnica enumerativa) o es suficiente la utilización de términos

(228) Cf. CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110.

(229) Vid. CANCINO MORENO, 1983, p. 40.

genéricos de factible interpretación penal para que sea objeto de determinación en la aplicación judicial (técnica genérica)<sup>(230)</sup>. Siempre abogamos por una definición legal comprensiva de alcance interpretativo de los elementos del tipo penal<sup>(231)</sup>.

1764.

Cláusula  
dual

Sin embargo, tenemos que anotar que la **cláusula dual** del objeto material, además de ser cerrada, fue construida en los términos empleados por el Código Civil y/o el Código Comercial de la época<sup>(232)</sup>. Se podría decir que la cláusula dual vigente ha tenido sus raíces en un planteamiento eminentemente civilista o comercialista ahora desactualizada. En tal sentido, se diría que sus alcances tendrían que desarrollarse conforme lo establezcan las referidas normas extrapenales (tipo penal en blanco), lo que hace del objeto material un elemento normativo del tipo penal. Sin embargo, actualmente las normas extrapenales ya no acostumbran emplear los términos «caudales» y «efectos» y ante la existencia de leyes especiales (*v. gr.*, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley n.º 29151; Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Decreto Supremo n.º 007-2008-VIVIENDA) que regulan el patrimonio público, queda desfasada su operatividad aplicativa.

Ahora, los términos «caudales» y «efectos» son etiquetas propias de corte civilista y componentes del patrimonio público en los tiempos de los Códigos Penal españoles decimonónicos. Al intérprete únicamente le queda adecuar sus alcances conforme a las modernas concepciones del patrimonio público, lo cual podría acarrear muchas veces la aplicación analógica *in malam partem*; por lo que, *de lege ferenda*, urge su actualización tipificadora. Por lo pronto, es recomendable interpretar sus alcances conforme al bien jurídico protegido.

(230) Vid. CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ en *Norma Legales* n.º 360, 2006, p. 365; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 27; CASCINO MORENO, 1983, pp. 39-40.

(231) Entre las legislaciones que optan por especificar el objeto material: artículo 432-15 del Código Penal francés («una escritura o un título, o fondos públicos o privados, o los efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto») y artículo 278 del Código Penal ecuatoriano («bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos»). Entre las legislaciones que recurren a un modelo genérico de descripción del objeto material: artículo 314 del Código Penal italiano («dinero o de otra cosa mueble»), artículo 261 del Código Penal argentino («caudales o efectos»), artículo 153 del Código Penal uruguayo («el dinero o las cosas muebles»), artículo 312 del Código Penal brasileño («valor o cualquier otro bien mueble, público o particular»), artículo 397 del Código Penal colombiano («bienes»), artículo 233 del Código Penal chileno («caudales o efectos públicos o de particulares»), artículo 142 del Código Penal boliviano («dinero, valores o bienes»), artículo 195 del Código Penal venezolano («dineros u otros objetos muebles»), artículo 361 del Código Penal costarricense («dinero o bienes»), artículo 370 del Código Penal hondureño («caudales, bienes o efectos»), artículo 223 del Código Penal mexicano («fondos públicos»), artículo 451 del Código Penal nicaragüense («bienes, caudales, valores o efectos públicos»), artículo 325 del Código Penal salvadoreño («dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble»), artículo 445 del Código Penal guatemalteco («dinero o efectos públicos»), artículo 338 del Código Penal panameño («cualquier forma dinero, valores o bienes») y artículo 336 del Código Penal cubano («bienes»).

(232) Vid. FERREIRA DELGADO, 1995, p. 26.



Se ha indicado que una definición del objeto material tendría que ser la que se conecte con los alcances brindados por el Derecho Civil, principalmente. Si la definición del objeto de peculado lo resuelva una norma extrapenal, se tendría que sostener un **concepto civilista** de los caudales o los efectos. Pero, como veremos *infra*, muchas veces no tendría recibo una definición civilista<sup>(233)</sup> del objeto material con los alcances típicos del peculado enfocado en el sentido de protección de la norma penal. Esto no quiere decir que se deje de lado el rasgo patrimonialista del objeto material, sino que, las diferentes formas de afectar al patrimonio público, resultarían insuficientes para las normas civiles. Por ende, es más adecuado una **definición penal** de objeto material del peculado<sup>(234)</sup>.

Por lo pronto, es unánime en la doctrina que se entienda a los **caudales** como todo género de bienes de valorización económica, incluido el dinero<sup>(235)</sup>. Esta última es referida a la moneda (metálica, papel o electrónica) o todo valor equiparado como tal, de curso legal, como medio para las transacciones comerciales<sup>(236)</sup>, sea de elaboración oficial nacional o extranjera<sup>(237)</sup>. Desde su estricta definición gramatical se

**1765.**  
¿Concepto civilista o penal del objeto material?

**1766.**  
Caudales y efectos

<sup>(233)</sup> Cfr. ROCA AGAPITO, 1999, p. 126; MORALES GARCÍA, 1999, p. 102; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 521; GALVÃO, 2015, p. 46.

<sup>(234)</sup> Así tab.: BAYARDO BENGUA IV I, 1979, p. 136.

<sup>(235)</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 828; QUERALT, 2008, p. 785; ENTRENA FABRE, 1999, p. 49; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1607; NÚÑEZ, 2008, p. 461; CREUS, 1981, p. 313; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 311; CARRERA, 1968, p. 72; DONNA, 2002, p. 263; BOUMPADRE III, 2003, p. 245; BRÉGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 657; LAJE ANAYA III, 1981, p. 118; ABOSO, 2018, p. 1393; TERRAGNI III II, 2012, p. 477; MARÍN, 2008, p. 798; GÓMEZ V, 1941, p. 526; MALDONADO en Levene, 1978, p. 550; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1225; DAYENOFF, 1998, p. 668; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 410; GONZÁLEZ en Balcaicé II, 2014, p. 237; PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 208; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 228; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 902; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 837; NARDIELLO, 2016, p. 246; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 18; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 157; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 26; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 137; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 391; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 236; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 492; BALMAGEDA HOYOS, 2018, p. 645; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 198; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 444; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 347; ROJAS VARGAS, 2007, p. 497; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 174; SALINAS SICCHA, 2016, p. 381; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 263; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 334; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 513; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 477; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 393; CÁCERES JULCA, 2012, p. 46; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 146; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 224; AMORETTI PACHAS en Jus Doctrina & Práctica n.º 3, 2009, p. 78; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162.

<sup>(236)</sup> Cfr. PAGLIARO I, 2008, p. 66; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII II, 2010, p. 14; MANZINI 8 III, 1961, p. 136; RANIERI III, 1975, p. 248; MAGGIORE III, 1955, p. 166; FRAGOSO II, 1986, p. 392; JESUS 4, 2013, p. 169; PIERANGELI 2, 2007, p. 307; BITENCOURT 5, 2019, p. 46; LABATUT GLENA II, 1983, p. 79.

<sup>(237)</sup> Cfr. GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII II, 2010, p. 14; GALVÃO, 2015, p. 45; MASSON 3, 2018, p. 562; COSTA JÚNIOR 3, 1992, p. 182; TELÉS III, 2004, p. 387; BALTAZAR JÚNIOR, 2017, p. 262.

suele entender al caudal como el flujo dinerario o monetario. Por su parte, los efectos son valores contenidos en documentos o papeles públicos o emitidos por el Estado u otra entidad administrativa autorizada, que cuenta con reconocimiento oficial para ser negociables (nominativo, endosable o al portador)<sup>(238)</sup>. En esta apreciación dual del objeto material se observan valores corpóreos factibles de aprehensión (caudales) y documentos que también gozan de dichas atribuciones (efectos), pero que representan valores ideales o representativos.

**Jurisprudencias:** «Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general del 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 n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005; fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>



«Los caudales son una conceptualización amplia, se trata de bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables. En una acepción estricta, son los bienes materializados y aprehensibles, con valor económico propio y el dinero. Se trata de la hacienda o bienes de cualquier especie y más comúnmente el dinero. Los efectos, se trata de un vocablo que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica; es decir se trata de aquellos bienes u objetos susceptibles de valoración económica con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración a excepción expresa del dinero» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima. Expediente n.º 011-2001, considerandos 62-63). <https://bit.ly/3GfedKs>.



(238) Cfr. NÚÑEZ, 2008, p. 461; CREUS, 1981, pp. 313-314; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 312; GÓMEZ V, 1941, p. 526; DONNA, 2002, p. 263; CARRERA, 1968, p. 76; BOUMPADRE III, 2003, p. 246; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 657; LAJE ANAYA III, 1981, p. 118; ABOSO, 2018, p. 1393; TERRAGNI III II, 2012, p. 478; MARÍN, 2008, p. 798; MALDONADO en Levene, 1978, p. 550; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1226; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2009, p. 410; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 237; DAYENOFF, 1998, p. 668; PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 208; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 228; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 902; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 837; NARDIELLO, 2016, p. 247; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 18; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 151; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 26; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 137; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 391; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 236; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, pp. 492-493; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 198; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 514; BALMACEDA HÓYOS, 2018, p. 646; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 444; LABATUT GLENA II, 1983, p. 79; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 349; ROJAS VARGAS, 2007, p. 497; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 174; SALINAS SICCHA, 2016, p. 382; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón et al., 2016, p. 263; CORSO MASÍAS IV, 1958, p. 277; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 334; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 513; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 477; CÁCERES JULCA, 2012, p. 46; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 394; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 147; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 225; AMORETTI PACHAS en Jus Doctrina & Práctica n.º 3, 2009, p. 78; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162.

Consideramos que no tiene sentido mantener esa diferenciación terminológica, pues pueden ser considerados propiamente términos **sinónimos**<sup>(239)</sup>. Téngase en cuenta que, para algunos autores, el concepto del caudal es tan amplio que abarca cualquier forma de bienes<sup>(240)</sup>, inclusive a los efectos, lo que implicaría —de todas maneras— la innecesariedad de su descripción separada. En definitiva, lo que identifica a ambos es que son valores económicos *per se* que no necesitan (caudales) o sí (efectos) del respaldo de un documento, papel. Esto nos lleva a formular un solo objeto material que muy bien concuerda con la descripción legal dual, sin que ello implique una interpretación extralimitada de sus conceptos. La propuesta consiste en insistir en la técnica legislativa comprensiva bajo un concepto abarcativo y actualizado en torno a las aplicaciones patrimoniales administrativas.

Entonces, no tenemos duda que se mencione mejor la acepción de **bienes públicos** (terminología prevalente y aconsejable)<sup>(241)</sup> que necesariamente se distingan por su valor económico, pero que, a la vez, no pierda su carácter público<sup>(242)</sup>. Cabe anotar que la palabra «*bien*» también se emplea en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción («*de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor*») y en el artículo XI.1.b de la Convención Interamericana contra la Corrupción («*cualquier tipo de bienes*»).

En tal sentido, el **objeto material** lo constituye todo bien dotado de significancia o valor económico (factible de negociación) que sirva a los fines administrativos de la entidad pública a la que pertenece o ha sido asignada. Hallese en esta definición **tres características imprescindibles** que el intérprete tiene que verificar al momento de adecuar el caso a los alcances del objeto material: *i.* aspecto descriptivo; *ii.* aspecto valorativo; y *iii.* aspecto funcional. Todas ellas deben estar contenidas en el bien que el empleado peculador busca apropiarse o utilizar indebidamente. La ausencia de una de ellas hace atípica la imputación por peculado (aspecto funcional), sin perjuicio de evaluar la configuración de un delito patrimonial de concurrir las otras (aspectos descriptivo y valorativo)<sup>(243)</sup>.

El **aspecto descriptivo del objeto material** consiste en determinar cuándo nos encontramos ante caudales o efectos (bienes) cuyas características físicas o estructurales permitan ser susceptible de materializar al bien jurídico protegido o ser receptora

**1767.**  
Bienes  
públicos

**1768.**  
Definición  
penal de  
bienes  
públicos.

**1769.**  
Aspecto  
descriptivo

(239) Cfr. CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2060; PUIG PEÑA III, 1955, p. 354; CASTRO MORENO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1607.

(240) Cfr. GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 325; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 443.

(241) Vid. CANCINO MORENO, 1983, p. 40; TAZZA III, 2018, p. 257; CARRERA, 1968, p. 72; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 349.

(242) El término «*bienes*» era empleado en el artículo 196 del Código Penal de 1863.

(243) Resulta interesante una definición normativo penal como la del artículo 451 del Código Penal nicaraguense: «*se entenderá como bienes, caudales o efectos públicos, todo los bienes, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles, corporales e incorporales, fondos, títulos valores activos y demás derechos que pertenezcan al Estado o a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intente robar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*».

de los efectos injustos de la conducta típica. Aquí se establecerá cuándo el bien es pasible de ser apropiado o utilizado por el empleado peculador.

Es factible la cercanía conceptual del aspecto descriptivo del objeto material del peculado con lo afirmado para los delitos patrimoniales (*v. gr.*, apropiación indebida)<sup>(244)</sup>, que podría incluso optarse por la remisión de su estudio; sin embargo, no podemos dejar de mencionar que es el aspecto funcional lo que los distinguen. Por consiguiente, se han establecido diferentes posturas, entre las más resaltantes se encuentran las tesis de la corporeidad y la movilidad.

1770.  
Propues-  
tas sobre  
el aspecto  
descriptivo

Los que establecen el carácter de la **corporeidad, aprehensibilidad o materialidad del objeto material** (*quae tangi possunt*) sostienen que solo es posible la sustracción, apropiación o uso de toda cosa que pueda ser aprehendida físicamente por el empleador peculador<sup>(245)</sup>. En tal sentido, solo tendrían cabida como caudales o efectos los **bienes físicos y muebles**, ya que únicamente ellos pueden ser susceptibles del apoderamiento o la utilización típicas del peculado. Otros resaltan más el **carácter movable o traslativo del objeto material** y señalan que únicamente puede sustraerse, apropiarse o usarse aquellos bienes perfectamente trasladables de un lugar a otro; inclusive, para algunos, sin detenerse a verificar si para esa movilidad importa o no su corporeidad. Los que siguen esta definición descriptiva del objeto material recurren a una interpretación más amplia de los caudales. Cabe mencionar que otros autores optan por conjugar estas **dos características del objeto material**<sup>(246)</sup> y, con ello, insistir en que el típico objeto material del peculado es el bien físico y mueble.

1771.  
Traslación  
jurídica

Sobresale en el rasgo descriptivo de los caudales y los efectos la característica de la **transitabilidad, deslocamiento o movilidad**<sup>(247)</sup>, esto es, solo son objetos de peculado los bienes susceptibles a ser trasladados (por sí solos o por terceros). El rasgo de la corporeidad no puede constituir una característica descriptiva adicional al objeto material, no solo porque las conductas típicas (apropiación y uso) no implican siempre la aprehensión física del bien, sino también porque el bien jurídico protegido entiende al patrimonio público ceñidos a los fines utilitarios de su debida gestión o

(244) Así tab.: MORALES GARCÍA, 1999, p. 102; JESUS 4, 2013, p. 169; GALVÃO, 2015, p. 46; MASSON 3, 2018, p. 562; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 262; FRANCO, 1987, p. 58.

(245) Así: SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2078; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 19; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 65; ISHIDA, 2015, p. 660; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 515; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 557; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162.

(246) Así: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 501; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; MASSON 3, 2018, p. 562; BITENCOURT 5, 2019, p. 46; GRECO 3, 2017, p. 698; ESTEFAM 3, 2018, p. 550; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 262; ROJAS VARGAS, 2007, p. 500; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 392.

(247) Así tab.: ROMANO, 2006, p. 21; GAMBARDILLA en Laitanzi/Lupo VII. II, 2010, p. 14; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 521; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 188; BAYARDO BENGOA IVI, 1979, p. 136; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1212; FRAGOSO II, 1986, p. 393; PIERANGELI 2, 2007, p. 807; PAGLIUCA, 2010, p. 187; SALLES JUNIOR, 1987, p. 339; FEBRES CORDERO, 1966, p. 166; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 80.

administración, lo cual cerraría la posibilidad de otros bienes que no necesitan de la corporeidad. Téngase presente que, en los efectos, si bien lo típico de ellos es su respaldo documentario, lo importante es su valor inmaterial negociable, quedando de lado si se halla en un papel o no.

Ahora bien, hay que ir más allá y no limitarnos con la característica de traslación desde el ámbito netamente físico (de un lugar a otro). La movilidad de los bienes tiene que hallarse en su esencia económica, lo que habilita las formas de traslación jurídica (de un ámbito de dominio a otro) y que permite una mejor apreciación de la conversión o transformación de la disponibilidad del objeto material, a la cual nos adscribimos. Por ende, no es que siempre se estime al peculado como la traslación del bien en sí, sino también una transmisión jurídica y formal (inmaterial)<sup>(248)</sup>. Compréndase mejor una movilidad en forma de conversión jurídica, mas no material.

Por consiguiente, un bien trasladable (jurídico) lo puede constituir perfectamente tanto uno mueble como inmueble<sup>(249)</sup>. Queda de lado discutir la factibilidad de los **bienes semovientes**. No hay necesidad que exista un traslado físico del objeto material, puesto que las conductas típicas de apropiación y utilización no se ajustan a dicho esquema —como si sucede en la sustracción—. Aquí propugnamos una

**1772.**  
Bienes  
muebles e  
inmuebles

<sup>(248)</sup> Cfr. CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1717.

<sup>(249)</sup> Así también entre los autores nacionales: ROJAS VARGAS, 2007, p. 500; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 347-348; SALINAS SIGCHA, 2016, p. 381; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 393; HUGO VIZCARGO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 266; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 334; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 146; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 477; NÚÑEZ PÉREZ en Jo Villalobos *et al.*, 2020, p. 181; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 32; CHANJAN-DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15; MOMETHIANO, 2004, p. 769. En algunas doctrinas también se asume la posibilidad de que los bienes inmuebles sean objeto material del peculado. En España: MORALES GARCÍA, 1999, pp. 103-104; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 889; QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares, 2017, p. 1777; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4055. En Argentina: ABOSO, 2018, p. 1393; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 228. En Colombia: CASCINO MORENO, 1983, p. 40; FRANCO, 1987, p. 59; PEÑA OSSA, 1995, p. 67; PABÓN PARRA, 1995, p. 321; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 185. En Bolivia: VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 43; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 147. Solo admiten los bienes muebles: MANZINI 8.III, 1961, p. 136; MAGGIORE III, 1955, p. 166; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1182; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 828; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2060; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 451; FEJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1151; MIR PUIG, 2000, p. 301; QUERALT, 2008, p. 785; CATALÁN SENDER, 1999, p. 254; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 277; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 534; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 265; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 102; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 43; TERRAGNI III.II, 2012, p. 477; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 392; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 515; FEBRES CORDERO, 1966, p. 166; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 174; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 80. Entre las legislaciones que excluyen a los bienes inmuebles: artículo 314 del Código Penal italiano; artículo 153 del Código Penal uruguayo; artículo 312 del Código Penal brasileño y artículo 195 del Código Penal venezolano.

**movilidad jurídica**, esto es, el traslado de los derechos de la entidad pública al funcionario. Entonces, puede apropiarse o utilizarse **bienes muebles** como **inmuebles** en el sentido de afectar el derecho real que recae en estos, más aun si el significado de un caudal se asimila a la de un bien, sin detenerse a identificarlo como mueble o inmueble, o también configurarlo como efectos cuando implique los derechos de estos sostenidos en documentos. Ejemplo: cuando el funcionario se apropia de una oficina pública y lo destina para un negocio.

No acogemos la idea restrictiva de un objeto material como bien mueble por su movilidad física<sup>(250)</sup>, aunque este planteamiento no evita la configuración del peculado de uso en bienes inmuebles<sup>(251)</sup>.

1773.  
Bienes  
materiales  
e inmate-  
riales

Lo mismo podría decirse de los **bienes materiales e inmateriales**<sup>(252)</sup>. Esta clasificación también se adaptaría al esquema del peculado, ya que la apropiación y la utilización de bienes no requieren de su presencia física, bastando incluso solo su representación documental o soporte material<sup>(253)</sup>. Más tiene prevalencia el valor del bien antes que su sustancia (**tesis del valor**). Son derechos contenidos en títulos que contienen obligaciones de dar bienes o dinero a favor del Estado<sup>(254)</sup>. En tal sentido, los **derechos** o las expectativas son objetos de la apropiación y la utilización, independientemente del tipo de documento que los represente (*v. gr.*, papel, disco, gráfico, código electrónico). Justamente, se ha entendido a los efectos como documentos papel que respaldan derechos negociables y que perfectamente puede ser asimilados a los caudales bajo el enfoque de bienes. Por la misma razón, podría indicarse como bienes inmateriales a las **energías**<sup>(255)</sup> de cualquier tipo, como las eléctricas, por ejemplo.

<sup>(250)</sup> Así lo asumen: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batárrita, 1999, p. 188; FRAGOSO II, 1986, p. 393; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 174.

<sup>(251)</sup> Cfr. BERNAL PINZÓN, 1965, p. 19; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 65.

<sup>(252)</sup> Cfr. CATALÁN SENDER, 1999, p. 257; CANCINO MORENO, 1983, p. 40; FRANCO, 1987, p. 57. Solo admiten los bienes materiales: SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 28; PAGLIARO I, 2008, p. 71; RANIERI III, 1975, p. 249; SANZ MULAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2078.

<sup>(253)</sup> Cfr. GAMBARDELLA en Lattanzi/Lupo VII. II, 2010, p. 15.

<sup>(254)</sup> Vid. MANZINI 8. III, 1961, p. 136; ROMANO, 2006, p. 22; GAMBARDELLA en Lattanzi/Lupo VII. II, 2010, p. 15; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 889; QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares, 2017, p. 1778; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4055; SANZ MULAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2078; FEBRES CORDERO, 1966, p. 166. En contra: GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 515; ROJAS VARGAS, 2007, p. 499.

<sup>(255)</sup> Consideran también a las energía (como bien mueble) o la posesión de la cosa que lo produce: PAGLIARO I, 2008, p. 67; ROMANO, 2006, p. 21; MANZINI 8. III, 1961, p. 136; RANIERI III, 1975, p. 248; CARCANO, 2010, p. 124; FRAGOSO II, 1986, p. 393; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 283; JESUS 4, 2013, p. 169; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; GALVÃO, 2015, p. 46; MASSON 3, 2018, p. 562; PRADO 3, 2019, p. 308; BITENCOURT 5, 2019, p. 46; ESTEFAM 3, 2018, p. 550; ROJAS VARGAS, 2007, p. 499; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 80. En contra: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 501; SANZ MULAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2078.

No se descarta en el círculo de objetos materiales a los **frutos** o los **intereses** derivados de los bienes<sup>(256)</sup>. Ejemplo: los intereses bancarios generados por el dinero depositado en cuentas bancarias. No importa la materialidad de los mismos, puesto que califican como derechos correspondientes a la administración.

Esto faculta establecer la posibilidad de calificar como objeto material a los **bienes fungibles e infungibles**<sup>(257)</sup>. En principio, nada impide que sean objeto de apropiación o utilización, aunque, en realidad, habría observaciones para considerar a algunos **bienes infungibles** como objeto material (*u. gr.*, agua, viento, energía solar), puesto que no habría una titularidad exclusiva de la Administración Pública, al considerarse bienes generalizados o universales. Por ello, es aconsejable tenerlos mejor como **bienes consumibles** o de agotamiento o no.

El hecho del **reemplazo** o la sustitución en la misma cantidad y calidad del bien fungible podría acarrear problemas al momento de la configuración del peculado por apropiación (se devuelve un bien por otro)<sup>(258)</sup>; sin embargo, si lo que prevalece es la valorización económica del bien, la sustitución no debería ser complicada y conducirse en una forma de negación a la devolución. Lo contrario llevaría a pensar que solo el dinero recibido sería el entregado a las arcas públicas; su reemplazo acarrearía el peculado.

El **aspecto valorativo del objeto material del peculado** es concretamente el económico patrimonial, es decir, el cuantificable, apreciable o medible cuantitativamente en el sentido de constituirse en un objeto pasible de ser comercializado o negociado. Por ello, tienen que ser bienes dotados de valor. Así se resalta en el artículo 17 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción («*cualquier otra cosa de valor*»).

No hay otro criterio valorativo más que el **económico**<sup>(259)</sup>, el cual es neutral y se acopla a los alcances tutelares del aspecto patrimonial del bien jurídico. Otra forma de valorización (*u. gr.*, sentimental, sexual, recreativa, amical, histórica, reli-

1774.  
Frutos e  
intereses

1775.  
Bienes  
fungibles e  
infungibles

1776.  
Reemplazo  
de los bie-  
nes consu-  
mibles

1777.  
Aspecto  
valorativo

1778.  
Valor  
económico

(256) Cfr. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 889; ORTS BERENGUER en Vives Antón, *et al.*, 2010, p. 725; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 55; CATALÁN SENDER, 1999, p. 257; LOMBANA VILLALBA en Castro Cuenca II, 2011, p. 246.

(257) Cfr. CARRARA VII.9, 1982, p. 15; MANZINI 8.III, 1961, p. 136; ROMANO, 2006, p. 21; ORTS BERENGUER en Vives Antón, *et al.*, 2010, p. 725; MIR PUIG, 2000, p. 301; CUELLO CALÓN II.1, 1980, p. 454; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110; FRAGOSO II, 1986, p. 393; PRADO 3, 2019, p. 309; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; GALVAO, 2015, p. 46; PIERANGELI 2, 2007, p. 307; BITENCOURT 5, 2019, p. 46; SAILES JUNIOR, 1987, p. 339; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 859; ESTEFAM 3, 2018, p. 549; BOUMPADRE III, 2003, p. 245; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 19; CANCINO MORENO, 1983, p. 40; PEÑA OSSA, 1995, p. 67; PABÓN PARRA, 1995, p. 321; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 185.

(258) *Vid.* BITENCOURT 5, 2019, p. 46.

(259) Así (ad.): SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 29; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII.11, 2010, p. 15; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 451; MORALES GARCÍA, 1999, pp. 105-106; ROCA AGAPITO, 1999, p. 127; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1151; MORILLAS CUEVA en Cobo Del

giosa, política, jurídica) que tengan aptitud para la satisfacción de necesidades puede resultar subjetiva y arbitraria a las expensas de la víctima<sup>(260)</sup>, por lo que vendría en atípica la imputación del objeto material. Por ejemplo, no pueden ser considerados como objeto material del peculado los documentos contables y tributarios de una entidad pública o los órganos o tejidos humanos, debido a que carecen de valor económico y no ingresan al tráfico comercial regular.

**Jurisprudencias:** *Aun cuando el encausado ha admitido haber retenido en su poder los libros contables del Centro Educativo so pretexto de no habersele cancelado sus honorarios, conforme señala que actuó de esa forma porque me debían un remanente de dinero desde abril; sin embargo es necesario remarcar que al no considerarse dichos documentos contables como efectos o caudales, así como elementos objetivos del delito de peculado no puede atribuirse tal ilícito por no estar prevista dicha conducta descrita en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal»* (Ejecutoria suprema del 29 de febrero de 2008 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4416-2006 Arequipa, considerando 3) <https://bit.ly/3niDJOg>.



*«No se le imputa al encausado el hecho de haberse apropiado o utilizado, para sí o para otro, caudales de contenido económico concreto que haya tenido en percepción, administración o custodia por su función como Jefe encargado de la Oficina de Registro, Record de Conductor y Archivo de Licencias de Conducir de la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Moquegua, sino, el haberse apropiado de comprobantes de pagos efectuados en el Banco de la Na-*



Rosal, 2000, p. 827; MIR PUIG, 2000, p. 301; QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares, 2017, p. 1778; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 187; QUERALT, 2008, p. 785; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; SANZ MÚLAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2078; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 725; CATALÁN SENDER, 1999, p. 254; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4055; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 277; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 799; CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1716; ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, p. 316; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 522; SOTO RODRÍGUEZ en Revista Galega de Administración Pública n.º 43, 2012, p. 120; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 265; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 249; CARDENAL MONTRAVETA en Gorcoy Bidasolo I, 2019, p. 700; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 102; DE VICENTE RÉMÉSAL en Jueces 3er Turno, 2003, p. 486; CREUS, 1981, p. 313; TAZZA III, 2018, p. 257; DONNA, 2002, p. 263; FRAGOSO II, 1986, p. 393; MASSON 3, 2018, p. 562; PIERANGELI 2, 2007, p. 807; CASCINO MORENO, 1983, p. 40; PEÑA OSSA, 1995, p. 67; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 514; FEBRES CORDERO, 1966, p. 166; SALINAS SICCHA, 2016, p. 381; HUGO VIZCARDO en Nakazaki-Servigón *et al.*, 2016, p. 264; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 513; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 477; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 393; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 557; AMORETTI PACHAS en Jus Doctrina & Práctica n.º 3, 2009, p. 78; SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1692; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 200.

<sup>(260)</sup> Entre los que no se limitan al aspecto económico y amplían a otras necesidades o valoraciones: MANZINI 8.III, 1961, p. 137; MAGGIORE III, 1955, p. 166; CARRARA VII.9, 1982, p. 15; BOUMPADRE III, 2003, p. 245; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 19; FRANCO, 1987, p. 58; MAÚRTUA DONAYRE, 2010, p. 80.



*ción (cuyo dinero ingresó y se mantuvo en el erario nacional) por trámites relacionados a su función, que ya habían sido utilizados en expedientes administrativos anteriores, para efectos de ofrecerlos y venderlos a nuevos usuarios de los mencionados trámites; por tanto, el referido encausado en ningún momento se apoderó del importe del dinero de los comprobantes en cuestión, el cual siempre permaneció en la esfera de dominio del Estado; sino se habría apoderado de importes de dinero pertenecientes a particulares» (Ejecutoria suprema del 25 de enero de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4195-2009 Moquegua; considerando 4). <https://bit.ly/3GaHyOp>.*

No cabe confundirlo con una valorización cuántica, puesto que no hay —todavía— en la estructura del tipo penal una medición enumerativa del valor económico para la delimitación punitiva conforme a cada caso<sup>(261)</sup>. Por lo pronto, la **relevancia económica** de los bienes es el punto de interpretación al momento de definir el aspecto valorativo del objeto material.

El aspecto valorativo evita la naturaleza pura administrativa del peculado, ya que se desmarca del quebrantamiento funcional como esencia absoluta del delito que llevaría a consecuencia intervencionista de casos ínfimos de afectación patrimonial. Por lo pronto, no cabría imputar peculado a quien emplea un bolígrafo para quehaceres personales o utiliza el internet para trabajos de formación personal. Si se asume que el peculado es simplemente la vulneración del deber de fidelidad o lealtad para con el empleo del patrimonio público, dichos casos tendrían que ser procesados penalmente. Sin embargo, la presencia del aspecto patrimonial en el peculado permite dar significancia penal a toda apropiación o utilización de bienes de relevancia económica<sup>(262)</sup> y no a cualquier bien que solo implique **riesgos insignificantes** (*v. gr.*: uso moderado del teléfono, impresiones de pocas hojas para uso personal, empleo de internet para trabajos académicos) en el sentido de no incentivar la intervención del poder penal por la escasa vulneración al bien jurídico protegido en bienes menores o inservibles (*de minimis non curat praetor*), en aplicación del principio de lesividad.

**1779.**  
Bienes  
insignifi-  
cantes

**Jurisprudencias:** *«Si bien el encausado utilizó la motocicleta, al margen de la función encomendada, para trasladarse a un lugar distinto del estipulado por la orden de servicio, es de tener en cuenta que no sólo no se apropió de la motocicleta —la cual le fue sustraída y, luego, con su propio peculio, devolvió*



<sup>(261)</sup> A diferencia de otras legislaciones que siguen el criterio sistemático de penas conforme al valor de lo apropiado, utilizado o sustraído: artículo 432.3 del Código Penal español; artículo 397 del Código Penal colombiano; artículo 233 del Código Penal chileno; artículo 223 de Código Penal mexicano y artículo 325 del Código Penal salvadoreño.

<sup>(262)</sup> *Cfr.* CATALÁN SENDER, 1999, p. 255; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 283; ISHIDA, 2015, p. 660; FRANCO, 1987, p. 58; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 514. Para más detalles sobre la insignificancia en el peculado, *Vid.* HEREDIA OBREGÓN en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 101, 2017, pp. 175 y ss.

una similar—, sino que, por la forma y circunstancias de su comisión, no pretendió abusar delictivamente del bien público entregado. El hecho no es relevante y, por su insignificancia, carece de contenido típico. El principio de intervención mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiaridad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal, en atención al último postulado exige que sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege, situación que, sin duda, no se presenta en el sub-lite, habida cuenta de la falta de entidad de la conducta que desplegó el imputado, más allá que dio como resultado la sustracción de la motocicleta, que sin embargo luego la repuso. En todo caso, el Derecho administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado» (Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1883-2012 Junín, considerando 4). <https://bit.ly/3vFxdFl>.

«Debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiaridad y última ratio que norma el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal la solución del conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados es jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insostenibilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado» (Sentencia del 11 de febrero de 2014 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 244-2013 Arequipa, fundamento 9). <https://bit.ly/3b3h17m>.

«El bien apropiado es una embarcación naval, si bien en estado de abandono por más de diecinueve años, este corresponde a un metal especial de aluminio naval de alta calidad industrial, por lo que es de inferirse que su valor económico no es de bagatela o insignificante, más aún cuando fue desmontado y vendido en partes como chatarra» (Ejecutoria suprema del 25 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 67-2014 Ucayali, considerando 7). <https://bit.ly/3DY993A>.

### 1780.

Delimitación mínima cuántica

Téngase presente que, en algunas legislaciones, se opta acertadamente por la **delimitación mínima cuántica** del objeto material enfocado al resultado típico a efectos de delimitar la casuística penal frente a la administrativa y a la vez evitar intervenciones penales en casos ínfimos. *De lege ferenda* consideramos importante dicha delimitación mínima cuántica, ya que no todo resultado que genere un objeto material de menor relevancia económica debería ser considerado un delito de peculado<sup>(263)</sup>.

(263) Así aconteció con el Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ de 3 de agosto de 2010 («Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública») de la SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA que estableció como límite mínimo cuántico dos unidades impositivas tributarias.

**Jurisprudencias:** *«Es necesario precisar que la norma penal peruana no exige un monto mínimo para la configuración típica del delito, en la medida que el bien jurídico protegido es la Administración Pública, sin embargo, la configuración del delito por la apropiación de bienes públicos de exiguo valor patrimonial resulta cuestionable, es por ello que resulta pertinente evaluar cada caso en concreto, en base a los principios que orientan el derecho penal peruano: mínima intervención, ultima ratio y subsidiariedad»* (Ejecutoria suprema del 10 de diciembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 269-2013 Cajamarca, considerando 3). <https://bit.ly/3bhSnjL>



*«El Derecho Penal tiene como principio rector ser fragmentario y de ultima ratio, lo cual implica que solo se deben sancionar las conductas que realmente lesionen bienes jurídicos, pues el Derecho Penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde el ataque reviste gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia, lo que no se advierte en el caso de autos, pues la entrega extemporánea de una justificación de gastos o la presunta falta de justificación de gastos de aproximadamente novecientos nuevos soles por concepto de viáticos no puede constituir el delito que ha sido materia de imputación»* (Ejecutoria suprema del 31 de julio de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2496-2011 Moquegua, considerando 7). <https://bit.ly/2XArGTW>



*«Por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan a cuantía de los caudales apropiados para considerarla como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal»* (Ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991, Expediente n.º 1141-1990-Loreto)<sup>(264)</sup>.

Alternativas interesantes<sup>(265)</sup> se encuentran, por ejemplo, en el artículo 570.2 del Proyecto de Código Penal de 2015 que exime de responsabilidad si el valor de lo apropiado o lo utilizado no sobrepasa la unidad impositiva tributaria, siempre que el sujeto activo funcional no sea un alto funcionario conforme al artículo 99 de la Constitución Política. La misma casuística es tratada como una modalidad atenuada en el artículo 566 del Proyecto de Código Penal de 2016.

Por lo pronto, si contamos con la **delimitación máxima cuántica** para establecer cuándo nos encontramos ante un tipo básico de peculado propio por apropiación o utilización. Desde la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011, el objeto material del tipo básico no puede sobrepasar las diez unidades impositivas tributarias. Este límite máximo constituye una característica del objeto material

**1781.**  
Delimitación máxima cuántica

<sup>(264)</sup> RETAMOZO/PONCE, 1994, p. 354.

<sup>(265)</sup> En algunas legislaciones se tipifica el peculado insignificante como una modalidad atenuada. Así, el artículo 154 del Código Penal uruguayo (*«el hecho de nautarse de dinero o cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal»*), artículo 195 del Código Penal venezolano (*«si el perjuicio no es grave, o si fuere enteramente reparado antes de ser sometido a juicio el culpable»*), y el artículo 336.3 del Código Penal cubano (*«si los bienes apropiados son de limitado valor y no procede la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad material»*). Otras delimitan el valor mínimo de lo apropiado para la configuración típica del peculado básico: artículo 370 del Código Penal hondureño.

que no necesariamente es abarcado con detalle por el dolo, ya que se está ante la agravación de delito por el resultado mayor dañoso del patrimonio. A lo mucho, una referencia importante de la cuantificación del daño es suficiente para la imputación del delito. Asimismo, esta cuantificación es tal al momento de la comisión del peculado, no antes ni después.

1782.  
Deficien-  
cias cuán-  
ticas

Aquellos problemas de **deficiencia en la determinación numérica** del valor económico de los caudales o los efectos tienen que ser resueltos por el juez en atención a la estimación pericial y, en lo más favorable, al imputado.

1783.  
Momento  
valorativo

Por otro lado, hay que entender que la valorización económica es la que corresponde al instante de la realización de peculado, no antes ni después. La cuantificación del objeto material es aquella dada al tiempo en que se ejecuta la apropiación o la utilización del caudal o el efecto. Por consiguiente, la apreciación pericial valorativa debe ser retrospectiva al momento del delito y no actual. Si el objeto material se ha depreciado o ha mejorado su valor en nada modifica la determinación cuántica de su valor como objeto material. Por consiguiente, no asumimos la idea de la idoneidad de la valorización, esto es, que se tenga en cuenta su verdadero valor económico por su potencial a futuro<sup>(266)</sup>.

1784.  
Prestación  
de  
servicios

Se discute si la **mano de obra** o la **prestación de servicios** del personal de la administración o la contratación de terceros a disposición de esta califican como el objeto material<sup>(267)</sup>. Una respuesta cerrada es la negación porque no es lo mismo un bien que una prestación de servicios (un servicio no es una cosa)<sup>(268)</sup>, mejor dicho, el aspecto descriptivo (material o corpóreo) del objeto material impide su asimilación con el objeto material (no cabe cosificar la fuerza humana). Empero, si el enfoque del objeto material estriba esencialmente en su valor económico, la mirada que se deba dar a la prestación de servicio no se conduce a la realización de una actividad, sino al valor económico que representa esta (bien inmaterial), del cual perfectamente se puede apropiar o utilizar, esto es, aprovecharse en el contexto

<sup>(266)</sup> Lo sostiene: RANIERI III, 1975, pp. 248-249. Se habla también de un valor económico presente o futuro: POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2078.

<sup>(267)</sup> Así también: HUGO VIZCARGO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 266. No lo admiten: SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 30; ROMANO, 2006, p. 21; CARCANO, 2010, p. 124; ROCA AGARITO en Álvarez García III, 2013, p. 501; MORALES GARCÍA, 1999, p. 113; PEÑA OSSA, 1995, p. 67; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 515; NÚÑEZ PÉREZ en Jo Villalobos *et al.*, 2020, p. 187. Algunas legislaciones optan por criminalizar la modalidad del uso del trabajo o servicio solventado por la entidad pública: artículo 261 del Código Penal argentino; artículo 445 de Código Penal guatemalteco y artículo 341 del Código Penal panameño. En el artículo 572 del Proyecto de Código Penal de 2015 también se tipifica: «*así como trabajos o servicios destinados al cargo público que ejercer*».

<sup>(268)</sup> Cf. FRAGOSO II, 1986, p. 393; MASSON 3, 2018, p. 562; BITENCOURT 5, 2019, p. 47; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 182; JESUS 4, 2013, p. 169; GALVÃO, 2015, p. 40; PIERANGELI 2, 2007, p. 807; CAPEZ 3, 2019, p. 474; GONÇALVES, 2015, p. 767; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 262; FIGUEREIDO 2, 1986, p. 431.

de un peculado<sup>(269)</sup>. Tendríamos entonces que replantear la interpretación de la prestación de servicios como objeto material del peculado vía la complementación de los aspectos descriptivos (inmaterial y jurídico) y valorativos (económico). Por eso, también se le ha entendido a través de las **remuneraciones** de los empleados (dentro o fuera de la jornada de trabajo) con fondos públicos (dinero) como expresión de caudales<sup>(270)</sup>.

El **aspecto funcional del objeto material del peculado** faculta sostener que no se trata de cualquier bien (caudal o efecto), sino de aquel que está asignado a una entidad que integra la Administración Pública para su debida administración y gestión a los fines sociales. Por ello, se indica que los caudales o los efectos son **públicos**, pues corresponden a la administración para que esta los emplee a sus fines debidos. Estos bienes pueden estar asignados o no al presupuesto de una entidad pública (predisposición a su aprovechamiento administrativo), lo importante es que conformen el patrimonio público bajo su importancia administrativa.

1785.  
Aspecto  
funcional

**Jurisprudencias:** «El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada. al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado» (Sentencia del 29 de enero de 2002 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 0139-2002-HC, fundamento 4). <https://bit.ly/3E89u3O>.



«Cuando una entidad edil efectúa un pago por adelanto de haberes a un funcionario, no puede afirmarse que dicho dinero sigue siendo un caudal estatal, pues ha pasado al dominio y libre disposición del particular beneficiado, razón por la que su apropiación o utilización no puede reputarse ilícita, al no entrañar abuso del poder público ni un quebrantamiento de los deberes funcionales de lealtad y probidad alguno; que, además, el beneficiado con un pago por adelanto de haberes no recibe —como exige el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal— el dinero en percepción, administración o custodia, sino en propiedad con todas las facultades que le son inherentes a este derecho real (el agente no solo tiene poder de vigilancia y control sobre la cosa, sino ya dominio sobre ella)» (Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 2008 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4968-2006 Santa, considerando 4). <https://bit.ly/3GbC3z2>.



«El procesado no pertenecía o formaba parte de núcleo ejecutor —único receptor de los fondos públicos—, sino que fue contratado por este para el desarrollo del servicio de supervisión de obra, a cambio de una remuneración, para lo cual debería efectuar veinte visitas, pero en realidad hizo solo siete, conforme se desprende del



(269) Para algunos solo es posible entenderlo como objeto material en el peculado de uso: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4055.

(270) Así: QUÉRAET, 2008, p. 785; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2079; CRESPO BARQUERO en SEITANO, Butragueno, 1999, p. 1717; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 725; DE VICENTE REMESAL en Jueces 3er Turno, 2003, p. 486; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 111.

*cuaderno de obra. Luego de las cuales, el procesado solicitaba al núcleo ejecutor, previo informe de gestión, el pago de su remuneración. Hasta aquí ni material ni normativamente, el procesado ha entrado en contacto con fondos públicos; por el contrario, la suma dineraria entregada por el núcleo ejecutor —en contraprestación por los servicios ejecutados— fueron recibidos por el procesado para sus propios fines. Como vemos, ningún vínculo funcional típico puede inferirse de ello» (Ejecutoria suprema del 17 de agosto de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1091-2009 Huánuco, considerando 4). <https://bit.ly/3jsL8cY>.*

Inclusive, los bienes privados ingresarían a este círculo del objeto material si la administración los detenta para el cumplimiento de los fines sociales<sup>(271)</sup>. Se podría aducir que es indiferente el origen (público o privado) del bien si es que al momento de la comisión del peculado estaba sujeto al cumplimiento de los fines administrativos.

**Jurisprudencias:** *«Los caudales pueden tener origen público o privado, como en el caso de autos, en el cual el dinero incautado fue derivado de un hecho delictivo teniendo como fuente a un particular, por lo que su custodia y su manejo eran responsabilidad del acusado (fiscal), quien debió efectuar los procedimientos correspondientes para asegurarlo y por el contrario, al depositar dicho caudal a su cuenta personal, dispuso y se apropió de él de forma ilegal» (Ejecutoria suprema del 20 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Apelación n.º 3-2019 Piura, considerando 12). <https://bit.ly/3B1ouhL>.*



*«No obstante los bienes materia de autos se constituyen como propios del ámbito de los particulares, por la intervención de la autoridad pública —judicial en el caso sub materia— en la perspectiva de dar mayor protección a sus decisiones de constitución de estados posesorios, como es el embargo en forma de depósito decretado en la ejecución de las querrela que dio origen al presente proceso» (Ejecutoria suprema del 7 de junio de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 832-2005 Tumbes, considerando 3). <https://bit.ly/3vDhs1N>.*



## 1786.

Carácter público

Tómese en cuenta que el artículo 387 no acompaña el adjetivo «público»<sup>(272)</sup> a los caudales y los efectos, es decir, la norma penal guarda silencio del carácter público<sup>(273)</sup>. Sin embargo, si tomamos en cuenta una interpretación sistemática y ajusta-

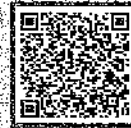
<sup>(271)</sup> En esa línea, algunas legislaciones incorporan a los bienes privados como objeto material: artículo 312 del Código Penal brasileño, artículo 397 del Código Penal colombiano, artículo 233 del Código Penal chileno y artículo 336.1 del Código Penal cubano.

<sup>(272)</sup> Aspecto superado por el artículo 570.1 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 566 del Proyecto de Código Penal de 2016. Entre las legislaciones que precisan el carácter público: artículo 312 del Código Penal brasileño, artículo 233 del Código Penal chileno, artículo 445 del Código Penal guatemalteco, artículo 223 del Código Penal mexicano y artículo 451 del Código Penal nicaragüense.

<sup>(273)</sup> Inclusive, por cuestiones de técnica legislativa, la calificación expresa de públicos era innecesaria. Cfr. GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 325.

da al objeto de protección penal en el peculado propio, el objeto material debe revestir sí y solo sí ese carácter público, mas no privado. A continuación, la labor interpretativa nos impulsa a establecer cuándo un bien tiene o no el carácter público, más aún si la actividad de la Administración Pública tiende a ampliarse y modernizarse, ingresando a esferas empresariales y financieras<sup>(274)</sup>.

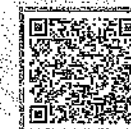
**Jurisprudencias:** «No existe ilegalidad en el cobro simultáneo de una pensión por docencia y un sueldo por el ejercicio de una función pública. Como correlato de ello, en dichos casos no se configura típicamente el delito de peculado doloso, pues ambos ingresos percibidos, sea pensión o remuneración, al ser legales, son de propiedad del beneficiario, y no se materializa como tal la apropiación de un caudal público. En ese aspecto, no puede considerarse que el imputado se haya apropiado de lo cobrado por concepto de pensión y remuneraciones, ya que legalmente no existe impedimento para percibirlos; y, por tanto, son ingresos que le pertenecen y son de su propiedad. Por consiguiente, los hechos atribuidos son atípicos respecto al delito de peculado doloso» (Sentencia del 18 de diciembre de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 500-2017 San Martín, considerado 20 y 22). <https://bit.ly/2Zp28tM>.



«El análisis estructurado del tipo penal de peculado, a partir de sus verbos rectores y sus elementos descriptivos y normativos, permite aseverar que disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron de manera efectiva el servicio, incluyendo a todos y no solo a algunos, y que, además, se produjo en el marco de una negociación colectiva en que hubo tratativas, no se subsume en ninguno de los verbos rectores que contempla el delito de peculado — apropiación o uso—. Se debe considerar que la remuneración o su incremento es la contraprestación a un servicio que proporciona el trabajador a la entidad, y ello se encuentra dentro de la esfera de la administración pública. Quebrar las reglas presupuestarias de prohibición es una falta muy grave y, aunada a otros elementos de prueba que evidencien dolo en la conducta de los imputados, puede ser subsumible en otros tipos penales que es preciso determinar, pero dicha conducta, en sí misma, por las razones expresadas, no constituye una apropiación. Distinto será el supuesto de aquel funcionario o servidor público que disponga el pago de la remuneración de una persona que no laboró o lo hizo parcialmente; en este caso, sí constituiría peculado» (Sentencia del 5 de marzo de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1527-2018 Tacna, fundamento 1, 2). <https://bit.ly/3niFiw2>.



«Los montos dinerarios constituyen caudales que estaban bajo la administración pública del encausado, por la cual representan un valor patrimonial público, toda vez que el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria pertenece al Estado» (Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1114-2010 Ucayali, considerando 6). <https://bit.ly/3B5ZJbf>.



Al mencionar los bienes públicos es importante que estén relacionados con una entidad pública o que forme parte de la Administración Pública. En tal sentido, son caudales o efectos que le corresponden al Estado, los Gobiernos regionales y locales

1787.  
Carácter  
público  
amplio

(274) Vid. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 312.

o a los Organismos Autónomos<sup>(275)</sup>. Los bienes pertenecientes a cualquier institución dependiente o conformante de estas son considerados objetos materiales del peculado. Quedan descartados los bienes de gobiernos extranjeros y organismos internacionales. Se trata de una **definición amplia** del bien público que va más allá de los fondos del Gobierno central y no solo circunscrita a un listado normativo.

**Jurisprudencia:** «A los efectos penales tanto los directores como los Gerentes de la agraviada son funcionarios públicos. Asimismo, los recursos que administra son públicos. En efecto: 1. El Cafae ha sido creado por diversas normas. Cabe destacar el Decreto Supremo número 006-75-ON-INAP, del veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco y el Decreto de Urgencia N° 088-2001, del veintidos de julio de dos mil uno. El Cafae es una entidad que se instituye en cada organismo público con fines predeterminados en beneficio de los servidores públicos. Sus autoridades son designadas por decisión administrativa y por elección de los propios servidores públicos del organismo público correspondiente. No se trata, pues, de una institución de derecho privado y sus fines y actividades están regladas. 2. Los organismos públicos transfieren recursos al Cafae—y Sub-Comités respectivos: SUB CAFAE—, para el logro de sus objetivos. Estos son recursos públicos. Lo anotado fluye de las Leyes número 28112 —Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público— y 28411 —Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto—» (Ejecutoria suprema del 2 de diciembre de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 664-2014 Cusco, fundamento 5). <https://bit.ly/3GbGWZ0>.



### 1788.

Bienes de dominio público y de dominio privado del Estado

Aquí tenemos que mencionar la clasificación legal de bienes de disposición pública o para la propia entidad pública<sup>(276)</sup> (artículo 2.2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Decreto Supremo n.° 007-2008-VIVIENDA). Los **bienes de disposición pública o de dominio público** son «*aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad, aquellos que sirven de soporte para la presta-*

(275) Vid. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 51; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, pp. 503-504; MIR PUIG, 2000, p. 301; ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Batarrita, 1999, p. 188; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2080; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2060; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4055; CRÉSPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1717; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 700; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 265; NÚÑEZ, 2008, p. 461; DAYENOFF, 1998, p. 668; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 325; NARDIELLO, 2016, p. 247; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 444. Entre las legislaciones que especifican la titularidad del objeto material: artículo 153 del Código Penal uruguayo («pertenecientes al Estado»), artículo 397 del Código Penal colombiano («del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales»), artículo 451 del Código Penal nicaraguense («administración pública, órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado del Municipio y de las Regiones Autónomas») y artículo 336.1 del Código Penal cubano («de propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de dependencias de organizaciones políticas, de masas o sociales»).

(276) Vid. MOLINA ARRUBLA, 2000, pp. 58-59.



*ción de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado». No se tratan de bienes universales, ya que, al final, el Estado ejerce potestad administrativa y tutelar sobre ellas. Los **bienes de propia disposición administrativa o de dominio privado del Estado** son «aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio pública, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos». En cualquiera de estos bienes públicos pueden recaer las modalidades de la apropiación o la utilización del peculado.*

A continuación, se tiene que resolver la relación de la entidad pública agraviada con el objeto material, es decir, el derecho o el interés que tiene que ostentar al momento de peculado. Hay que establecer la **pertenencia** de los caudales y efectos en la Administración Pública. Es evidente que, para hablar de bienes públicos, estos deben pertenecer a la administración, pero justamente cabe indagar de qué **tipo de pertenencia** hablamos y **desde cuándo** tiene que configurarse. Ambas preguntas determinarán definitivamente el aspecto funcional del objeto material.

Sobre el **tipo de pertenencia** que deben tener los bienes para con la entidad agraviada, una respuesta indiscutible es que esta ostente el derecho de propiedad. En principio, no califican como objeto material los bienes de propiedad privada. Pero esta respuesta genérica tiene una serie de variantes y excepciones que han motivado, por lo menos, entre los autores argentinos, dos posturas bien marcadas, se tratan de las tesis del riesgo y la tesis de la pertenencia<sup>(277)</sup>.

La **tesis del riesgo** tiene sus raíces en la doctrina romana del riesgo y rescata dos características esenciales en los bienes públicos: que sean de propiedad del Estado y no estén destinados a actividades de índole comercial. En definitiva, se entenderá por bienes públicos los afectados a fines administrativos específicos o que satisfagan las necesidades públicas; perderán dicha condición si los bienes son encargados a los fines comerciales que busca el Estado. Es una tesis cerrada que delimita los bienes públicos a aquellos que integran la propiedad del Estado y que solo deben congeniarse con los fines administrativos en su sentido estricto<sup>(278)</sup>. No se asume el riesgo común en el ámbito comercial, puesto que

**1789.**  
Componentes que determinan la pertenencia pública

**1790.**  
Tipo de pertenencia

**1791.**  
Tesis del riesgo

(277) Cfr. CREUS, 1981, p. 314; DONNA, 2002, p. 265; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1226; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 229.

(278) Vid. CARRERA, 1968, pp. 90-91; CREUS, 1981, pp. 314-315; BAYALA BASOMBRIO, 2008, pp. 34-35; BOUMPADRE III, 2003, p. 247; TERRAGNI III, II, 2012, p. 479; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 658; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1226; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 229.

los bienes públicos no están expuestos al juego de la oferta y la demanda como suele suceder con los bienes privados. No se otorga cobertura penal a los bienes expuestos a los riesgos comerciales porque son privados.

La tesis del riesgo fue formada a efectos de establecer los límites frente a la tendencia del Estado de asumir operaciones comerciales y financieras<sup>(279)</sup>; sin embargo, es una teoría tradicional que no se ajusta a la tendencia moderna del patrimonio pública y evita incluir a los bienes de las empresas mixtas o estatales (autoridades autárquicas) dentro del círculo del objeto material del peculado<sup>(280)</sup>. No podemos ser ciegos a la tendencia a la «fuga de lo administrativo a lo privado» en cuanto al uso de las herramientas jurídicas para la gestión económica de los servicios públicos.

El propulsor de esta tesis<sup>(281)</sup>, SEBASTIÁN SOLER (desde su voto del 5 de mayo de 1943 en el caso BORELLA, cuando integraba la Cámara en lo Criminal de Apelaciones de la ciudad de Rosario), señalaba que «cuando los fondos del fisco se comprometen en empresas de ese carácter, corren los mismos riesgos que los de un particular. Resulta absurda la noción de suponer que el Estado disponga a un tiempo de las ventajas de la libre acción comercial y de las garantías propias de los actos de autoridad. Cuando un banco oficial presta dinero o una empresa vende nafta, no prestan ni venden fondos públicos; realizan una operación de la misma naturaleza que la de un particular»<sup>(282)</sup>. Entre otros seguidores de esta tesis, ALEJANDRO TAZZA indica que «el dinero del fisco no corre riesgos. Su único riesgo es de la inconducta del funcionario que lo custodia, y esa es la razón de la gravedad de la pena»<sup>(283)</sup>. Asimismo, CARLOS FONTÁN BALESTRA señala «la idea esencial puede sintetizarse así: cuando el Estado emplea sus fondos en actividades de tipo financiero, asume las responsabilidades propias de ellas y sería absurdo que dispusiera, al mismo tiempo, de las ventajas de la libre empresa y las garantías de los actos de autoridad. La malversación supone una caja protectora mayor para los bienes del fisco, que no parece justo mantener cuando se ha dado a los fondos el destino señalado»<sup>(284)</sup>.

1792.

Tesis de la pertenencia

La tesis de la pertenencia establece la condición pública de los bienes siempre que esté asignado al cumplimiento de los fines administrativos, independientemente de la relación que pueda tener los bienes con la entidad pública. Si bien, en principio, todos los bienes públicos ostentan dicha condición, por ser de propiedad de la Administración Pública, esto no excluye la posibilidad de otros bienes que carecen de la titularidad pública, pero que están disponibles y son destinados a la satisfacción de los cometidos públicos (cumplimiento de sus objetivos legales). Esta teoría

(279) Cf. SOLER V, 1978, p. 171.

(280) Otras críticas, Vid. CARRERA, 1968, pp. 91 y ss.

(281) Los autores peruanos que siguen la tesis del riesgo: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 352.

(282) SOLER V, 1978, p. 173.

(283) TAZZA III, 2013, p. 257.

(284) FONTÁN BALESTRA VII, 1980, pp. 312-313.

otorga mayor importancia a la finalidad administrativa de los bienes, sin importar si ello implica ingresar o no al ámbito comercial y, asimismo, que se circunscriba a considerarlos bienes de propiedad estatal.

Entiéndase por finalidad administrativa no solo la relacionada al estricto servicio público, sino también a las necesidades internas de la administración<sup>(285)</sup>. Además, se reemplaza la titularidad de propiedad con la efectiva disponibilidad del bien<sup>(286)</sup>. En tal sentido, la hipótesis valedera de la tesis de la pertenencia reside en la indiferencia de la titularidad o el derecho real que se tenga del bien, siempre que esté asignada para los objetivos de la administración y sea de libre disponibilidad. Llegamos a una definición de pertenencia no ceñida al concepto civilista, sino una acorde a los alcances de la protección penal<sup>(287)</sup>.

De los penalistas italianos, GIUSEPPE MAGGIORE considera que la pertenencia es «una noción más amplia, que comprende en sí misma la propiedad u otro derecho real, pero incluye también otras formas de disponibilidad que sobre una cosa tiene la administración pública, como consecuencia de destino de esa cosa para el servicio o la consecución de los fines de dicha administración (por lo cual en muchos casos la pertenencia puede corresponder a esta, mientras la cosa misma es propiedad de otro sujeto)»<sup>(288)</sup>. Para SILVIO RANIERI «puede decirse que pertenece a la administración pública, o porque es de su propiedad, o porque tiene sobre ella otro poder cuya titularidad le es reconocida, y que implica un vínculo sobre la cosa de índole real, o, sea como fuere, un poder de disposición o de goce de la cosa por estar destinada a la satisfacción de sus necesidades o a la consecución de sus fines. Por consiguiente, el concepto de pertenencia expresa una relación más amplia que la derivada del derecho de propiedad o de otro derecho real»<sup>(289)</sup>. VICENZO MANZINI refiere que «es indiferente que la cosa pertenezca a la administración pública de que depende el infiel, o a otra administración pública, una vez que la cosa a ella perteneciente haya sido encomendada al culpable por razón de su oficio o servicio»<sup>(290)</sup>.

Entre los penalistas argentinos<sup>(291)</sup>, RICARDO NUÑEZ sostiene que «los bienes son de pertenencia pública, aunque exista aporte de capital privado, cuando un órgano de la administración pública nacional, provincial o municipal, centralizada

(285) *Vid.* GREUS, 1981, p. 316.

(286) *Vid.* BOUMPADRE III, 2003, p. 249.

(287) *Cf.* ANTOLISEI II, 1960, p. 633; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110.

(288) MAGGIORE III, 1955, pp. 167.

(289) RANIERI III, 1975, p. 249.

(290) MANZINI 8.III, 1961, p. 141.

(291) Así también: CARRERA, 1968, p. 83; DONNA, 2002, p. 266; BOUMPADRE III, 2003, p. 248; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 658; MARÍN, 2008, p. 798; GHERSI en *Arce Aggeo/Báez* 3, 2013, p. 1227; GODOY LEMOS en *Estrella/Godoy Lemos* 3, 2000, p. 411; NAVAS RIAL/ALVERO en *Revista de Derecho Penal* 1, 2004, p. 229.

o autárquica, tiene la facultad de disponer de ellos para la prestación o explotación de servicios públicos»<sup>(292)</sup>. Al respecto, CARLOS CREUS señala que la tesis de la pertenencia «resuelve con mayor fluidez las variantes situaciones que presenta el Estado moderno en sus relaciones patrimoniales, siempre y cuando la estructuremos sobre los criterios de disponibilidad y afectación: los bienes públicos se caracterizan por el hecho de que ellos para afectarlos a servicios o fines públicos»<sup>(293)</sup>.

**1793.**  
Bienes de  
empresas  
mixtas

Esta tesis tiene mayor sostenibilidad en la doctrina<sup>(294)</sup> —y a la cual nos adscribimos—, ya que permite incluir como objeto material, entre otros, a los bienes de las **empresas mixtas y estatales**<sup>(295)</sup>. Sin embargo, no escapa de la discusión el grado de la pertenencia del Estado en tales empresas. Así se observa en ciertos penalistas que, bajo criterios cuantitativos, optan por atender al porcentaje del accionariado o participación que tiene la administración. Algunos consideran que la participación del Estado en las empresas mixtas debe ser la más onerosa considerable (participación mayoritaria), mejor dicho, es más del 50% del capital social<sup>(296)</sup>. Estiman que lo contrario nos llevaría a darle protección especial penal a patrimonios de prevalencia privada, lo que hace perder el sentido de la tipicidad del peculado, puesto que son suficientes los delitos patrimoniales. Esta postura de lo más onerosa no resolvería la problemática de las acciones equiparadas o confundidas. Por ello, otros se limitan a darle cobertura penal por peculado a la afectación del porcentaje correspondiente a la administración<sup>(297)</sup>, quedando el porcentaje del privado a expensas de su atención vía el delito patrimonial.

En realidad, con la tesis de la pertenencia, el porcentaje de la participación de la administración en una empresa mixta pasa a un segundo plano, ya que lo que interesa, a efectos del bien jurídico protegido, es si los bienes apropiados o utilizados por el empleado peculador estaban destinados al cumplimiento de los fines administrativos. Así, cuando en la empresa mixta el accionista mayoritario es un particular, se incurrirá en el peculado si sus bienes son indispensables para los servicios públicos o las funciones públicas<sup>(298)</sup>. Ese es también la directriz que se observa en el artículo XI.1.b de la Convención Interamericana contra la Corrupción al mencionar a los

(292) NÚÑEZ, 2008, p. 461.

(293) CREUS, 1981, p. 316.

(294) En España: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 507. En Uruguay: CATROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1213; BAYARDO BENGIOA IVI, 1979, p. 136.

(295) Consideran que los bienes de las empresas mixtas no son objeto material del peculado: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 351.

(296) Así: CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2060; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2080; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 28; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, pp. 188-189.

(297) Así: FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 313.

(298) Cf. CATALÁN SENDER, 1999, p. 259; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 57; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 506.

bienes «de empresas o instituciones en que este tenga parte [el Estado], a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada».

Se discute también si los **viáticos** o los importes dinerarios asignados a los empleados públicos para sus gastos personales (*v. gr.*, viaje, hospedaje, alimentación) en torno a la realización de una función pública tengan la condición de bienes públicos. Por lo pronto, al tratarse de dinero, calza perfectamente en el concepto de caudales y satisface los aspectos descriptivos y valorativos del objeto material<sup>(299)</sup>. Si bien están asignados como gastos personales para el empleado, su finalidad se corresponde al sostenimiento de la realización de las funciones públicas. Esto lo desliga de todo acercamiento a los conceptos de bonificaciones o donaciones.

**1794.**  
Viáticos

**Jurisprudencias:** «La asignación que se otorga por viáticos tiene como finalidad cubrir (cancelar o pagar) los gastos personales que el trabajador realice durante su estadía en el interior o exterior del país, gastos que están restringidos exclusivamente a la alimentación, hospedaje y movilidad; además, están relacionados con la realización de la actividad oficial. En ese sentido, una vez que el trabajador público cumpla con su actuación funcional deberá regresar a su centro de labores de origen y sustentar el gasto del dinero que se le entregó; para lo cual, elaborará su rendición de cuentas adjuntando los respectivos documentos que acrediten tales gastos (comprobantes de pago, declaraciones juradas, etc.) En caso que no haya gastado todo el dinero deberá devolver la parte no utilizada» (Acuerdo Plenario n.º 7-2019/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 21). <https://bit.ly/3nk72jN>.



«Se considera necesario precisar, en qué consisten los viáticos. A criterio de este Supremo Tribunal, estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación —desayuno, almuerzo y cena—, hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 907-2014 Tacna, considerando 8). <https://bit.ly/3C6mWEH>.

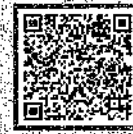


No compartimos el argumento que establece que los viáticos son caudales que se encuentran dentro del ámbito de la custodia personal del empleado para negar su carácter público<sup>(300)</sup> y sostener la disponibilidad a la conveniencia particular. Por el contrario, son componentes económicos sin los cuales podría efectivizarse la función pública, por lo que, desde el enfoque de la teoría de la permanencia, su utilidad administrativa interna la valida como objeto material.

<sup>(299)</sup> *Vid.* PEÑA CABRERA FREYRE en Castañeda Otsu, 2014, p. 714; REYNA ALFARO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 29, 2011, p. 120; AVALÓS RODRÍGUEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 104, 2018, p. 18.

<sup>(300)</sup> Así lo señalan: BARRIOS ALVARADO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 15, 2010, p. 175. Los que niega que su uso esté destinado a fines públicos: ROJAS VARGAS, 2016, p. 254.

**Jurisprudencia:** *«Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de dinero, que está sujeto en el país, al deber administrativo de devolución de lo no gastado»* (Acuerdo Plenario n.º 7-2019/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 45). <https://bit.ly/3nk72jN>. No negamos el propósito de satisfacción de las necesidades personales del comisionado; pero esto se genera porque servirá para el cumplimiento de una actividad funcional. No puede ser absoluta la afirmación que todo viático implica una transferencia dispositiva; si es que está condicionada al cumplimiento de las funciones extraordinarias.



Sin embargo, habría una especie de condicionamiento funcional en los viáticos, toda vez que, si la función pública fue realizada con efectividad, no tendría cabida discutir la apropiación de los viáticos<sup>(301)</sup>. Entiéndase que lo que importa es la **finalidad administrativa** que estos implican y si los gastos personales son necesidades circunscritas en la función pública (carácter instrumental), su no realización por apropiación o utilización indebida del soporte logístico asignado configura el peculado. Esto va más allá de una mera defraudación a la entidad pública, aparentando una actividad laboral —cuando no la hay— para lograr su disposición indebida. Hay una falsedad, pero también una apropiación producto de esa falsedad. Se crea burdamente la finalidad administrativa para lograr el peculado.

**Jurisprudencias:** *«La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentalizado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos destacados que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión. Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorpora a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad»* (Acuerdo Plenario n.º 7-2019/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 10 de setiembre de 2019, fundamentos jurídicos 41-42). <https://bit.ly/3nk72jN>.



(301) Así también: REYNA ALFARO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 29, 2011, p. 120; BARRIOS ALVARADO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 15, 2010, p. 177.

*«Es de determinar la trascendencia o irrelevancia penal de la conducta imputada al procesado derivada del hecho de haber recibido la suma de dos mil nuevos soles por concepto de asignación excepcional por parte del Jurado Nacional de Elecciones, destinados al normal funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales, de los cuales solo justificó válidamente la suma ascendente a quinientos nuevos soles, aprobando solo una declaración jurada de las cuatro presentadas por el referido encausado debido a que no cumplió con los mecanismos señalados en la normatividad vigente, por lo que le atribuyen el apoderamiento del saldo restante, sin embargo, no se ha llegado establecer su apoderamiento o uso irregular para otro fin que no haya sido el propio servicio que prestó como funcionario público, gastos que implicaban su desplazamiento de su lugar de origen hacia la provincia de Acobamba, permaneciendo por más de cuatro meses desde la fecha de su designación hasta la terminación de proceso de elecciones regionales y provinciales, sino además para otros gastos destinados para su permanencia dentro de la zona para la cual fue destinado; a mayor abundamiento se debe tener en cuenta que el dinero recibido ha sido utilizado para los fines del servicio» (Ejecutoria suprema del 7 de diciembre de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3314-2010 Huancavelica, considerando 4). <https://bit.ly/3E3XL6c>.*



Ahora bien, pareciera que la **rendición de cuentas** constituye un requerimiento administrativo, cuya no realización no configura un peculado de viáticos (más si una infracción disciplinaria) <sup>(302)</sup>; pero aquí no recae el delito, sino cuando la función pública encomendada fue realizada con éxito producto de la disposición personal indebida de los viáticos; sin embargo, aquí existe el deber de devolución de los fondos no empleados en los gastos personales, lo cual podría configurar el peculado <sup>(303)</sup> si es que nos encontramos ante un valor económico considerable: montos ínfimos nos llevaría a la atipicidad por tratarse de riesgos insignificantes. Podría decirse que la no rendición de cuentas sería una **cuestión probatoria** (indicios) a considerar sobre la existencia o no de la apropiación o la utilización indebida <sup>(304)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«Existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado (existencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación. En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje (...). Antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario*



<sup>(302)</sup> Así lo entienden: ROJAS VARGAS, 2016, p. 254; REYNA ALFARO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 29, 2011, p. 125; CÁCERES JULCA, 2012, p. 55; CHANJAN DOCUMENT en Actualidad Jurídica n.º 226, 2012, p. 147.

<sup>(303)</sup> Cfr. MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 110.

<sup>(304)</sup> Cfr. REYNA ALFARO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 29, 2011, p. 125; ÁVALOS RODRÍGUEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 104, 2018, p. 34; CHANJAN DOCUMENT en Actualidad Jurídica n.º 226, 2012, p. 146.

*cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Si más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extrapenal» (Acuerdo Plenario n.º 7-2019/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 10 de setiembre de 2019, fundamentos jurídicos 44 y 49). <https://bit.ly/3nk72jN>.*

*«Para la prosecución del delito de peculado de apropiación de viáticos, primero debe determinarse si estos se llevaron a cabo, es decir, si el funcionario cumplió o no con la comisión, pues de lo contrario la sola falta de rendición de cuentas de viáticos (que si se llevaron a cabo) debe ser entendida como sanción de orden administrativo por primacía del principio de mínima intervención del derecho penal» (Sentencia del 23 de setiembre de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 465-2019 Cusco, fundamento 10). <https://bit.ly/2Zl0Sbd>.*



*«Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal, como se pretende en la acusación» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 907-2014 Tacna, considerando 8). <https://bit.ly/3C6mWEH>.*



Entre los autores peruanos que consideran los viáticos como bienes públicos<sup>(305)</sup>, ELIU ARISMENDIZ AMAYA, entre otras razones, señala que «si bien es cierto que los viáticos son trasladados a la esfera de dominio personal del sujeto cualificado, dicho acto de liberalidad conlleva a una percepción con fines de administración, es decir, el sujeto cualificado recibe los viáticos con la finalidad de cumplir las labores encomendadas, dicha actividad aparece vinculada con la administración pública y no así con esferas personales o privadas del funcionario o servidor público, a pesar que dicho sujeto cualificado gaste los viáticos en beneficio personal»<sup>(306)</sup>. RAMIRO SALINAS SICCHA nos presenta el esquema del agente público que «sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado»<sup>(307)</sup> y afirma la configuración del peculado. Para LUIS MIGUEL REYNA ALFARO «los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del delito de peculado»<sup>(308)</sup>.

(305) Así también: LINARES REBAZA en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 66, 2014, pp. 186-187; AVALOS RODRÍGUEZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 104, 2018, pp. 32-33.

(306) ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 498.

(307) SALINAS SICCHA, 2016, p. 390.

(308) REYNA ALFARO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 29, 2011, p. 122.



Por último, RAFAEL CHANJAN DOCUMENT sostiene que «los viáticos que son otorgados al funcionario público para cumplir una comisión de servicios son entregados para su correcta administración; es decir, el funcionario público recibe el monto dinerario correspondiente a viáticos para disponer de ellos y aplicarlos a las finalidades correspondientes. El funcionario público que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicios, se apropia indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional»<sup>(309)</sup>.

En la jurisprudencia existe un fuerte debate sobre la condición de objeto material de los viáticos:

**Jurisprudencias:** Entre las que la niegan: «No configura el delito de peculado debido a que la recepción de viáticos por parte del sujeto público tiene naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia que exige el delito de peculado. En consecuencia, la conducta del agente público debe dilucidarse en el ámbito administrativo» (Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima del 25 de noviembre de 2017, Acuerdo del Tema n.º 4). <https://bit.ly/30LSLER>.



«Al recibir los viáticos el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. En definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 907-2014 Tachá, considerando 8). <https://bit.ly/3C6mWEH>.



«Al imputado solo se le entregó el dinero con la finalidad de cubrir los gastos relativos a viáticos y movilidad que eran necesarios para cumplir con la comisión de servicios que se le asignó en calidad de trabajador de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, dinero que de ningún modo le fue entregado para su administración o custodia, sino solo para cubrir gastos irrogados de la comisión encomendada» (Ejecutoria suprema del 27 de noviembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2642-2013 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3GfIgtE>.



Entre las que la admiten: «El encausado tenía en su poder un dinero público, entregado por razón de su cargo y con fines de comisión de servicios —el recibió dinero público asignado por el Estado en razón de su actividad institucional en cumplimiento de metas causalmente vinculadas al objetivo de los planes y programas pertinentes, esto es, percibió ese dinero y no lo destinó a la finalidad pública establecida—. Al no rendir cuentas, se reputa que dispuso de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio; los apartó de la esfera funcional de la Administración Pública y los incorporó a su patrimonio. Esta última conclusión, desde luego, en tanto se



(309) CHANJAN DOCUMENT en Actualidad Jurídica n.º 226, 2012, p. 147.

*trata de una inferencia esta sujeta a la actividad probatoria correspondiente. Que, cabe puntualizar, desde el Derecho Presupuestal de los viáticos administrativos o en «comisión de servicios» se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad. (...) En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor público —la denominación de 'viáticos' no puede llamar a error o confusión—, sino de un dinero público una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir concretas actividades encomendadas en orden al cumplimiento de objetivos institucionales.» (Ejecutoria suprema del 28 de abril de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2938-2013 Lima, considerandos 4-5). <https://bit.ly/3xXqZIA>.*

*«En caso de que dicho sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiará indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado; tanto más si se tiene en cuenta que en el caso sub iudice los caudales, materia de apropiación, no solo estaban destinados a cubrir gastos de viáticos, sino también a la realización de actividades y gestiones municipales que estaban a cargo de los acusados» (Ejecutoria suprema del 13 de julio de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3186-2014 Cusco, considerando 2.3). <https://bit.ly/3jiKnQT>.*



*«En su calidad de servidor público el acusado podía disponer de los fondos públicos que le fueron asignados para el cumplimiento de su labor, función en la que se desempeñó durante once años y que por cuya razón, aprovechó dicha situación para apropiarse de manera dolosa de los dineros destinados como viáticos, para lo cual presentó documentos (boleras de venta) con datos falsos a la entidad laboral para lograr su cometido; en tal sentido, quedó acreditado el desplazamiento patrimonial de los caudales del Estado a la esfera de dominio personal y de esta forma transgredió los deberes funcionales de lealtad y probidad, y ocasionó un desmedro económico en la entidad agraviada (...). En suma, se encuentra acreditado el delito» (Ejecutoria suprema del 14 de marzo de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1315-2014 Lima, considerando 2.10). <https://bit.ly/2ZdCk3k>.*



1795.  
Bienes  
incautados

También, por la tesis de la pertenencia, es posible que califiquen como objetos materiales del peculado los **bienes incautados, embargados o secuestrados**<sup>(310)</sup>, independientemente que la titularidad de la propiedad se halle en el privado, siempre que estén a disposición de la entidad pública y cumplan o sirvan para una función pública. Este tipo de bienes están señalados en el artículo 2.2.d del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales; «son aquellos sobre los cuales ha recaído una medida cautelar por constituir objeto, medio, administrativa, y que forman parte de un procedimiento administrativo sancionador, investigación preliminar o proceso judicial».

(310) Vid. BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 522.

Ahora, debemos resolver el segundo tema: **desde cuándo los bienes obtienen la condición de ser públicos**<sup>(311)</sup>. Queda rechazada la noción de la comunicabilidad de la condición pública entre el sujeto activo y el objeto material<sup>(312)</sup>, mejor dicho, no trasciende al objeto material la actuación funcional de apropiación o utilización del empleado peculador, ya que también este puede cometer delitos patrimoniales. Por tanto, estriba precisar una regla común sobre el inicio de la condición pública de los bienes para poder establecer el momento ejecutivo del peculado.

Una postura tradicional es la que afirma como momento determinante la de la presencia del bien en el ámbito de dominio de la entidad pública, mejor dicho, cuando se haya ya incorporado en las arcas del Estado (**teoría de la incorporación**). Para esta no cabe excepciones y solo con la **incorporación efectiva** (material y formal) a las arcas o al dominio directo de la administración recién el bien obtiene la condición pública, independientemente del derecho real que ostente. Mientras que no exista esa incorporación material de los bienes a los fondos públicos, cualquier apropiación y utilización tendría que reconducir su tratamiento penal a la de un delito patrimonial. Sin embargo, bajo este criterio, por ejemplo, no serían caudales los impuestos recaudados por el empleado fiscal que todavía no fueron incorporados a las arcas del erario público.

Esta postura cerrada ha sido actualmente superada por la acertada y dominante **teoría del destino** o la **predisposición** que no generaliza la incorporación material como momento inicial determinante de los bienes públicos. Para esta teoría es menester dos condiciones indisolubles para la configuración de los bienes públicos: *i*) que exista un legítimo derecho expectante (mencionada por los penalistas españoles) o una disponibilidad jurídica (mencionada por los penalistas italianos, brasileños y colombianos) a la entrega del bien a favor de la administración<sup>(313)</sup>; y *ii*) que sean

1796.  
Momento de la obtención de la condición pública

1797.  
Teoría de la incorporación

1798.  
Teoría del destino

(311) *Vid.* BOUMPADRE III, 2003, p. 249.

(312) *Cf.* CUELLO CALÓN II.1, 1980, p. 454.

(313) Así: MUÑOZ CONDE, 2015, p. 889; QUERAULT, 2008, p. 785; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourillo, 2000, p. 1151; ETXEBARRÍA ZARRABENTIA en Asua Baraitza, 1999, p. 188; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 52; CRESPO BARQUERO en Scitano Butragueño, 1999, p. 1718; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2062; CARDONA TORRES, 2010, p. 516; ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, p. 317; CATALAN SENDER, 1999, p. 261; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 250; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERRERÓS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 103; BOUMPADRE III, 2003, p. 249; GHERSI en Arce Aggeo/Baez 3, 2013, p. 1227; FRAGOSO II, 1986, p. 392; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 282; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; JESÚS 4, 2013, p. 170; BITENCOURT 5, 2019, p. 43; PRADO 3, 2019, p. 309; TELLES III, 2004, p. 388; PAGLIUCA, 2010, p. 187; SILVA en Queiroz 2, 2013, pp. 856-857; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 261; LOMBANA VILLALBA en Castro Cuenca II, 2011, p. 246; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 23; MOLINA ARRUELA, 2000, p. 76; PEÑA OSSA, 1995, p. 74; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 32; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 194; MAÑALICH en Política Criminal n.º 7, 2012, p. 370; ROJAS VARGAS, 2007, p. 499; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 393; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 108.

percibidos o recepcionados por el empleado público responsable<sup>(314)</sup>, aunque no ocurra con la entidad pública.

Optamos por esta teoría y consideramos que, además, estas condiciones tienen que conjugarse con el fin administrativo de ser el sustento de los servicios públicos o la satisfacción de necesidades administrativas internas. Por ende, son bienes públicos los predispuestos legalmente a la satisfacción de las necesidades públicas. Es un enfoque funcional de los bienes en torno al perfil utilitario que ya hemos desarrollado en el aspecto patrimonial del bien jurídico protegido.

Por consiguiente, sobre la primera condición no es menester una pertenencia directa de la entidad pública (como la formula la teoría de la incorporación), bastando que se encuentre en el circuito jurídico afecto a los fines administrativos ya establecidos<sup>(315)</sup>. En torno a la segunda condición, se especifica más la recepción o la percepción del bien en el sentido que el funcionario actúe como servidor de la posesión o la tenencia (material o jurídica) del bien (en representación de la entidad pública)<sup>(316)</sup>, sin que ello exija siempre la sumisión a los rituales formalistas<sup>(317)</sup> o a su presencia corpórea o material, lo que establece el punto de partida del ámbito de dominio público resguardado por el propio funcionario receptor del mismo. Asimismo, lo habilita el artículo 387 cuando establece, entre las formas de relación funcional, a la percepción. En todo caso, no debe confundirse esa tenencia o posesión como la descrita en el ámbito civil, sino circunscrita a los alcances penales (en sentido lato): disponibilidad del bien a los fines administrativos<sup>(318)</sup>. Por ello, no se puede equi-

(314) Así: ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 725; MIR PUIG, 2000, p. 301; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, pp. 4056-4057; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1182; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 189; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 508; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 535; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 52; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 799; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 277; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 521; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 522; CARDONA TORRES, 2010, p. 516; CATALÁN SENDER, 1999, p. 261; GIMENO LAHÓZ/CORBELLA HERREROS en Llorenté Fernández *et al.*, 1998, p. 103; ABOSO, 2018, p. 1393; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 392; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 516; FRANCO, 1987, pp. 61-62; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 336; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 514.

(315) *Cfr.* MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 828; CATALÁN SENDER, 1999, p. 257; ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, pp. 316-317; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 393.

(316) *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1182; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 189; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4057; ROCA AGAPITO, 1999, p. 143; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 444. *Vid.* PAGLIARO I, 2008, p. 79; ROMANO, 2006, p. 27; CARCANO, 2010, p. 118; PONTI, 2002, p. 36; MAGGIORE III, 1955, p. 167; ANTOLISEI II, 1960, p. 632; MANZINI 8.III, 1961, p. 140; MESSINA/SPINNATO, 2010, p. 418.

(317) *Vid.* FRANCO, 1987, p. 62.

(318) Así *tab.*: SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 23; PAGLIARO I, 2008, p. 78; ROMANO, 2006, p. 27; PONTI, 2002, p. 36; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII.II, 2010, p. 14; CARCANO, 2010, p. 118; ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 726; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en QUIN-

parar siempre la disponibilidad con la accesibilidad material de bien público o la posesión clásica que se aduce como condición para la incorporación. Entonces, la tenencia o la posesión pueden ser amplias y ejercidas en forma directa o indirecta (por intermediarios)<sup>(319)</sup>. Lo contrario nos conduce a preguntarnos cómo resolver las manipulaciones informáticas de los fondos públicos.

Con estas dos condiciones se abarca la prevención penal a conductas de empleados públicos tendentes a evitar el ingreso de los caudales y los efectos a las arcas públicas, ya destinadas administrativamente.

La tesis del destino ha sido desarrollada con profundidad por los autores españoles. Entre ellos, RAFAEL ENTRENA FABRÉ ha señalado que «ello encuentra justificación en que la Administración, en cuanto ente o persona jurídica, no puede obrar materialmente ni poseer por sí misma, sino que ha de hacerlo a través de las personas físicas titulares de sus órganos. Desde el momento en que un funcionario recibe una cosa para ser ingresada en el Erario Público, es decir, al ente en cuyo nombre se ejerce la función, no es el funcionario quien la posee, sino la propia Administración, pues tal agente solo sirve de mediador, de puente provisional en nombre de aquella y en misión de mero servidor de la posesión»<sup>(320)</sup>. Por su parte, LUIS ROCA AGAPITO indica que dicha tesis es la correcta, «si, por el contrario, hubiera de exigirse el de la efectiva incorporación el sujeto activo se vería indebidamente beneficiado al no ser posible apreciar en su conducta el delito por una mera formalidad administrativa. Con lo que quedaría a su discreción la responsabilidad penal»<sup>(321)</sup>.

No podemos dejar de mencionar el **momento culminante** del dominio público sobre los bienes y la pérdida de la condición pública. Por lo pronto, la cesión definitiva de la titularidad a un privado hace que pierda la condición del objeto material. En el caso de los bienes de titularidad ajena, pero afectos a los fines administrativos, mientras se mantengan dichos fines, habrá peculado. Si en ese tránsito de cambio de titularidad o culminación de los fines administrativos el funcionario retiene el bien, comete peculado, puesto que el delito se inició cuando

1799.  
Momento culminante de aspecto público

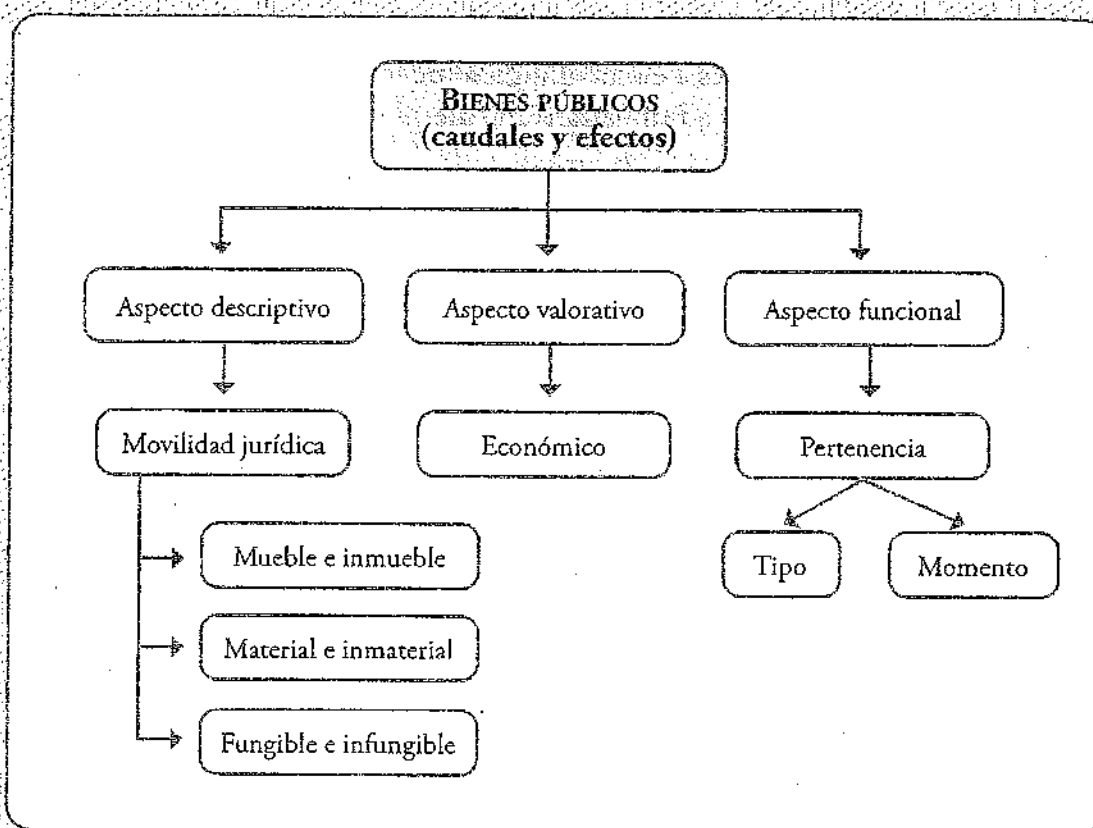
tero Olivares, 2005, p. 1689; MORALES GARCÍA, 1999, p. 188; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 509; BITENCOURT 5, 2019, p. 43; SOSA DÍAS, 1963, p. 148; CANCINO MORENO, 1983, p. 76; ROJAS VARGAS, 2007, p. 484; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 201; SALINAS SICCHA, 2016, p. 376; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, pp. 556.

(319) Cf. FRAGOSO II, 1986, p. 392; JESÚS 4, 2012, p. 170; GALVÃO, 2015, p. 47; BITENCOURT 5, 2019, p. 43; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; PRADO 3, 2019, p. 309; MASSON 3, 2018, p. 565; SALLES JUNIOR, 1987, p. 339; NUCCI 3, 2019, p. 479; GONCALVES, 2015, p. 767; ISHIDA, 2015, p. 660; ESTEFAM 3, 2018, p. 550; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 357; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 779; ROJAS VARGAS, 2007, p. 484; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 201; CÁCERES JULCA, 2012, p. 45; SALINAS SICCHA, 2016, p. 376; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 479.

(320) ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 52.

(321) ROCA AGAPITO, 1999, p. 143.

le correspondía al empleador peculador el deber funcional de la correcta, imparcial y eficaz gestión del patrimonio (*v. gr.*, subastas públicas de la SUNAT). Si el particular es quien reclama la devolución y no se procede con la misma, no es sujeto pasivo del peculado, pudiendo recurrirse a la apropiación indebida.



1800.  
Presupuesto  
especial:  
relación  
funcional

Un presupuesto previo o especial del tipo penal de peculado lo constituye la relación funcional existente entre el sujeto activo y el objeto material o, mejor dicho, la vinculación funcional entre el cargo o la función del empleado público y la tenencia o la posesión de los bienes. Con mejor propiedad se la denomina la función o la atribución funcional que tiene el empleado público sobre los bienes públicos en razón del cargo público. No basta que el sujeto activo y el objeto material hayan conseguido el carácter público, es importante que además consigan una **especial conexión** que permita la retroalimentación dogmática operativa de la figura penal<sup>(322)</sup>. Sin este elemento, el delito pierde autonomía frente a los delitos comunes, por lo que constituye la etiqueta criminalizadora que singulariza al peculado en el catálogo de delitos.

(322) *Vid.* PINOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 535.

**Jurisprudencias:** «Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>



«Entre la autoridad estatal y los caudales y efectos exista indispensablemente un vínculo institucional o funcional que se concrete por razón del cargo debido a su percepción, administración o custodia. En tal sentido, cualquier ciudadano que no esté autorizado institucionalmente a administrar dichos caudales o efectos estará legalmente imposibilitado a atribuirle el título de autor de este tipo penal, prohibición justificada por el derecho fundamental del principio de legalidad penal» (Ejecutoria suprema del 25 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 677-2012 Amazonas, considerando 3). <https://bit.ly/3pr1CoA>.



«En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



«La relación funcional es un componente típico que se define como el poder de vigilancia y de control sobre la cosa, que se incluye en el delito de peculado para limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito, es decir delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, quien, al apropiarse o utilizar bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales no posee dicha vinculación, simplemente estará incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 53). <https://bit.ly/3GfcdKs>.



Se asemeja a un requisito especial formante de la estructura del tipo penal y no tiene que ser confundido con un presupuesto de punibilidad. Es un elemento típico producto de la conjunción de otros (sujeto activo y objeto material). Así, si se le estudia desde el sujeto activo, se le conoce por su carácter dinámico o la condición funcional del empleado público para ser un peculador. Si la analizamos desde el objeto material, se entendería como otro aspecto más relacionado a su significado administrativo. Por consiguiente, la ausencia de este presupuesto reconduce el caso a la posibilidad de ser imputado por un delito patrimonial, mas no por el peculado.

1801.  
Como  
elemento  
del tipo

**Jurisprudencia:** «La vinculación funcional es un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura del peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría» (Ejecutoria suprema del 10 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3841-2011 Piura, considerando 9). <https://bit.ly/3vAmyMj>



**1802.**  
Previsión  
legal de la  
relación  
funcional

Este presupuesto está mencionado expresamente en el artículo 387 con la frase «cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo», por lo que, no precisa ser deducida o interpretada a partir de otro elemento típico del peculado, como sucede en otras legislaciones penales. De aquellas realidades legislativas se deduce, por lo pronto, el deber funcional del sujeto activo en atención a la tutela del bien jurídico protegido. Más adelante desarrollaremos la técnica legislativa hallada en la frase en mención.

**1803.**  
Función  
dogmática

La relación funcional es un elemento típico importante, puesto que cumple, además de la limitación típica del círculo de sujetos activos y objetos materiales, una **función dogmática preparatoria** a la realización de las conductas típicas del peculado. A decir de LUIS ROCA AGAPITO este componente constituye «un elemento informador de toda la regulación de la malversación, contribuyendo a configurar el contenido material del injusto típico como la lesión de la correcta gestión de los fondos públicos»<sup>(323)</sup>. En general, crea el contexto regular en el que se materializará la apropiación o la utilización indebida del peculado. Es el empleado peculador que, a continuación, lo convertirá en irregular al punto de conseguir en su actuación funcional el riesgo prohibido penalmente relevante. La relación funcional nos presenta a un empleado público en una situación lícita de tenencia real y de disponibilidad administrativa que es convertida, más adelante, por la conducta típica. Por consiguiente, sostener la ilicitud de la conducta típica dependerá de la existencia de este presupuesto especial, puesto que, lo contrario, evitaría la configuración del peculado.

**Jurisprudencia:** «La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>



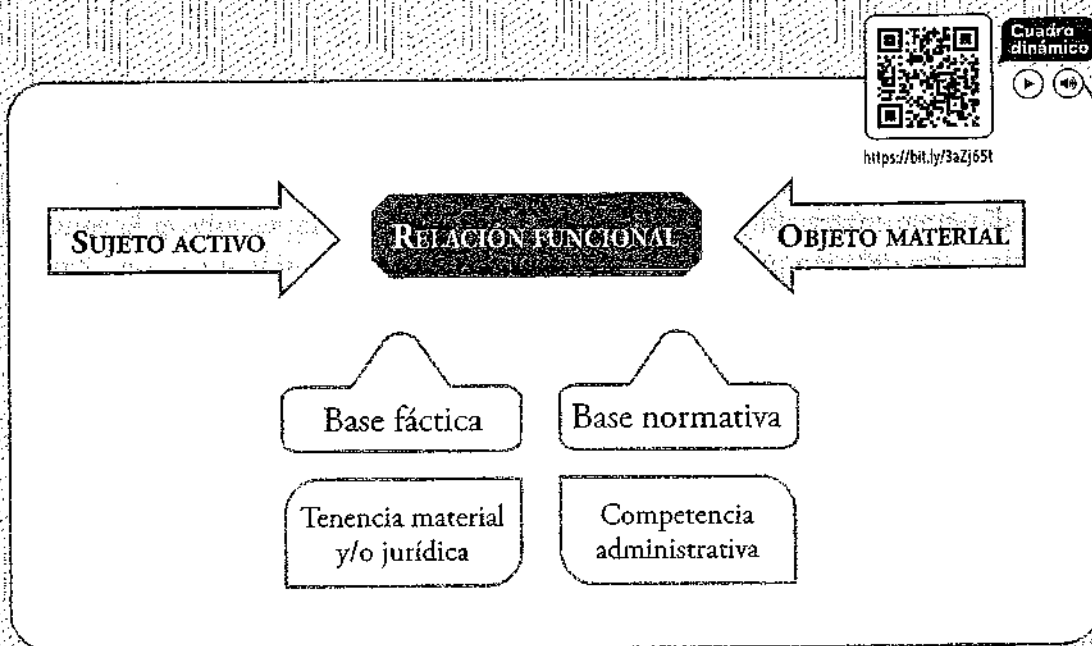
(323) ROCA AGAPITO, 1999, p. 162.



Desde otra perspectiva, no habrá apropiación o utilización delictiva de algo ya apropiado o utilizado ilícitamente. No existe el peculado de bienes obtenidos por actos delictivos previos. No hay razones para sostener la configuración típica del peculado por el peculado o **peculado en cadena**. La apropiación de bienes de procedencia delictiva configura un lavado de activos (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106).

El **momento de la configuración** del presente requisito es *ex ante*. La vinculación funcional entre el sujeto activo y el objeto material es un antecedente imprescindible a la conducta típica, puesto que de ella partirá su realización. Si fuera lo contrario, es decir, que la vinculación funcional fuera producto de la conducta típica o nace como efecto de la misma, no se estará ante el peculado<sup>(324)</sup>, sino ante una posible concusión o un delito patrimonial, tomando en cuenta la presión que pueda ejercer el funcionario contra el titular del bien. Ya hemos resaltado que toda vinculación funcional entre el sujeto activo y el objeto material debe tener un origen lícito y esto no ocurre si lo forma una apropiación o una utilización indebida.

**1804.**  
Momento de la relación funcional



Ahora bien, es importante describir las **bases** que otorgan los elementos del sujeto activo y el objeto material para la formación de la relación funcional. Así, en primer lugar, hay una **base objetiva** de detención entendida, por lo menos, en una disponibilidad jurídica; y, en segundo lugar, hay otra **base normativa** que justifica a la primera y que se deriva del deber funcional. Entiéndase que las bases hacen que la relación funcional se catalogue como un **elemento descriptivo-normativo**<sup>(325)</sup>.

**1805.**  
Bases de la relación funcional

(324) Cf. BERNAL PINZÓN, 1965, p. 21; MOLINA ARRUEBLA, 2000, p. 69.

(325) Cf. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 393; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfao, 2009, p. 514.

lo determina un deber funcional, pero se sostiene de una situación fáctica. Mejor dicho, una relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material requerirá explicarse en torno a estas bases o vínculos materiales y jurídicos<sup>(326)</sup>; no es que tenga simplemente en su poder el bien sin ninguna razón jurídica o no es que tenga la facultad administrativa y no la puede ejercer sin tener el bien. El empleado peculador tiene a su disponibilidad fáctica el bien público y puede ejercerlo jurídicamente por estar autorizado por la Administración Pública.

1806.  
Base  
situacional  
objetiva

Una **primera base formativa** lo es la situación fáctica entre el objeto material y el sujeto activo que ya lo hemos desarrollado en la mínima tenencia o posesión (física o ideal) del funcionario sobre los bienes públicos y cuya admisión no genera ningún debate. Esta base formativa se desprende de la expresión «*de estén confiados*» del artículo 387. Una vinculación funcional debe partir de una realidad estacionaria que es justamente el hecho de esa vinculación entre ambos elementos del tipo, la cual genera la **disponibilidad**, sin importar la existencia, proximidad o cercanía corpórea o la intermediación para su materialización<sup>(327)</sup>. Es asemejable también como el antecedente necesario para la ejecución de las funciones administrativas: sin una tenencia material o jurídica no se puede ejercer la función administrativa sobre el bien público. «No es necesario, que los caudales o efectos públicos los tenga el funcionario de un modo material o directo, sino que es suficiente una disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de disponer de la cosa, aunque sean otros quienes la detentan materialmente»<sup>(328)</sup>. Sobre esta realidad se desenvolverá la función administrativa del bien público; en otras palabras, se parte de una situación objetiva para ejercer las atribuciones funcionariales debidas. En tal sentido, la relación funcional tiene como característica ese **rasgo objetivo** derivado de la disponibilidad situacional del empleado público con el objeto material.

**Jurisprudencias:** «*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*» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 6). <https://bit.ly/3pp2bk5>



<sup>(326)</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, pp. 828-829; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 191; MIR PUIG, 2000, p. 300; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 509; CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2057; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 535; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 72; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 161.

<sup>(327)</sup> Cfr. SAVERIO FORTUNA, 2010, p. 21; PONTI, 2002, p. 36; CREUS, 1981, p. 328; CÁNICO MORENO, 1983, p. 76; BITENCOURT 5, 2019, p. 43; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ-GUZMÁN, 2019, p. 444.

<sup>(328)</sup> ROCA AGAPITO, 1999, p. 153.

«La relación funcional, admite dos interpretaciones: a) El funcionario tiene el control directo de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, como el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en tacto con el bien a efectos de brindar servicios). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien; b) El titular o funcionario de nivel no está en relación directa con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente éstos no están en un determinado territorio que él administra. Sin embargo, posee una disposición jurídica de los bienes, entre ellos, el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva. Utilizan su poder de decisión» (Sentencia del 13 de setiembre de 2016 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 506-2013 Puno, fundamento 12). <https://bit.ly/3ptJ5JG>.



«Si bien se advierte que el acusado obvió una serie de requisitos para la verificación del cumplimiento de las estipulaciones establecidas para la realización del pago total efectuado, en la sentencia impugnada no se ha tenido en cuenta que el mismo —atendiendo a su condición de asistente administrativo de la obra—, no tuvo disposición funcional sobre el dinero que generó el pago realizado, por cuanto, atendiendo a su labor, no le correspondía ello, con lo que queda establecido que no tuvo a su cargo la percepción, administración o custodia del dinero entregado, sino únicamente lo ya mencionado, hecho que no permite configurar el tipo penal imputado al encausado, tanto más, si se advierte que en lo concerniente a la disposición de los caudales en cuestión, existía un área de tesorería y de los encargados de suscribir el cheque emitido a favor del proveedor para su cobro» (Ejecutoria suprema del 22 de abril de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3725-2013 Ayacucho, considerando 5). <https://bit.ly/3DYbLhU>.



«El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública 'por razón de su cargo', es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en posesión [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



«El sujeto activo no solo debe tener la cualidad especial que exige la norma, sino que debe administrar los bienes estatales. Tal posesión implica funciones activas de manejo y conducción, que la doctrina denomina vinculación funcional, lo que comprende tanto relaciones directas con el caudal o efecto como relaciones mediatas, pues sin necesidad de entrar en contacto físico con los bienes el funcionario puede disponer de ellos, en razón de ser el responsable de la unidad administrativa» (Ejecutoria suprema del 4 de octubre de 2018 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2921-2016 Huancavelica, considerando 3). <https://bit.ly/3Ed0cnf>.



«La actuación del procesado en su calidad de alcalde distrital indujo e impulsó a su co sentenciado a manipular de forma maliciosa el sistema de cómputo de la institución agraviada, con la finalidad de beneficiarse con el patrimonio de la entidad edil, apartando de la esfera de dominio de la administración pública, caudales monetarios que debieron ingresar a las cuentas corrientes de la agraviada».



*da; para lo cual utilizó una doble emisión de recibos de pago, acto ilegal en el que participaron una serie de trabajadores ediles que coadyuvaron en la consumación del objetivo ilícito» (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 610-2013 Piura, considerando 7). <https://bit.ly/3Ed0f2p>.*

*«Tal posesión puede ser directa o indirecta, es decir que se encuentre en contacto directo con los caudales y efectos, o aquella en que sin estar en contacto se entiende que se encuentran bajo su ámbito de custodia, bastando para ello que disponga de la facultad de disposición jurídica o disposición funcional» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 51). <https://bit.ly/3GfcdKs>.*



**1807.**  
Tenencia  
legal

De esta característica se determina que la relación entre el sujeto activo y el objeto material debe ser **lícita o regular**, a decir, la disponibilidad material y/o jurídica en el contexto de lo permitido. El dato fáctico del cual parte la relación funcional no está contaminado con componendas de ilegalidad que haga que la tenencia o la posesión sean indebidas y, por lo tanto, no es factible quebrantar deber funcional alguno. Es de tener presente que el sujeto activo se halla en una situación lícita al momento de su detención (material o jurídica)<sup>(329)</sup>. Hablar de un derecho expectante o una libre disponibilidad jurídica del bien a favor de la entidad pública requiere que su subordinado se encuentre en una relación de tenencia o posesión regular.

**Jurisprudencia:** *«Se tiene que la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la Ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como son los reglamentos- ROF. Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud a los deberes o atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente» (Ejecutoria suprema del 24 de febrero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 287-2013 Puno, considerando 4). <https://bit.ly/3C67Pew>.*



**1808.**  
Tenencia  
ilegal

Lo contrario sería cuando el empleado público tiene o posee el bien en forma **ilícita** que no se conecta con la relación funcional requerida<sup>(330)</sup>; por ejemplo, producto del ejercicio de un engaño o fraude<sup>(331)</sup>, lo que configuraría una concusión

<sup>(329)</sup> Cfr. FRAGOSO II, 1986, p. 391; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 282; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; MASSON 3, 2018, p. 564; PIERANGELY 2, 2007, p. 806; JESUS 4, 2013, p. 170; CUNHA, 2019, p. 830; GONÇALVES, 2015, p. 767; ISHIDA, 2015, p. 660; TELLES III, 2004, p. 388; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 262; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 858; MARTIN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 779; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 513; ROJAS VARGAS, 2007, p. 484; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 175.

<sup>(330)</sup> Cfr. RANIERI III, 1972, p. 246; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4058; MARTIN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 780.

<sup>(331)</sup> Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 169; MANZINI 8:III, 1961, p. 146; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110; FRAGOSO II, 1986, p. 392; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 283; COSTA JUNIOR 3, 1992,

(artículo 382, Código Penal) o una estafa (artículo 196, Código Penal); producto de una violencia o amenaza<sup>(332)</sup>, lo que configuraría una concusión; careciendo de las competencias administrativas<sup>(333)</sup>, lo que configura una usurpación de funciones (artículo 361, Código Penal) en concurso con un delito patrimonial; o ejerciendo las funciones en forma arbitraria<sup>(334)</sup>, nos llevaría a un abuso de funciones (artículo 376, Código Penal).

Una **segunda base formativa** de la relación funcional se entiende de una vinculación estrictamente jurídica con motivo al deber funcional del sujeto activo, ya que se menciona como una expectativa institucional de ejercer la tenencia o la posesión de los bienes bajo el contexto de una correcta, imparcial o eficiente administración, custodia o percepción de los mismos. Esta base fundamenta ahora el por qué el sujeto activo debe ejercer la función administrativa sobre el bien público. Se suele también indicar que esa especial relación funcional es siempre una derivación de la función pública que realiza el empleado peculador<sup>(335)</sup>. Por ello, el componente del sujeto activo le otorga a este presupuesto la característica **normativa** o jurídica.

El problema reside en resolver de qué grado de función pública estamos hablando o que tipo de deber funcional determinará el aspecto jurídico de la relación funcional. Ambas inquietudes también permitirán aclarar como se forma la relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material del peculado. En esta base no existe consenso sobre sus alcances. Las variadas teorías trabajadas a nivel doctrinal y jurisprudencial permiten dilucidar, por los menos, dos **planteamientos** concretos: una relación funcional amplia o una relación funcional específica.

Así, quienes optan por una **relación funcional amplia** hacen una descripción extensiva o lata de la formación de la relación funcional sin importar que el ejercicio de la función administrativa sobre la tenencia o la posesión del bien correspondan a atribuciones funcionariales otorgadas por la Administración Pública. Es una **relación subjetiva** que se forma por una situación de hecho derivada quizá por la costumbre

**1809.**  
Base  
fundamen-  
tadora  
normativa

**1810.**  
Plantea-  
mientos  
de la base  
normativa

**1811.**  
Relación  
funcional  
amplia

p. 181; CUNHA, 2019, p. 830; GONÇALVES, 2015, p. 767; ISHIDA, 2015, p. 660; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 858.

<sup>(332)</sup> Cf. RANIERI III, 1972, p. 246; MAGGIORE III, 1955, p. 169; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 110; FRAGOSO II, 1986, p. 392; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 283; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; CUNHA, 2019, p. 830; GONÇALVES, 2015, p. 767; ISHIDA, 2015, p. 660; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 858; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 21.

<sup>(333)</sup> Cf. RANIERI III, 1972, p. 246; MANZINI 8.III, 1961, p. 151; MORALES GARCÍA, 1999, p. 202; TERRAGNI III II, 2012, p. 483; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 657; GHERSI en Arce Aggeol/Báez 3, 2013, p. 1233; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 513; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 175.

<sup>(334)</sup> Cf. MANZINI 8.III, 1961, p. 149; RANIERI III, 1972, p. 246; MAGGIORE III, 1955, p. 171; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 21.

<sup>(335)</sup> Cf. POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 493; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 393.

o la práctica administrativa no reglada<sup>(336)</sup> o por la confianza habida al receptor por su mera condición de funcionario. El punto máximo de relevancia penal estaría en la forma inesperada, accidental u ocasional con que el empleado público accede al bien. Mientras se encuentre en el ejercicio de sus funciones y acceda materialmente al bien, tenga o no atribuciones para ello, existirá la relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material. Si bien, la recepción de los caudales y los efectos la hace un empleado público, es ajena a la esfera de sus atribuciones y responde a cualquier otro motivo que no sea el de la competencia<sup>(337)</sup>.

1812.  
Deber genérico y/o entrega facultativa

Desde la óptica del sujeto activo se aduce la prevalencia de un **deber genérico de respeto o fidelidad** a todo empleado público sobre la Administración Pública y su patrimonio<sup>(338)</sup> (el motivo de la relación funcional!), por lo que la competencia administrativa sería un formalismo que no debería condicionar el acatamiento al deber genérico mencionado. Desde la perspectiva del objeto material, se podría indicar que se trata de una **entrega facultativa del bien público**, es decir, sin que exista una prescripción administrativa de su entrega obligatoria<sup>(339)</sup>. Se objeta que no pueden los formalismos administrativos limitar una situación inevitable (la real tenencia de los bienes) y lo que prevalece es la disponibilidad fáctica del dependiente. En todo caso, lo importante reside en la confianza que se tiene en todo empleado en relación con los bienes públicos; se diría que hay una base subjetiva que respalda a la entidad pública para con sus subordinados.

1813.  
Observaciones al planteamiento

El peculado sería entonces una especie de **abuso de confianza** y queda anulada su *ratio legis* de su gravedad como delito funcional. Asimismo, esta expansión de contactos no razonados de bienes implicaría solo atender las condiciones públicas del sujeto activo y el objeto material, quedando relegado otras como, por ejemplo, la forma ilegal de recepción de los bienes<sup>(340)</sup> o la usurpación o el abuso de funciones cometida por otro funcionario. En realidad, con la tesis amplia ya no tendría sentido analizar la relación funcional como un presupuesto típico del peculado, puesto que no cumple ningún papel dogmático en el tipo penal. Además, se llegaría a la ilogicidad de la equiparación punitiva, debido a que «tienen el mismo disvalor la apropiación de los caudales perpetrada por cualquier funcionario, que la cometida por aquel funcionario que tuviese con dichos caudales un especial deber de custodia»<sup>(341)</sup>.

(336) Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, p. 317.

(337) Vid. MIR PUIG, 2000, p. 297; CRESPO BARQUERO en Seirano Butragueño, 1999, p. 1719; GARROCHO SALCEDO en Eunoμία n.º 6, 2014, p. 271; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 110; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 21; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 32.

(338) Vid. SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2082.

(339) Cf. CREUS, 1981, p. 330.

(340) Cf. VIZUETA FERNÁNDEZ en Lactuz López/Melendo Pardo, 2013, p. 264; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Baraitza, 1999, p. 192. Vid. LÓPEZ BARRA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4058.

(341) ROCA AGARITO, 1999, p. 162.

En las legislaciones penales, la relación funcional amplia se describe con la frase «con ocasión al cargo» o «en consideración a las funciones» y constituye una fórmula laxa que comprende todas las formas de accesibilidad material sin repararse a verificar la existencia o no de la competencia, por lo que se podría decir que se da importancia a la vinculación material antes que la vinculación jurídica. Por ello, algunas legislaciones optan por esa salida de cobertura máxima a peculadores que tengan o no competencia administrativa. Así se observa, por ejemplo, en el modelo del artículo XI.1.b de la Convención Interamericana contra la Corrupción con la frase «en razón o con ocasión de la función desempeñada» y en el artículo 397 del Código Penal colombiano<sup>(342)</sup> con la expresión «por razón o con ocasión de sus funciones»<sup>(343)</sup>.

1814.  
En la legislación

Entre los penalistas españoles<sup>(344)</sup>, SERGI CARDENAL MONTRAVETA indica que «no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder el patrimonio público por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito. Basta que llegue a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice como integrante del órgano público; lo decisivo es la facultad decisoria jurídica o la detentación material del patrimonio público, que permitan su disponibilidad material»<sup>(345)</sup>. Esta postura amplia ha tenido mayor desarrollo en la jurisprudencia española<sup>(346)</sup>.

1815.  
En la doctrina

Los que siguen la postura de una **relación funcional específica** parten de una descripción estricta, esto es, circunscriben la formación de la relación funcional entre el sujeto activo y objeto material del peculado en la previa atribución funcional que le otorga la Administración Pública a su empleado sobre las funciones que pueda ejercer en la tenencia de los bienes públicos. No es suficiente que cualquier funcionario haya tenido contacto o tenencia del bien público si es que no se encontraba entre sus funciones la de poder hacerlo. No hay ningún componente subjetivo (*v. gr.*, confianza o fe) en el que se respalde el correcto empleo de los bienes públicos, sino una base objetiva establecida en la **competencia administrativa**; por eso, es mejor una **relación objetiva** entre el sujeto activo y el objeto material.

1816.  
Relación funcional específica

<sup>(342)</sup> Ya incorporada en el artículo 133 del Código Penal de 1980, con la modificatoria indicada en el artículo 19 de la Ley n.º 190 de 1995.

<sup>(343)</sup> También lo acoge el artículo 325 del Código Penal salvadoreño («en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho») y el artículo 370 del Código Penal hondureño («le haya sido confiada por razón de su cargo o que sin habérsele confiado interviene en dichos actos por cualquier causa»).

<sup>(344)</sup> Así también: CARDONA TORRES, 2010, p. 516.

<sup>(345)</sup> CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 700.

<sup>(346)</sup> Vid. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 62; MUÑOZ CONDE, 2015, pp. 889-890; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 727; SANZ MÚLAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2082; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 264; QUINTANO RUIROLLES II, 1958, p. 186.

1817.

Deber  
específico  
y/o entre-  
ga obliga-  
toria

La autorización administrativa para vincularse al bien público se deriva de su propio **deber funcional específico** y esto se corresponde con las atribuciones normativas previamente establecidas, lo cual nos lleva a determinar si el empleado peculador tenía o no competencia administrativa. En tal sentido, el bien público estaba destinado administrativamente al funcionario responsable. Desde la perspectiva del objeto material, se suele asemejarlo con una **entrega obligatoria** del bien público, esto es, conducible por lo delimitado normativamente en la esfera de competencia para las funciones de administración, percepción o custodia<sup>(347)</sup>. La pertenencia del bien público no obedece a la voluntad exclusiva de la persona, sino a la prescripción normativa de la necesidad de la misma a los fines administrativos; por consiguiente, más que una entrega voluntaria, es una tenencia (material o jurídica) preestablecida por la norma (una entrega obligatoria)<sup>(348)</sup>.

1818.

Relación  
causa-  
efecto

Se ha interpretado también que la exigencia de la competencia administrativa se explica en una relación (directa) de causa y efecto<sup>(349)</sup>, en el sentido que quien tiene la atribución o competencia específica de la función administrativa solo puede detentar o poseer legalmente (material o jurídica) el bien público. Se podría decir también en una **relación de dependencia inmediata**<sup>(350)</sup>. Entonces, decae la detención legal de objeto material si no tiene el cargo administrativo para hacerlo. «Las formas actuales de la delincuencia no miran hacia los bienes en sí, sino que atienden a la conducta del funcionario a quien aquéllos han sido encargados. O sea, presuponen la tenencia de los bienes por parte de los funcionarios. Tenencia que han obtenido, no sobre la base de una situación de confianza sino, precisamente en razón de su función»<sup>(351)</sup>.

1819.

Competen-  
cia admi-  
nistrativa

De esta postura específica es la que se basa nuestro estudio y se corresponde con la descripción acuñada en el artículo 387, lo que nos lleva a afirmar que la relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material del peculado lo determina la **competencia funcional específica** previamente establecida por la norma administrativa. Esa competencia es la que señalará las atribuciones que ostenta el empleado público en torno a la disposición que se pueda realizar de los bienes públicos. Quienes carecen de dicha competencia, aunque sean funcionarios, no podrán incurrir en el peculado por la ausencia del presupuesto previo. Las funciones administrativas del empleado peculador deben coincidir

(347) *Cfr.* CREUS, 1981, p. 330; CAROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1214.

(348) *Cfr.* CREUS, 1981, pp. 329-330; CARRERA, 1968, p. 121.

(349) Así: RANIERI III, 1972, p. 246; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 282; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; JESUS 4, 2013, p. 170; BITENCOURT 5, 2019, pp. 43-44; GRECO 3, 2017, p. 699; PRADO 3, 2019, p. 309; MASSON 3, 2018, p. 565; COELHO, 2019, p. 1246; SALINAS SIOCHA, 2016, p. 375.

(350) *Cfr.* MAGGIORE III, 1955, p. 170; ANTOLISEI II, 1960, p. 633.

(351) CARRERA, 1968, pp. 104-105.



con las que originaron su relación material para con los bienes públicos. Entonces, los que tengan disponibilidad de los bienes públicos con ocasión o por circunstancia ajena a la competencia (no forma parte de su cargo o función) y ejecutan la apropiación o la utilización indebida, incurrir en un delito patrimonial (p. gr., apropiación ilícita, hurto)<sup>(352)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«Los encausados, si bien tenían cargos funcionales en el hospital estatal, se limitaron a cumplir y dar trámite a la resolución ejecutiva regional que autorizaba el pago de persona y obligaciones. Ello en modo alguno determina la existencia de competencia funcional, pues esta no se limita a la existencia de un cargo dentro de una entidad agraviada, sino que, bajo dicho cargo, los agentes deben tener poder de vigilancia y control sobre los caudales o bienes pertenecientes al Estado. Sobre esa base es que los jueces de la investigación preparatoria y Sala de Apelaciones, consideraron que el sujeto activo es el único que puede violar un deber específico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. En este caso el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas constituye una función genérica. La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo con función específica. Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia —directa o funcional— la percepción, custodia o administración de cosas —caudales o efectos—, de lo contrario, también serían responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región»* (Sentencia del 4 de noviembre de 2016 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 160-2014 Del Santa, fundamentos 8-10). <https://bit.ly/3b2euKU>.



*«Constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Esto significa que al momento de la comisión del delito tiene que existir una vinculación jurídica entre el agente y los caudales o efectos, por razón de los deberes o atribuciones de su cargo»* (Sentencia del 21 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, Casación n.º 131-2016 Callao, fundamento 22). <https://bit.ly/3C8R6qK>.



*«Se está ante un delito cometido en el seno del Ejército, que como toda actividad compleja organizada o estructurada jerárquicamente organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división de trabajo —con la nota propia de una gran rigidez y formalismo en una institución donde la disciplina y jerarquía son esenciales y máximos referentes de su funcionamiento interno—, de*



(352) Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 171; MANZINI 8.III, 1961, p. 146; CAIROLI-MARTÍNEZ II, 2018, p. 1214; GRECO 3, 2017, p. 699; CUNHA, 2019, p. 833; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 393; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 493; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 238; LABATUT GLENA II, 1983, p. 79; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 444; FEBRES CORDERO, 1966, p. 167; CHIOSSONE, 1972, p. 521; ROJAS VARGAS, 2007, p. 485; MBINI MÉNDEZ, 2007, p. 28.

suerte que el punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros —el Estado, el patrimonio público y la correcta gestión del mismo desde los intereses generales— es la noción de competencia. En efecto, es el círculo de deberes concretamente asumido por un sujeto el que determina la existencia o no de responsabilidad» (Ejecutoria suprema de 29 de abril de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2124-2018 Lima, considerando 14). <https://bit.ly/3b0m8oT>.

«Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre otros)» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



«Es determinante la devencación material como la jurídica, siempre que sea por razón de sus funciones —función y competencia específicas: los fondos ha de tenerlos bajo su custodia o a su disposición para gestionarlos—» (Ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 546-2012 Lima, considerando 26). <https://bit.ly/3GniPGW>.



1820.  
En la legislación

En la legislación se acoge esta postura con la expresión «en razón del cargo» o «por razón de sus funciones» (*rationae officii*). La referencia de la razón del cargo se entendería en torno a la competencia administrativa. Es una opción legislativa acorde con las atribuciones propias del empleado público y que la mayor parte de los códigos penales utilizan en sus fórmulas de peculado. Por ejemplo, así se aprecia en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al mencionar la misma con la frase «en virtud de su cargo». Lo mismo advertiremos en el artículo 314 del Código Penal italiano («por razón de su oficio o servicio»), artículo 432-15 del Código Penal francés («les haya entregado en razón de sus funciones o de su misión») y el artículo 261 del Código Penal argentino («le haya sido confiada por razón de su cargo»)<sup>(353)</sup>. En nuestra legislación siempre se ha optado por la utilización de la frase restringida («por razón de su cargo») de la vinculación funcional.

(353) Otros modelos legislativos que siguen esta tesis restrictiva: artículo 153 del Código Penal uruguayo («por razón de su cargo»), artículo 312 del Código Penal brasileño («en razón de su cargo»), artículo 233 del Código Penal chileno («teniendo a su cargo»), artículo 142 del Código Penal boliviano («se hallare encargado»), artículo 195 del Código Penal venezolano («en virtud de sus funciones»), artículo 278 del Código Penal ecuatoriano («en virtud o razón de su cargo»), artículo 361 del Código Penal costarricense («en razón de su cargo»), artículo 445 del Código Penal guatemalteco («por razón de sus funciones»), artículo 451 del Código Penal nicaraguense («por razón de su cargo en funciones en la administración pública») y artículo 338 del Código Penal panameño («por razón de su cargo»); artículo 336 del Código Penal cubano («por razón del cargo»).

Es la postura de mayor aceptación<sup>(354)</sup>. Entre los autores italianos que la siguen<sup>(355)</sup>, se encuentra SILVIO RANIERI quien señaló que «la posesión, pues, debe ser a causa del cargo o del servicio, por la existencia de una relación objetiva suya con el cargo o el servicio, de modo que pueda decirse que poseer el dinero u otra cosa mueble, por parte del funcionario público o de encargado del servicio público, es asunto que pertenece a las funciones de su cargo o a las tareas de su servicio, y que, por esto, tienen la competencia, por lo menos genérica, de poseer»<sup>(356)</sup>. Asimismo, GIUSEPPE MAGGIORE considera que «la razón de cargo o de servicio ha de ser una relación objetiva, existente entre la posesión y el cargo, y no una simple relación de confianza subjetiva»<sup>(357)</sup>. También es de mencionar a ANTONIO PAGLIARO que sostiene que «la determinación legislativa que el sujeto posea la cosa por razón del cargo o el servicio indica una dependencia funcional de la posesión en el ejercicio de la función pública o de la prestación del servicio público: dependencia, la cual no se expresa, sin embargo, del término 'ocasión', que indica una genérica concomitancia, o a lo sumo, una relación de facilitación entre la prestación pública y la asunción al poder de la cosa»<sup>(358)</sup>.

Críticos a la jurisprudencia, entre los penalistas españoles<sup>(359)</sup>, XABIER ETXEBARRÍA ZARRABETIA señala que «la interpretación amplia puede llevar a la desnaturalización del delito (...). Con la malversación de caudales no se pretende incriminar

1821.  
En la  
doctrina

<sup>(354)</sup> En Brasil: FRAGOSO II, 1986, p. 391; PIERANGELI 2, 2007, p. 806; GALVÃO, 2015, p. 47; GRECO 3, 2017, p. 699; BITENCOURT 5, 2019, p. 44; PRADO 3, 2019, p. 309; MASSON 3, 2018, p. 565; CUNHA, 2019, p. 830; GONÇALVES, 2015, p. 767; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 858; PAGLIUCA, 2010, p. 187; SILVA, 1973, p. 419. En Uruguay: BAYARDO BENGIOA IVI, 1979, p. 138; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1214; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 111. En Colombia: CANCINO MORENO, 1983, pp. 98 y ss.; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 23; RUBIO ÁNGULO, 1985, pp. 88-89; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 160; ABELLO GUAI en Revista de Derecho Público n.º 35, 2015, p. 22; FRANCO, 1987, p. 81. En Chile: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 394; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 444; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 513; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 646; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 198; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 444. En Venezuela: FEBRÉS CORDERO, 1966, p. 166; CHIOSSONE, 1972, p. 521.

<sup>(355)</sup> Así también: ROMANO, 2006, p. 28; MANZINI 8.III, 1961, p. 146; CARCANO, 2010, p. 118; GAMBARELLA en Lattanzi/Lupo VII.II, 2010, p. 13.

<sup>(356)</sup> RANIERI III, 1975, p. 246.

<sup>(357)</sup> MAGGIORE III, 1955, p. 171.

<sup>(358)</sup> PAGLIARO I, 2008, p. 80.

<sup>(359)</sup> Así también: MORALES GARCÍA, 1999, p. 196; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 726; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, pp. 828-829; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourillo, 2000, p. 1152; CATALÁN SENDER, 1999, p. 262; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1690; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4058; GARROCHO SALCEDO en Eunomia n.º 6, 2014, p. 271; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2082; MIR PUIG, 2000, p. 300; ORTIZ DE URBINA GIMENO en Silva Sánchez, 2006, p. 317; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 264; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 729; CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1719; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 451; QUERRALT, 2008, pp. 781; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1995, p. 1184; BLANCO LOZANO II.2, 2005, p. 520; GIMENO LAHÓZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 110; CUELLO

la infracción de genéricos deberes de fidelidad en la custodia del patrimonio, sino la vulneración de específicos deberes —lo que nos permite distinguir esta figura de la estafa con abuso de oficio en que no hay una competencia específica— por razón de su competencia directa respecto al manejo o custodia de los caudales públicos»<sup>(360)</sup>. LUIS ROCA AGAPITO indica que «si el funcionario sustrae o usa indebidamente caudales públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones, dicha conducta deviene relevante para el Derecho Penal no solo por su ataque al patrimonio, sino también por el quebrantamiento de las obligaciones de custodia, conservación y gestión que sobre él recaen»<sup>(361)</sup>.

Entre los penalistas argentinos<sup>(362)</sup>, CARLOS CREUS señala que «el funcionario incompetente para realizar esas funciones no puede ingresar en el círculo del peculado (solo podría cometer delito contra la propiedad), aunque los bienes le hayan sido confiados porque es funcionario, por cuanto el peculado es una especial violación de los deberes del cargo y únicamente se puede dar cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel»<sup>(363)</sup>. Asimismo, DANIEL P. CARRERA sostiene que «solo cuando la entrega queda comprendida en la competencia propia del cargo concurre esa especial violación del deber del cargo que la ley acrimina en el peculado. En conclusión, la 'razón del cargo' exige que la entrega de bienes se funde en normas delimitadoras de la competencia funcional del agente, de manera que constituya una relación claramente objetiva, y no una subjetiva de sola confianza»<sup>(364)</sup>. Para JORGE E. BOUMPADRE «la entrega de los bienes se relaciona con el funcionario, no porque reúne tal condición o cualidad funcional, sino porque las leyes le otorgan una competencia que le permite, y al mismo tiempo le obliga, a administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos»<sup>(365)</sup>.

Entre los penalistas peruanos<sup>(366)</sup>, MANUEL ABANTO VÁSQUEZ se inclina por la postura estricta y considera que «la delimitación estricta del sujeto activo se deriva de una interpretación correcta en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de

CALÓN II.I, 1980, p. 453; PUIG PEÑA III, 1955, p. 353; DE VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 297; VIADA Y VILASECA, 1874, p. 556.

<sup>(360)</sup> ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asúa Batartita, 1999, p. 192.

<sup>(361)</sup> ROCA AGAPITO, 1999, p. 161.

<sup>(362)</sup> Así tab.: NÚÑEZ, 2008, p. 462; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; ABOSO, 2018, p. 1396; LAJE ANAYA III, 1981, p. 123; TAZZA III, 2018, p. 264; TERRAGNI III.II, 2012, p. 486; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; PARMA/MANGIÁFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 644.

<sup>(363)</sup> CREUS, 1981, p. 330.

<sup>(364)</sup> CARRERA, 1968, pp. 121-122.

<sup>(365)</sup> BOUMPADRE III, 2003, p. 256.

<sup>(366)</sup> Así tab.: PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 176; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 399; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 262; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 108; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 552; CÁCERES JULCA, 2012, pp. 44-45;

la Administración Pública). El bien jurídico solo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados»<sup>(367)</sup>. Por su parte, FIDEL ROJAS VARGAS sostiene que «la competencia por razón del cargo para poseer caudales o efectos, constituye a su vez el componente normativo principal de la vinculación funcional requerido por el tipo penal, lo cual permite considerar que encargos o delegaciones temporales no son suficientes para configurar tal componente. La posesión de caudales o efectos, su disposición oficial o su simple custodia se tornan así una función específica del funcionario o servidor público, una manifestación inherente al marco de sus competencias»<sup>(368)</sup>.

Para una mejor profundización de los alcances de una relación funcional estricta es menester desarrollar las competencias administrativas específicas de las funciones de administración, percepción y/o custodia, ya sean exclusivas o no. «Por mandato constitucional cada empleado oficial debe tener una función fundamental, clara, dentro de su respectivo ámbito, en forma tal que si bien es cierto que no puede establecer una tabla absolutamente detallada de lo que debe hacer, por lo menos sí debe existir claridad tal que permita identificar su función dentro de la administración»<sup>(369)</sup>. Sobre las **competencias de atribuciones exclusivas** no cabe discusión que estas corresponden a la condición especializada del empleado público que lo presenta como el directo ejecutor del peculado. Las competencias exclusivas determinan a los empleados peculadores ejecutores inmediatos.

Pero no se niega la posibilidad de imputar a los funcionarios que tengan entre sus atribuciones además las de administrar, percibir y/o custodiar, ya sea en forma ejecutiva u otra relacionada con estas (*v. gr.*, supervisión, aprobación, control). Se podría decir que en el ámbito competencial de los funcionarios hay entre sus funciones las que se corresponden con la vinculación funcional con el objeto material conforme al grado de intervención relevante<sup>(370)</sup>. Es una **competencia conglobante a atribuciones específicas**. Con ello, no solo se imputa el título de peculador a quien se limite a la administración, la custodia o la percepción de los bienes públicos, sino también a quien ordene, controle o dirija dicha función pública.

1822.  
Competencias exclusivas

1823.  
Competencia conglobante a atribuciones específicas

SALINAS SICCHA, 2016, p. 375; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 505; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 199; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 333; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 68; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 478; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 28; MONTES FLORES en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 3, 2009, p. 144; AMORETTI PACHAS en *Jus Doctrina & Práctica* n.º 3, 2009, p. 76; SAAVEDRA MONTELLANOS en *Actualidad Penal* n.º 27, 2016, p. 201.

<sup>(367)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 338.

<sup>(368)</sup> ROJAS VARGAS, 2007, p. 486.

<sup>(369)</sup> CASCINO MORENO, 1983, p. 100.

<sup>(370)</sup> *Vid.* RANIERI III, 1972, p. 246; MAGGIORE III, 1955, pp. 171; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 111; FRAGOSO II, 1986, p. 391; PIERANGELI 2, 2007, p. 806; NUCCI 3, 2019, p. 479; SILVA en *Queiroz* 2, 2013, p. 858; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 199.

**Jurisprudencias:** *«El alcalde, en principio, como máxima autoridad de la Municipalidad, tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos —existencia de una relación funcional sobre ellos—. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo. En el presente caso, el conjunto de obras realizadas y cuestionadas, vulnerando las regulaciones de la materia que comprometían el presupuesto de la municipalidad, por su dimensión e importancia no podían realizarse —en términos de definición, gestión financiera y pagos— sin su necesaria intervención como máxima autoridad edil»* (Ejecutoria suprema del 26 de setiembre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 1940-2017 Áncash, considerando 6). <https://bit.ly/2ZfE4tA>.



*«Si la vigilancia así dispuesta era suficiente o no, labor que obviamente ya no le competía directamente al encausado, quien como titular de la entidad edil se encargaba de la gestión política y administrativa general; en todo caso, los responsables de las áreas (entre ellas la de abastecimiento) de considerar alguna omisión o falencia en la labor de vigilancia, debieron cursar la comunicación, requerimiento o solicitud correspondiente a fin de salvaguardar la seguridad de los bienes de la citada entidad; en el presente caso, no se advierte que ello haya sido así, por lo que debe concluirse que estos consideraban que las medidas adoptadas eran suficientes, por tanto, no existió inacción y/o negligencia de parte del encausado; distinto sería el criterio si previamente hubieran existido informes o documentación que pusiera en conocimiento en el momento oportuno al titular de la entidad edil de alguna situación de vulnerabilidad en la seguridad edil; en consecuencia, no se verifica la comisión del delito imputado»* (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 765-2014 Pasco, considerando 7). <https://bit.ly/3Gfkj5O>.



*«Al ser analizada bajo el filtro de la imputación objetiva —análisis del tipo objetivo del delito de peculado— no cumple con uno de los presupuestos que exige el tipo penal atribuido, esto es, la vinculación funcional ‘por razón de su cargo’ para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN —fondos de régimen especial—, pues dentro de sus competencias como Ex presidente de la República y de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad correspondiente —SIN—, el recurrente no tuvo posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN —no lo vincula una posición de garante específico—, más aún, si desconocía del plan paralelo para su campaña realizada por MT, ni tuvo contacto con los editores de los denominados ‘Diarios Chica’»* (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



*«El delito de peculado requiere en el sujeto activo que se trate de un funcionario público con competencia funcional específica que disponga de los caudales públicos —según los cargos, dinero estatal— como si formaran parte de su propio patrimonio; dinero que tenía bajo su dominio debido a sus funciones, y que además genere un perjuicio a la Administración, lo que obviamente se da siempre con la separación del dinero a la esfera de la Administración Pública. Los presidentes del INPE y demás titulares de esa entidad eran además directivos del Proyecto. Por tanto, a*



*ellos les correspondía cuidar de la debida designación de los consultores y que no se vulnera la legalidad presupuestal, prohibición de doble pago. Estaba a su cargo la administración de los caudales públicos aplicados a ese Proyecto y, por ende, bajo su dominio funcional. Al promover o aceptar en su caso y aprobar o tolerar los pagos respectivos, dispusieron de los dineros indebidamente aplicados como si fueran propios —ellos firmaban los contratos a los funcionarios del INPE para vincularlos al Fondo Gerencial al Sector Público—» (Ejecutoria suprema del 20 de julio de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3496-2014 Lima, fundamento 6). <https://bit.ly/3b4sdAS>.*

Ahora, definido el contenido de la relación funcional normativa (estricta) se procede a resolver cuál es el antecedente o la **fente** que indica la competencia administrativa del empleado público de las atribuciones de administrar, percibir o custodiar el bien público. Es necesario subrayar que las competencias que determinan la relación funcional no son sino parámetros objetivos. De plano se descarta la mera voluntad de terceras personas<sup>(371)</sup> que se compatibiliza más con las tenencias ocasionales de los bienes públicos. Las encontramos, más bien, en las **normas administrativas** (leyes o reglamentos) principalmente; pero nada impide que también se ubique en las **órdenes administrativas** de los superiores (transferencias, promociones y delegaciones), siempre y cuando tenga la facultad para habilitar a estos a la gestión de los bienes<sup>(372)</sup>. Lo mismo podría advertirse de las **resoluciones judiciales** que disponen la administración temporal de bienes públicos en el desarrollo de un proceso jurisdiccional<sup>(373)</sup>.

En estos dos últimos casos podría decirse que, en algunas situaciones, las órdenes administrativas o jurisdiccionales revalidan a los que detentan los bienes públicos con ocasión a sus funciones (en forma accidental o esporádica); sin embargo, lo que se busca con estas es que todo empleado público no puede dejar de cumplir las funciones administrativas con las atribuciones oficiales, ya sea que se otorguen antes, durante o después del ejercicio de las mismas<sup>(374)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«La fuente de atribución de dicha posición o facultad funcional puede emanar también de una orden administrativa o a través de una disposición verbal, por las que se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o*



**1824.**  
Fuente de la competencia específica

(371) Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 353.

(372) Cfr. RANIERI III, 1972, p. 246; MANZINI 8.III, 1961, p. 147; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1689; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 326; PARRA GUTIERREZ, 1997, p. 114; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 493; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 444; RUBIO ANGULO, 1985, p. 89; REAÑO PESCHIERA, 2004, p. 35; ROJAS VARGAS, 2007, p. 487; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 478.

(373) Vid. MANZINI 8.III, 1961, pp. 146-147; CARRERA, 1968, p. 122.

(374) Vid. ABELLO GUAL en Revista de Derecho Público n.º 35, 2015, p. 22.

*custodia sobre bienes públicos, al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no posea; es decir, posibilidad de la delegación o transferencia del deber de garante que se tiene como fuente el deber asignado por su competencia institucional» (Sentencia del 11 de diciembre de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 442-2017 Ica, fundamento 26). <https://bit.ly/3ppdt7X>.*

*«El peculado es un delito de infracción del deber del funcionario o servidor público (deberes positivos). En ese sentido, ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcional se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera» (Sentencia del 21 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, Casación n.º 131-2016 Callao, fundamento 22). <https://bit.ly/3C8R6qK>.*



*«En el supuesto de funcionarios que no tienen facultad directa u originaria de administrar, percibir o custodiar caudales o efectos públicos y en dicho ámbito se apropian de caudales o efectos del Estado, la posesión previamente asumida se legitima por una orden o un mandato legítimo emanado del funcionario competente; que, siendo así, en el caso sub-examine la encausada recibió dinero de los deudores de la Beneficencia Pública de Tumbes por orden del Presidente y titular de dicha institución, por lo que se legitima su inicial posesión y por ende incurre en el delito acusado» (Ejecutoria suprema del 9 de febrero de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3278-2004 Tumbes, considerando 3). <https://bit.ly/3nmPnVD>.*



No califican como fuente de la competencia la **costumbre** y la *praxis* administrativa si no tiene reconocimiento legal<sup>(375)</sup>. En el caso de la delegación de responsabilidades patrimonialistas vía **contratos** es perfectamente admisible<sup>(376)</sup> en la medida que la norma administrativa habilite la recurrencia a terceros para el ejercicio de la administración, percepción o custodia, convirtiéndose estos en funcionarios excepcionales.

1825.  
Delegación  
adminis-  
trativa

Obsérvese entonces que la **delegación de funciones administrativas** traería también la problemática de la persistencia o no de la responsabilidad penal del funcionario delegante. Aquí entraría a colación tres cuestiones necesarias de verificación para que el funcionario delegante alegue **principio de confianza** al carecer del control de los riesgos que traería consigo las funciones de administración, percepción o custodia de los bienes públicos por parte de los funcionarios

(375) Cfr. RANIERI III, 1972, p. 246; MORALES GARCÍA, 1999, p. 201; CARRERA, 1968, p. 123; CREUS, 1981, p. 330; DAYENOFF, 1998, p. 671; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 513. Admiten la costumbre: MANZINI 8, III, 1961, p. 148; MAGGIORE III, 1955, p. 171; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 111; FRAGOSO II, 1986, p. 391; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 282; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 180; PIERANGELI 2, 2007, p. 806.

(376) Cfr. MANZINI 8, III, 1961, p. 148; MORALES GARCÍA, 1999, p. 201; CARRERA, 1968, p. 124; RUBIÓ ANGULO, 1985, p. 89; PABÓN PARRA, 1995, p. 322.



delegados<sup>(377)</sup>. Importante saber si la delegación estaba autorizada por la norma administrativa, si se cumplió en hacerlo en sus conductos procedimentales y la ausencia del control o la supervisión de las actuaciones del funcionario delegado. Con ello, en el ámbito de la división de trabajo, el funcionario desvinculado espera que el funcionario delegante se limite al cumplimiento de su deber específico de administración y correcta gestión de los fondos públicos.

**Jurisprudencias:** *«Que, de la compulsa de los medios de prueba no se ha acreditado que los encausados hayan actuado no conforme a derecho, es decir, si bien causalmente participaron en el procedimiento de adquisición del reactivo químico RPR - Nosticon Organon X quinientos Test, esto es, consignando sus firmas en los documentos de orden de inicio de compra y en el cheque para el pago respectivo, sin embargo, sus conductas fueron realizadas dentro de su rol, porque conforme a lo establecido en el artículo 42 del reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial de Huánuco - 2001, la función realizada por el encausado sólo se limitaba a la conducta de iniciar formalmente el procedimiento administrativo de adquisición del bien que se requería en aquella oportunidad, empero la función de verificar si se producía el pago por aquella compra o si el producto había sido entregado al almacén del Municipio no le correspondía como función propia. La misma situación se presenta respecto del encausado —puesto que en su condición de Jefe de la Oficina de Administración— no debía verificar la entrega del bien para firmar el cheque, esto, porque la modalidad de pago era a contraentrega, siendo competente de dicha verificación el Jefe de la Unidad de Tesorería y Recaudación de la Municipalidad agraviada, conforme al artículo treinta y seis del reglamento municipal citado, y al organigrama de dicha institución (...). Que, en ese sentido, observamos que los encausados actuaron en virtud del principio de confianza, filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la Sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la Sociedad, que, los encausados se limitaron a desarrollar sus funciones conforme a los parámetros de su rol, autorizando el pago de los servicios adquiridos, recepcionando previamente los informes remitidos por los otros funcionarios, frente a los cuales se tenía una presunción de veracidad y confianza, en consecuencia, no se les puede imputar objetivamente el delito de peculado, más aún, si no se ha acreditado que aquéllos tuvieron conocimiento de las irregularidades advertidas» (Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4631-2008 Huánuco, considerando 5). <https://bit.ly/30SknZb>.*



*«No se ha llegado a verificar el elemento subjetivo de tipo, es decir, el dolo; por lo que no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado [quien tenía la facultad de administración de dicho fondo según la directiva respectiva] eran*



(377) Vid. REAÑO PESCHIERA, 2004, pp. 35-36.

*indebidos, más aun si como jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago» (Sentencia del 11 de julio de 21017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 27). <https://bit.ly/3m3MUD4>.*

*«En el caso de la acusada no se puede justificar su accionar amparándose en el principio de confianza, pues por el cargo que desempeñaba —tesorera— se encontraba en una posición de garante que hacía que exista celo y debido cuidado necesariamente en las funciones realizadas frente al actuar de los demás coacusados, pues por el cargo que representaban se encontraban obligados a custodiar la debida administración pública encomendada» (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 838-2018 Ancash, considerando 4.10). <https://bit.ly/3m38mZ4>.*



*«No se ha acreditado una infracción del deber, puesto que, en aplicación del principio de confianza, se tiene que los procesados tenían a su cargo a personal, los cuales les proporcionaron información de la que ellos no podían desconfiar, siendo que tampoco se encontraban en la capacidad de advertir las omisiones por parte del personal subordinado» (Ejecutoria suprema del 9 de febrero de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4212-2009 Amazonas, considerando 8). <https://bit.ly/3B7Vjd9>.*



**1826.**  
Nulidades de designaciones o delegaciones administrativas

Las **nulidades relativas** posteriores a la ejecución administrativa de las delegaciones o designaciones no invalidan los actos delictivos, puesto que estos se realizaron por amparo administrativo delegativo; en cambio, esto no ocurre si las nulidades fueron puestas en conocimiento al empleado público antes de la realización de las funciones concedidas. Esto no podría decirse de las **nulidades absolutas** que son manifiestamente antijurídicas y que invalidan toda delegación o nombramiento, afectando también el presupuesto de la relación funcional<sup>(378)</sup>.

**1827.**  
Tipo de funciones públicas

Sobre el **tipo de funciones públicas** que ejerce el empleado público en la tenencia de los caudales o efectos, el artículo 387 precisa a la administración, la percepción y la custodia<sup>(379)</sup>. Cualquiera de ellas, integrante de las atribuciones del empleado peculador, es susceptible de ser quebrantada en el acto de apropiación o utilización indebida y resulta suficiente para la configuración del tipo objetivo.

<sup>(378)</sup> Vid. MORALES GARCÍA, 1999, p. 200.

<sup>(379)</sup> La función de la percepción es acogida desde el artículo 346 del Código Penal de 1924. En la legislación comparada también se precisan las funciones públicas quebrantadas: artículo 397 del Código Penal colombiano («administración, tenencia o custodia»), artículo 142 del Código Penal boliviano («administración, cobro o custodia»), artículo 195 del Código Penal venezolano («recaudación, custodia o administración»), artículo 361 del Código Penal costarricense («administración, percepción o custodia»), artículo 325 del Código Penal salvadoreño («administración, recaudación, custodia o venta»), artículo 370 del Código Penal hondureño («administración, percepción o custodia»), artículo 451 del Código Penal nicaragüense («administración, tenencia o custodia»), artículo 338 del Código Penal panameño («administración, percepción o custodia») y artículo 336.1 del Código Penal cubano («administración, cuidado o disponibilidad»).

**Jurisprudencias:** «Es autor del delito de peculado doloso no solo la persona que ha sido nombrada como administrador y el que ejerce tenencia física o disponibilidad jurídica de los bienes o caudales del Estado, sino que también ingresa dentro del círculo de autores del aludido delito todo aquel funcionario público que, por razón de su cargo, tiene asignada una competencia funcional de custodia y vigilancia de bienes estatales» (Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3502-2014 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3Gczg8P>.



«En lo que respecta a la percepción, administración o custodia, tenemos que señalar que estas son las tres únicas formas a través de las cuales se materializa la posesión, por parte del Funcionario o Servidor Público, sobre los caudales o efectos, pudiendo darse conjuntamente o por separado, además, sirven para objetivar la relación funcional, facilitando la diferenciación del tipo penal con otras figuras delictivas» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 54). <https://bit.ly/3GfedKs>.



En cuanto a la técnica legislativa se optó por un método enumerativo y cerrado de las funciones que determina la relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material. Hay fórmulas penales que no establecen el tipo de funciones administrativas que se relacionan con la tenencia y presentan una mención genérica de estas; pero este no es el caso de la fórmula peruana, heredera de sus fuentes argentina y española. No obstante, es más aconsejable la referencia genérica de las formas de función en la tenencia de los bienes<sup>(380)</sup>.

La **función de administración** es la disponibilidad o la gestión de los bienes públicos para los fines administrativos establecidos<sup>(381)</sup>. El funcionario público establecerá el destino administrativo o su régimen de empleo conforme a los fines administrativos: lo gobierna, lo rige y lo produce. Se corresponde con la realización de todo tipo de actividades que impliquen el aprovechamiento de la utilidad del bien público, habiendo entonces una gama de beneficios de los que se puede obtener de este; por ello, la función de la administración se identifica con la idea del rendimiento de los bienes públicos.

1828.  
Función de administración

<sup>(380)</sup> Asumen la versión genérica: CARRERA, 1968, p. 106; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 20.

<sup>(381)</sup> Así también: SANZ MUIJAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2082; NUÑEZ, 2008, p. 462; CARRERA, 1968, p. 107; CREUS, 1981, p. 329; FONTAN BALESTRA VII, 1980, p. 324; DONNA, 2002, p. 267; BOUMPADRE III, 2003, p. 255; ABOGO, 2018, p. 1395; TAZZA III, 2018, p. 264; TERRAGNI III-II, 2012, p. 486; MARÍN, 2008, p. 801; MALDONADO en Levene, 1978, p. 554; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 410; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 238; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; NAVÁS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 237; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905; FRANCO, 1987, p. 68; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; SALINAS STOCHA, 2016, p. 384; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 225; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 500; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 483; CÁCERES JULCA, 2012, p. 48.

**Jurisprudencias:** *«La administración implica las funciones activas de manejo y conducción»* (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



*«Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas»* (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



*«La administración se trata de la posesión confiada al funcionario o servidor, que lleva aparejadas funciones activas de manejo y conducción (gobierno). Tienen aquí cabida las reglas civiles para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración Pública, sean estatales o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judiciales nombrados, etc.»* (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 56). <https://bit.ly/3GfcdKs>.



*«Los procesados al tener los oficios de chofer y operario, mantenían una relación de dependencia con su empleadora, relacionado al traslado de equipos mas no de administrar los bienes o caudales del Estado, en tanto no tenían dominio sobre los mismos, en tanto sus aportes son de servicio público o de operaciones menores, no ejerciendo propiamente funciones públicas, por lo que mal se podría calificar la conducta de estos dentro del ilícito penal de peculado, ya que para que configure la conducta típica de apropiarse o utilizar los bienes que se hallen en posesión de actor, deben ser en virtud de los deberes y atribuciones de su cargo en relación al patrimonio público, es decir, la vinculación jurídica directa; por lo que, al no tener tal condición, tal hecho resultaría ser imputable a título de apropiación ilícita u otro»* (Ejecutoria superior del 20 de junio de 2006 de la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 895-2004-A, considerando 4). <https://bit.ly/3nlVvQV>.



*«En la administración resulta claro que está referida a un contexto amplio que no requiere necesariamente el contacto directo de los caudales o efectos con el administrador, sino más bien la función que este cumple en relación con el patrimonio del Estado»* (Ejecutoria superior del 5 de julio de 2007 de la Sexta Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 25-2007-A, considerando 8). <https://bit.ly/3EmK5DJ>.



*«Sobre los bienes sujetos a administración por el sujeto activo, es necesario para ello, que el funcionario o servidor público, en razón de su cargo, esté facultado para gobernar, regir los bienes y disponer de ellos, esto es, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, no siendo necesario que los tenga materialmente, esto es, en forma directa, pero sí que tenga la disponibilidad jurídica»* (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 5). <https://bit.ly/3C2FJka>.



El acto de administrar es tan amplio que perfectamente puede abarcar o ser parte de ella los actos de percepción y custodia que son actividades más concretas<sup>(382)</sup>. Puede sencillamente el legislador hacer mención de la administración y el intérprete rescatar las funciones de percepción y custodia de ellas; pero, por un agresivo mensaje preventivo ante la habitual casuística de formas de peculado, se decidió por una descripción específica de dichas funciones en la fórmula penal. Téngase en cuenta que hay otras funciones no descritas en el artículo 387 (*u. gr.*, venta, conversión) que perfectamente son deducibles de la función de administración.

Ello nos traslada a la idea que la función de administración se corresponda con conductas activas u omisivas del empleado público que no siempre requiere de una tenencia material. La función de administración no se empareja en todos los casos con el ejercicio material de disponibilidad, debido a que también se puede conseguir una gestión de los bienes mediante una disponibilidad jurídica o intermediando su gestión directa con las unidades administrativas subordinadas<sup>(383)</sup>.

La **función de percepción** es la accesibilidad al bien público, mejor dicho, implica la recepción de los caudales o efectos para el ingreso o el regreso de los caudales o efectos al patrimonio público<sup>(384)</sup>. La función de percepción se identifica a la noción de la accesibilidad del bien público. Se comprende mejor como la apertura al empleado para el ejercicio de otras funciones administrativas en los bienes. Esta accesibilidad o recepción puede ser tanto material como jurídica, lo cual también abren las posibilidades a toda forma de percepción, y no se confunde con la posesión física (*u. gr.*, transferencia bancaria, suscripción de contratos de propiedad). No importa el título con el cual se perciban los bienes con tal que ello implique la per-

1829.  
Función de  
percepción

<sup>(382)</sup> *Cf.* FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; CARRERA, 1968, p. 106; TERRAGNI III II, 2012, p. 486; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 66; FRANCO, 1987, p. 68; CANCINO MORENO, 1983, p. 75; PEÑA OSSA, 1995, p. 73; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 137; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 32; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 225; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 333; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 397; HUGO VIZCADO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 263.

<sup>(383)</sup> *Vid.* SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2082; SOLER V, 1978, p. 182; CARRERA, 1968, p. 108; CREUS, 1981, p. 329; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 317; DONNA, 2002, p. 267; BOUMPADRE III, 2003, p. 255; GONZÁLEZ en Balcañe II, 2014, p. 238; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905; CANCINO MORENO, 1983, p. 74; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 20; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; ROJAS VARGAS, 2007, p. 489; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 397; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 225; SALINAS SICCHA, 2016, p. 384; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 332; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 68.

<sup>(384)</sup> *Así* *tab.*: CREUS, 1981, p. 328; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; BOUMPADRE III, 2003, p. 255; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 415; TERRAGNI III II, 2012, p. 486; MARÍN, 2008, p. 801; MALDONADO en Levene, 1978, p. 554; GONZÁLEZ en Balcañe II, 2014, p. 239; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; ROJAS VARGAS, 2007, p. 488; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 396; SALINAS SICCHA, 2016, p. 383; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 175; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 226; HUGO VIZCADO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 263; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 333; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 500.

tenencia a la Administración para el cumplimiento de sus fines debidos<sup>(385)</sup>. Esto no sucede, por ejemplo, con los depósitos en garantía de los contratistas que no tienen accesibilidad al patrimonio público.

**Jurisprudencias:** *«La percepción no es más que la acción de captar y recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita»* (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



*«Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones etc.) y que ingresen o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos»* (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



*«La percepción alude a la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita, que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de su cargo, como los que recaudan contribuciones, rentas o impuestos, que entran a los fondos fiscales»* (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 55). <https://bit.ly/3GfcdKs>.



*«En cuanto a la percepción, dicha función se encuentra referida a la captación o recepción de bienes para la administración pública, sin interesar si la procedencia es de fuentes públicas o privadas, siendo sí determinante que, tales bienes se encuentren bajo la disponibilidad jurídica del Estado a través de sus funcionarios o servidores públicos»* (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 5). <https://bit.ly/3C2FJka>.



Es habitual relacionar a la función de percepción con la de recaudación y decir que lo que se percibe son impuestos y derechos<sup>(386)</sup>; pero, también debe comprender otras formas como la de incautación, la adquisición patrimonial, entre otras. Asimismo, hay que tener en cuenta que la función de percepción es la incorporación de los bienes públicos a las arcas del Estado, pero también la accesibilidad al dominio personal del empleado público competente. En tal sentido, cabe imputar por peculado al empleado público que tiene materialmente los bienes públicos y no procede a incorporar los al ámbito de dominio de la entidad pública.

<sup>(385)</sup> Vid. CREUS, 1981, p. 329; BOUMPADRE III, 2003, p. 255; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 333.

<sup>(386)</sup> Así tab.: CARRERA, 1968, p. 110; DONNA, 2002, p. 276; LAJE ANAYA III, 1981, p. 122; TAZZA III, 2018, p. 264; VILLADA, 1999, p. 422; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1233; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 237; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905.

Una imputación por peculado a quien infringe la función de la debida percepción de bienes públicos no tiene que ser condicionada con cuestiones prejudiciales de previas rendiciones de cuentas<sup>(387)</sup>, ya que se trata de procedimientos administrativos ajenos a la configuración del delito de peculado y no previsto normativamente como tal.

La **función de custodia** se asocia con la actividad de vigilancia y cuidado del bien público<sup>(388)</sup>. Es una función de aseguramiento o mantenimiento del resguardo o la seguridad del objeto material. La función de custodia se relaciona con la noción de la conservación del bien público. No debe ser confundida con el mantenimiento de su estado operativo o de funcionamiento que se correspondería más con la función de administración (por ser amplia); sino hay que explicarla como la evitación de peligros y riesgos derivados por factores externos, mas no internos.

1830.  
Función de  
custodia

**Jurisprudencias:** «La custodia importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



«Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. En virtud a estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber de garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



«Por custodia es la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos» (Ejecutoria suprema del 9 de febrero de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4212-2009 Amazonas, considerando 6). <https://bit.ly/3B7Vjd9>.



«Actuó dolosamente para apropiarse de un dinero incautado que estaba funcionalmente bajo su disposición —en pureza, del grupo operativo policial que integraba—; y, además, a sabiendas asumió unas funciones reservadas al



(387) Vid. DONNA, 2002, p. 277.

(388) Así tab.; CREUS, 1981, p. 329; CARRERA, 1968, p. 111; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 662; LAJE ANAYA III, 1981, p. 123; TERRAGNI III.II, 2012, p. 486; MARÍN, 2008, p. 801; VILLADA, 1999, p. 422; TAZZA III, 2018, p. 264; MALDONADO en Levene, 1978, p. 554; GODOY LEMÓS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 418; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 239; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905; GALLARDO en Riquieri III, 2018, p. 2017; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; MOLINA ARRUELA, 2000, p. 66; CANCINO MORENO, 1983, p. 75; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 31; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; ROJAS VARGAS, 20907, p. 489; SALINAS SICCHA, 2016, p. 385; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 395; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 226; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 176; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 501; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 333; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón et al., 2016, p. 263; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 484; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, pp. 556.

*Ministerio Público: investigar al margen de la Fiscalía pese que esta había tomado conocimiento del caso e intervenido en el allanamiento, así como liberar al reo contra todo procedimiento legalmente procedente»* (Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2222-2014 Puno, considerando 4). <https://bit.ly/30MFgot>.

*«El DVD y los veintinueve aparatos electrónicos y treinta televisores le fueron entregados al procesado exclusivamente para su custodia, debido a su condición de responsable de abastecimiento de la Unidad Ejecutora del Gobierno Regional del Amazonas. Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido, el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización, de ahí, que se puede inferir que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia»* (Ejecutoria suprema del 20 de abril de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2149-2013 Amazonas, considerando 5). <https://bit.ly/3BihqOd>.



*«La custodia implica una actividad de cuidado y vigilancia de los caudales y efectos que en razón de su cargo le han sido entregados al funcionario o servidor público»* (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 5). <https://bit.ly/3C2FJka>.



En esta función la accesibilidad jurídica no tiene sentido, por lo que el aspecto material toma mayor importancia: como puede alguien vigilar o cuidar un bien si no puede tener tenencia del mismo y así ejercer defensa para evitar su apoderamiento o utilización indebida. Consideramos que una **efectiva tenencia material**<sup>(389)</sup> es el presupuesto necesario para la función de custodia, pero sin que se entienda que en el momento del delito el funcionario se encuentre con el bien público entre las manos. Al señalar la efectiva tenencia material hay que distinguirlo como el poder ejercerlo con posibilidad inmediata e inevitable —llamada también **tenencia simbólica**—<sup>(390)</sup>. Ejemplo: el empleado del banco estatal que tiene las llaves de la bóveda.

Las funciones públicas pueden ser ejercidas en forma **permanente o transitoria**<sup>(391)</sup>, por un interino o un titular, se encuentre remunerado o no. La asignación transitoria no es accidental u ocasional. La temporalidad de la asignación

1831.  
Funciones  
immanentes  
transitorias

<sup>(389)</sup> Cfr. CARRERA, 1968, p. 111; BOUMPADRE III, 2003, p. 255; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 317; DONNA, 2002, p. 277; GHERSI en Arce Aggeó/Báez 3, 2013, p. 1233; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 237; BASILIGO/VILLADA, 2019, p. 905; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 396.

<sup>(390)</sup> CREÚS, 1981, p. 329; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2017; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353; CÁCERES JULCA, 2012, p. 48.

<sup>(391)</sup> Cfr. ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 63; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 278; CARDONA TORRES, 2010, p. 516; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; DONNA, 2002, p. 277; ABOSO, 2018, p. 1396; LAJE



puede entenderse porque así está determinado en las ordenes administrativas o jurisdiccionales o en el contrato, o porque motivos ajenos impidieron cumplir al encargado con la función administrativa. Lo importante es la atribución administrativa de la función al referido empleado público y que la misma sea infringida en la vigencia del cargo.

Las funciones públicas no siempre son de competencia individualizada. Cabe perfectamente la tipicidad del peculado si hablamos del codominio de las funciones de administración, percepción o custodia o, mejor dicho, **codisponibilidad o competencia compartida**<sup>(392)</sup>. Que existan dos o más funcionarios ejerciendo cualquiera de estas funciones no afecta la tipicidad del delito, sino reconduce el título de imputación a la **coautoría**. Inclusive, podrían darse supuestos de condicionamiento de la validez de las referidas funciones si es que no intervienen todos los facultados administrativamente para ello. En tal sentido, la carencia de la intervención de un integrante del colegiado podría evitar la función de percepción del bien público y el aprovechamiento del resto acarrearía un delito patrimonial, mas no un peculado.

Ahora bien, también resulta discutible afirmar un peculado en una relación funcional fundada en el codominio de las funciones administrativas compartidas con un *extraneus*. Si bien podría decirse que la ausencia de la simple condición de empleado público hace atípica la imputación<sup>(393)</sup> —y, por ende, carecería de importancia seguir analizando la relación funcional con el objeto material—, esto no implica que se haya resuelto el problema. De todas formas, no habría tipicidad para un peculado propio, pero no impide evaluar que el *extraneus* sea imputado por la figura del peculado impropio o, en su perjuicio, a la de un delito patrimonial.

Por otro lado, no siempre hay que considerar que hay empleados públicos para cada función pública. Perfectamente pueden coincidir todas ellas en el mismo empleado público, pero no debe explicarse esto como la ejecución de una pluralidad de peculados por cada función administrativa infringida. En el *iter* de la disponibilidad de los bienes públicos es con la función de percepción que se inicia la relación funcional; la misma que se seguirá con la función de custodia; todas ellas son abarcadas por la función de administración.

**1832.**  
Funciones  
compar-  
tidas

**1833.**  
*iter* de la  
disponi-  
bilidad de  
los bienes  
públicos

ANAYA III, 1981, p. 123; GHERSI en *Arce Aggeo/Baez* 3, 2013, p. 1233; DAYENOFF, 1998, p. 671; NAVAS-RIAL/ALVERO en *Revista de Derecho Penal* 1, 2004, p. 237; PARMA/MANGIAFICO/ALVAREZ DOYLE, 2019, p. 644; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905; GALLARDO en *Riquert III*, 2018, p. 2017; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 326; FEBRES CORDERO, 1966, p. 167.

<sup>(392)</sup> Así también: ROCA AGAPITO, 1999, p. 160; MORALES GARCÍA, 1999, p. 188; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 63; CARRERA, 1968, pp. 109, 111 y 113; BOUMPADRE III, 2003, p. 256; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 324; LAJE ANAYA III, 1981, p. 123; MARÍN, 2008, p. 801; GALLARDO en *Riquert III*, 2018, p. 2018; PACHECO II, 1881, p. 509.

<sup>(393)</sup> *Vid.* MEZGER, 1959, p. 405.

1834.  
Conducta  
típica

En torno a la conducta típica, el artículo 387 nos presenta un peculado propio estructurado en un modelo de **tipo penal dual compuesto y alternativo**, debido a que contiene dos modalidades conductuales diferenciadas y, por ende, la configuración de una de ellas basta y sobra para la imputación típica del delito. Estamos hablando del **peculado propio por apropiación** y el **peculado propio por uso**. El legislador nacional decidió mantener la influencia española tradicional de esta clásica conjunción de conductas típicas en el tipo básico del peculado.

**Jurisprudencia:** «Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. 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» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de septiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



El problema se encuentra en la equiparación punitiva de ambas modalidades que evidentemente no tendría proporcionalidad con respecto a sus injustos, por lo que se le tendría por un **tipo penal dual incongruente**. Los grados de gravedad aconsejan la autonomía sancionadora de las modalidades; no es lo mismo disponer definitivamente un bien público que usarlo y devolverlo<sup>(394)</sup>. Por el principio de proporcionalidad, el peculado propio por apropiación debe tener mayor reproche penal que el peculado propio por uso<sup>(395)</sup>.

1835.  
Peculado  
propio por  
apropia-  
ción

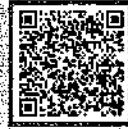
El **peculado propio por apropiación** consiste en el acto de apropiarse que ejerce el funcionario sobre los bienes públicos los cuales se encuentran bajo su tenencia (material y/o jurídica) y vienen ejerciendo sobre ellos la administración, la percepción y/o la custodia. El artículo 387 acierta en mantener el verbo rector «*apropiar*» (adoptado desde el artículo 346 del Código Penal de 1924) y supera con ello las dificultades aplicativas en el contexto de la administración de los bienes públicos que traen los otros modelos conductuales<sup>(396)</sup>. Es de mencionar que el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción emplea justamente dicho verbo rector («*apropiación indebida*»).

<sup>(394)</sup> Vid. CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ en Norma Legales n.º 360, 2006, p. 358; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 27; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 116; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 24; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 345; ROJAS VARGAS, 2007, p. 492; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 781; SALINAS SICCHA, 2016, p. 368; CALDERÓN VALVERDE en Benavente-Chorres/Calderón Valverde, 2012, pp. 169-170.

<sup>(395)</sup> Entre las legislaciones que criminalizan la modalidad del uso como una modalidad atenuada: artículo 314 del Código Penal italiano, artículo 398 del Código Penal colombiano, artículo 278 del Código Penal ecuatoriano y artículo 341 del Código Penal panameño.

<sup>(396)</sup> Así rab.: CAMAÑO ROSA, 1967, p. 111; SOSA DÍAS, 1963, p. 147.

**Jurisprudencias:** «Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado debido a que en su condición de resorero del municipio agraviado tenía la relación funcional con los caudales del mismo, por tanto al transferir dinero de una cuenta corriente de la comuna hacia otra perteneciente a un particular (una cuenta cuya titular era su madre) sin contar con el sustento legal debido, permitió la apropiación de caudales del Estado hacia terceros, no pudiendo justificar su accionar en el hecho de que dicho dinero perteneciente al FONCODES iba a ser revertido al tesoro público o que no lo llevó físicamente al municipio por temor a que o asalten, debido a que en su condición de funcionario público tenía el deber de cautelar los bienes del Estado que le fueron encomendados, no siendo óbice para sancionar su conducta ilícita, el haber comunicado dicho accionar y devuelto el dinero a la cuenta corriente del municipio agraviado» (Ejecutoria suprema del 19 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 867-2014 Cañete, considerando 7). <https://bit.ly/3E8jKsE>.



«Se ha acreditado que el ex asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional ostentó de hecho la administración y custodia de los fondos de dicha institución y, en base a ese poder de disposición, diseñó una estrategia de apropiación de fondos estatales mediante la adquisición de vehículos de segundo uso para su seguridad, los cuales fueron puestos a nombre de terceras personas y luego transferidos sucesivamente a nombre de otras, con el fin de ocultarlos y dificultar la acción de la justicia. Es de tener en cuenta que el delito se consumó plenamente con la entrega indebida efectuada a los procesados de diversas sumas de dinero provenientes de los recursos del Estado para que adquirieran vehículos de segundo uso a nombre de terceras personas» (Ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1193-2005 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3nnTkwr>.



Ahora bien, conseguir una definición conceptual de esta conducta típica nos lleva, en principio, referirnos a los alcances típicos de su análogo delictivo: la **apropiación indebida** (artículo 190, Código Penal) o abuso de confianza. Habría una semejanza con su homólogo patrimonial delictivo, por lo que algunos prefieren considerarlo como una forma calificada de esta<sup>(397)</sup>. Sin embargo, no somos de la opinión que la definición típica de esta conducta tenga que cerrarse en el reenvío interpretativo a su referente delictivo patrimonial, puesto que la singularidad de la situación en la que se encuentra el sujeto activo funcional conlleva reajustar los alcances interpretativos de la apropiación como veremos a continuación. Por consiguiente, el peculado por apropiación no es la apropiación patrimonial indebida; la primera tiene especificaciones en su estructura típica que motiva unos reajustes al acto de apropiación.

**1836.**  
Semejanza con la apropiación ilícita

La forma tradicional de definir la apropiación del peculado siempre ha sido la del agregado de componentes subjetivos o direccionales a los actos ejercidos sobre los bienes públicos. Se sostiene una **definición patrimonial finalística** del peculado

**1837.**  
Definición patrimonial finalística

<sup>(397)</sup> Así: ROCA AGAPITO, 1999, p. 172; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 323; BITENCOURT 5, 2019, p. 45; PRADO 3, 2019, p. 307; CUNHA, 2019, p. 829; TELES III, 2004, p. 387; FIGUEROA 2, 1986, p. 429; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 24.

por apropiación. Así, se considera que el acto de apropiación del empleado peculador es el desenvolvimiento *uti dominus* frente a los caudales o efectos<sup>(398)</sup> o el ejercicio de la disposición de los mismos como si fuera su dueño o su señor (**aseñoramiento patrimonial**)<sup>(399)</sup>. Los seguidores de esta definición consideran agregar el elemento subjetivo del *rem sibi habendi* o el *animus domini* para configurar el comportamiento típico. Sin ese adicional subjetivo de la dirección de la conducta no se podría discernir la apropiación. Además, se aduce que solo puede haber apropiación cuando el empleado peculador se desenvuelve como el titular de los bienes públicos, y solo se conseguirá ello a través del acto de la disponibilidad. Por ende, se ejecuta sobre el bien público actos de dominio incompatibles con la función pública que justifica la tenencia del mismo<sup>(400)</sup>.

**Jurisprudencias**<sup>(401)</sup>: «Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado, que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 19.1). <https://bit.ly/3m3MUD4>.  
«Implica un comportamiento 'uti dominus' frente a los bienes o caudales públicos, o sea, ejerciendo sobre el actos de dominio y disposición incompatibles con el título que justifica la tenencia de los mismos, sin ánimo de devolverlos» (Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2171-2004 Callao, considerando 2). <https://bit.ly/3C8XHBw>



Entonces, una definición de apropiación debe ser aquella consistente en la disponibilidad del bien público (**elemento objetivo**) como expresión manifiesta de ser su propietario indiscutible (**elemento subjetivo**). En cambio, para esta postura, destacaría más el elemento subjetivo, debido a que le brinda al elemento objetivo el contenido necesario para considerarlo un acto de apropiación. Con el ánimo de ser propietario

<sup>(398)</sup> Cfr. RANIERI III, 1975, p. 247; MAGGIORE III, 1955, p. 162; ANTOLISEI II, 1960, p. 634; CATALÁN SENDER, 1999, p. 252; BAYARDO BENGÓA IV.I, 1979, p. 134; CANGINO MORENO, 1983, p. 69; PABÓN PARRA, 1995, p. 320; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 145; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 496.

<sup>(399)</sup> Cfr. FRAGOSO II, 1986, p. 390; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 181; PRADO 3, 2019, p. 307; GRECO 3, 2017, p. 698; PIERANGELI 2, 2007, p. 806; MASSON 3, 2018, p. 566; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 855; CAPEZ 3, 2019, p. 472; TELES III, 2004, p. 387; GONÇALVES, 2015, p. 767; ISHIDA, 2015, p. 660; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 779; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 263; FRANCO, 1987, p. 47; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 202; ZAMBRANO PASQUEL en Reyna Alfaro, 2009, p. 557; SALINAS SICCHA, 2016, p. 365; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 236; AMORETTI PACHAS en Jus Doctrina & Práctica n.º 3, 2009, p. 77; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 134; ALCÓCER PÓVIS en Actualidad Penal n.º 142, 2005, p. 101; ENCO TIRADO, 2020, p. 107.

<sup>(400)</sup> Cfr. BAYARDO BENGÓA IV.I, 1979, p. 134.

<sup>(401)</sup> Vid. tab.: Ejecutoria suprema del 28 de abril de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2938-2013 Lima, considerando 3.

se advertirá el modo o la forma como se ejercerán los actos de disposición sobre el bien público (*v. gr.*, enajenarlo, consumirlo, destruirlo). En tal sentido, la apropiación es una manifestación, explícita o implícita, sobre los caudales o efectos como si fueran suyos o propios (**comportamiento de propietario**)<sup>(402)</sup>. «El agente, que no es propietario del objeto material del delito, con la conducta, pasa a hacerlo como si le pertenece, ejerciendo en relación a los derechos que solo el propietario puede»<sup>(403)</sup>.

El problema de esta definición se encuentra en la exageración sobre la exigencia de los componentes subjetivos patrimonialistas y el vacío interpretativo de los actos de disponibilidad. Depender del componente subjetivo, muchas veces no descritos en la norma penal (lo que vulneraría el principio de legalidad), trasladaría la interpretación del verbo rector a pareceres apreciativos y posiblemente arbitrarios del juzgador. Luego, será el tipo subjetivo del peculado el que resuelva el definitivo alcance del verbo rector, quedando inservible los alcances del tipo objetivo.

En aquellas legislaciones donde el verbo rector del peculado es el «*sustraer*» —como sucedió en el artículo 196 del Código Penal de 1863— se acude a una conducta típica de un sentido amplio y comprensivo en cuanto a separar, extraer o quitar los bienes públicos de su destino o necesidad de servicio hacia la satisfacción de los personales. Se engloba a toda acción de apartamiento o retiro definitivo de los caudales o los efectos de su destino administrativo<sup>(404)</sup>. Habría una proximidad a la estructura del tipo penal del hurto<sup>(405)</sup>.

En la doctrina, algunos persisten en que la apropiación deba ser definida en los alcances de la sustracción de los bienes públicos (**definición patrimonial sustractiva**). Con la sustracción no es necesario que los bienes públicos ingresen al ámbito de disponibilidad del empleado peculador (cambio de destino), ya que es un estadio conductual intermedio, es decir, entre los ámbitos de disponibilidad de la entidad pública y del sujeto activo. Basta con la separación del bien de la esfera de custodia oficial en la cual fue colocado<sup>(406)</sup>. Con ello, la sustracción se presentaría como una

**1838.**  
Definición patrimonial sustractiva

(402) Así tab.: MANZINI 8.III, 1961, p. 158; RANIERI III, 1975, p. 247; CIMADOMO en Fava, 2009, p. 27; SOSA DIAS, 1963, p. 147; GALVÃO, 2015, p. 40; MASSON 3, 2018, p. 566; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 856; ESTEFAM 3, 2018, p. 549; LABATUT GLENA II, 1983, p. 80; VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 43; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 145; PORTOCARRERO HIDALGO, 1998, p. 173; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 332; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 74.

(403) TELES III, 2004, p. 387.

(404) *Cfr.* CORDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, pp. 2063-2064; QUERALT, 2008, p. 784; CARRERA, 1968, p. 138; CREUS, 1981, p. 326; DONNA, 2002, p. 283; BOUMPADRE III, 2003, p. 254; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 446.

(405) *Cfr.* MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 446.

(406) *Cfr.* BOUMPADRE III, 2003, p. 254; TAZZA III, 2018, p. 263; LAJE ANAYA III, 1981, p. 120; ABOSO, 2018, p. 1395; TERRAGNI III.II, 2012, p. 484; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 4146; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1232; MALDONADO en Levené, 1978, p. 553; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 238; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2018; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 240; PARMA/MANGIÀFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 643; MANZANARES/

conducta más amplia que puede alcanzar además las formas de apropiación, pues el *caput* de la misma estriba en la separación, que también se aprecia en el *iter* de la apropiación, pero no es su punto determinante.

**1839.** De los penalistas argentinos que mantienen estos alcances de la sustracción, cabe resaltar las posturas interpretativas del riesgo y el quebrantamiento de la custodia. SEBASTIÁN SOLER formula el sentido de la sustracción bajo la idea del **riesgo de los bienes públicos**. SOLER señala que la sustracción «consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan»<sup>(407)</sup>. El sentido de la conducta reside en comprometerlo, es decir, hacerle perder la condición de ser fondos del Estado y esto se logra con la retención indebida calificada. «Lo importante en esos casos es haber empeorado la situación del dinero desde el punto de vista de sus riesgos»<sup>(408)</sup>.

**1840.** DANIEL P. CARRERA acoge la noción que la sustracción es el **quebrantamiento de la custodia de los bienes públicos**. El citado autor señala: «como la esfera de actividad patrimonial de la administración pública surge de la ley, del reglamento o de las disposiciones en general, habrá sustracción peculadora cuando los funcionarios públicos a quienes compete el desenvolvimiento de esa actividad patrimonial ejecuten, con relación a los bienes, cualquier acto que importe el quebrantamiento de ella»<sup>(409)</sup>. Asimismo, CARLOS CREUS indica «se satisface con el simple quebrantamiento de la esfera de custodia en la que el bien legalmente se encontraba, sin perjuicio, por supuesto, de que ese quebrantamiento pueda configurarse a través de una verdadera apropiación»<sup>(410)</sup>.

**1841.** Hay otros autores que adicionan al acto de la sustracción de los bienes del ámbito de protección oficial el elemento subjetivo del dominio o el *rem sibi habendi* y, con ello, diferenciarlo de cualquier forma de sustracción y así conseguir el equilibrio objetivo/subjetivo en la apropiación. Es una extracción de los caudales y los efectos con ánimo de propietario, lo que al final se le denomina **sustracción apropiativa**<sup>(411)</sup>. Sobre ello, FRANCISCO JOSÉ FERREIRA DELGADO nos explica que «la mera actividad psicológica de querer hacerlo propio sin que se traduzca en resultados fenomenológicos que resalten esa propiedad, es mítica, casi imposible. De nada vale que quien maneje un caudal del Estado como empleado oficial, en un momento dado quiera hacerlo propio, pero siga conduciéndose en esta tarea conforme lo ordena la ley, sin sacar el bien de la órbita dispositiva del Estado»<sup>(412)</sup>.

OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 840; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 904; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 30; RUBIO ANGULO, 1985, p. 75; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 29.

<sup>(407)</sup> SOLER V, 1978, p. 182. Similar postura: BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 661.

<sup>(408)</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>(409)</sup> CARRERA, 1968, p. 138. Similar postura: BASILICO/VILLADA, 2019, p. 905.

<sup>(410)</sup> CREUS, 1981, p. 326.

<sup>(411)</sup> Así *tab.*: RUBIO ANGULO, 1985, p. 77; FRISANCHO APARICIO, 2011, pp. 331-332.

<sup>(412)</sup> FERREIRA DELGADO, 1995, p. 30.

Sin embargo, es evidente lo imperfecto que resulta imputar al funcionario por la sustracción en el entendido de la imposibilidad del traslado de bienes (¿cómo sustraer algo que ya se tiene?), bastando solo el hecho de disponerlo al encontrarse estos bajo tenencia (material o jurídica) del empleado peculador<sup>(413)</sup>. Por consiguiente, se aduce que el modelo conductual de la sustracción por el enfoque de un inminente apoderamiento —proveniente de la estructura típica del hurto— no sería el más adecuado y debe ser censurado<sup>(414)</sup>, puesto que en el peculado el sujeto activo incurre, más bien, en un aprovechamiento definitivo de su relación funcional con el objeto material (rasgo funcional), antes que el mero desplazamiento de bienes con posibilidad temporal de aprovechamiento (rasgo patrimonial)<sup>(415)</sup>.

Ante ello, en aquellas legislaciones que describen al peculado con la conducta de la sustracción, asumir una interpretación gramatical o literal de la misma no resulta la más idónea, por lo que equiparan el acto de sustracción con el de apropiación y afirman que este último sería el modelo conductual ideal para el peculado<sup>(416)</sup>. Para ello, incluso, refuerzan la interpretación agregando elementos subjetivos de dominio; sin embargo, todo ello ha sido cuestionado por quienes sostienen la imposibilidad de la equiparación conceptual<sup>(417)</sup>. Por nuestra parte, debemos recalcar esa imposibilidad

(413) *Cf.* RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, p. 1184; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4063; MESTRE DELGADO en Lamaica Pérez, 2012, p. 729; GARROCHO SALCEDO en Eunomia n.º 6, 2014, p. 271; BOUMPADRE III, 2003, p. 253; GÚZMAN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 517; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 500; CÁCERES JULCA, 2012, p. 36.

(414) *Cf.* BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 452; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrifa, 1999, p. 194; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 511; FEJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Moufullo, 2000, p. 1150; MIR PUIG, 2000, p. 298; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 278; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 102; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 322; BOUMPADRE III, 2003, p. 253; TAZZA III, 2018, p. 263; VILLADA, 1999, p. 413; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 661; TERRAGNI III.II, 2012, p. 484; GHERSI en Arce Aggeó/Báez 3, 2013, p. 1232; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemós 3, 2000, p. 414; MALDONADO en Levene, 1978, p. 553; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2018; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 240; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 30; RUBIO ÁNGULO, 1985, p. 75.

(415) *Vid.* PEÑA OSSA, 1995, p. 62; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 203.

(416) *Así:* BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 452; PUIG PEÑA III, 1955, p. 354; RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, p. 1184; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 278; ROCA AGAPITO, 1999, p. 171; MORELLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 829; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrifa, 1999, p. 194; CATALÁN SENDER, 1999, p. 252; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4063; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 251; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2087; VILLADA, 1999, p. 413; NÚÑEZ, 2008, p. 462; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 322; GÓMEZ V, 1941, p. 533; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 85; MARÍN, 2008, p. 801; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 238; FEBRES CORDERO, 1966, p. 165.

(417) *Así:* CREUS, 1981, p. 326; BOUMPADRE III, 2003, p. 253; TAZZA III, 2018, p. 263; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2018; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Allesio II, 2004, p. 841.

de equilibrio conceptual entre el acto de sustracción y el de apropiación; pretender asimilarlas en nuestra legislación sería una inevitable elasticidad de alcances dogmáticos de ambas figuras<sup>(418)</sup>.

1843.

Definición de transferencia de ámbitos de dominio

Otro modelo conceptual de la conducta típica reside en la sistemática del traslado o el desplazamiento (material y/o jurídico) del bien público entre esferas o ámbitos de custodia o dominio —de esferas públicas a esferas privadas— para la configuración de la apropiación, aprovechándose de la condición legítima de tenencia previa que se tiene con los bienes públicos (**modelo de la transferencia de ámbitos de dominio**). Se dice que «aprovechándose de una posesión inicialmente legítima, separa los caudales o efectos del ámbito público para insertarlos en el propio, realizando actos de dominio incompatibles con su título de posesión»<sup>(419)</sup>. Con este esquema de ámbitos de dominio se busca cerrar el *iter* del traslado de los bienes públicos con el efectivo ingreso a la disponibilidad del sujeto activo y así no depender su adecuación típica objetiva a toda referencia subjetiva, por estar centrada al ámbito de dominio de la cual se definirá la apropiación. Solo con el efectivo ingreso al ámbito de dominio particular se podrá decir que el delito queda configurado, puesto que hay toda la posibilidad del ejercicio real de dominio sobre los bienes públicos<sup>(420)</sup>.

Si bien lo central de este modelo recae en el ingreso de los caudales al ámbito de dominio particular, observamos, por lo pronto, dos posturas conceptuales de transferencias de ámbitos conforme a la procedencia de los bienes públicos.

1844.

Primera postura

Una **primera postura** sostiene que la apropiación se configura cuando se trasladada —material o jurídicamente— el bien público desde la esfera de protección de la Administración Pública y se logra ingresar a la esfera de disponibilidad personal del empleado peculador o se coloca a una situación inevitable de disponibilidad<sup>(421)</sup>. Se efectúa una apreciación gráfica de transferencia entre el ámbito de disponibilidad de la entidad pública (persona jurídica) a la del empleado peculador (persona natural). Conforme a CARLOS MOLINA ARRÚBLA «de un lado, el que bien entrase, por un

<sup>(418)</sup> Entre las legislaciones que asumen la modalidad de la apropiación: artículo 314 del Código Penal italiano; artículo 153 del Código Penal uruguayo; artículo 397 del Código Penal colombiano; artículo 142 del Código Penal boliviano; artículo 278 del Código Penal ecuatoriano; artículo 325 del Código Penal salvadoreño; artículo 370 del Código Penal hondureño y artículo 336 del Código Penal cubano. Entre las legislaciones que asumen la modalidad de la sustracción: artículo 432-15 del Código Penal francés; artículo 261 del Código Penal argentino; artículo 233 del Código Penal chileno; artículo 195 del Código Penal venezolano; artículo 361 del Código Penal costarricense; artículo 445 del Código Penal guatemalteco y artículo 338 del Código Penal panameño. Entre las legislaciones que tipifican ambas modalidades: artículo 312 del Código Penal brasileño y artículo 451 del Código Penal nicaraguense.

<sup>(419)</sup> ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 68.

<sup>(420)</sup> Cf. GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 517.

<sup>(421)</sup> Así también: ABELLO GUAL en Pensamiento Jurídico n.º 45, 2017, p. 175; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009; p. 517.



instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica de titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración»<sup>(422)</sup>. Nos percatamos que se trata de un planteamiento muy seguido entre los penalistas peruanos<sup>(423)</sup> y en la jurisprudencia.

**Jurisprudencias:** «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» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



«Según la hipótesis fiscal, los acusados se aprovecharon del cargo público que ostentaron para transferir fondos propios de la Municipalidad al Banco Continental BBVA — Sucursal Puno; y como resultado de esta operación bancaria el encausado se favoreció con la condonación de obligaciones que mantenía con dicha entidad bancaria desde antes de asumir el cargo de alcalde provincial de Puno. Según el acuerdo plenario la modalidad de apropiación se configura, además, cuando el agente hace suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, para ello, los aparta de la esfera de la función de la administración pública y los coloca en situación de disponer de los mismos. Como bien lo establece la resolución cuestionada, estas circunstancias descritas no se advierten concretamente en el presente caso, pues si bien los fondos de la municipalidad agraviada fueron trasladados al Banco de la Nación al Banco Continental BBVA, dicha transferencia por sí sola no acredita la apropiación, dado que la entidad edil no dejó de ser la titularidad de dichos fondos, ni los dejó de administrar» (Ejecutoria suprema del 20 de abril de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2377-2015 Puno, considerando 8). <https://bit.ly/2XzLmf0>.



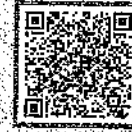
«El delito de peculado requiere para su configuración de la apropiación, que a diferencia de la sustracción supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien del cual entrega en disposición personal, con lo que contraviene sus deberes de función. Así, el agente hace suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, los aparta de su esfera funcional de la administración pública y los coloca en una situación de disponer de los mismos» (Ejecutoria suprema del 6 de marzo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3237-2010 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/3C6e6a4>.



(422) MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 87.

(423) Así: ROJAS VARGAS, 2007, p. 490; Ídem, 2020, p. 345; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 402; SALINAS SICCHA, 2016, p. 365; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 476; REATEGUI SANCHEZ, 2017, p. 493; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, pp. 554; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 266; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrtes/Calderón Valverde, 2012, p. 167; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 161; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 205; DÍAZ HUSTAMANTE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 74, 2015, p. 185; LLAMOJA HILARES en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2020, p. 323.

«En lo concerniente al delito de peculado doloso, es de acotar que la apropiación de caudales públicos importa, por parte del agente público concernido, el empleo privado que les da a los mismos. El funcionario competente dispone de ellos como si fueran parte de su patrimonio; los aparta de la esfera funcional de la Administración Pública. Los imputados Alcalde y Tesorero dieron al dinero bajo su responsabilidad un empleo privado: lo entregaron a un extraneus, completamente ajeno a la institución municipal. Es irrelevante el fin que este último le da al dinero o caudal o el acuerdo con los funcionarios responsables respecto a su destino» (Ejecutoria suprema del 3 de agosto de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2280-2015 Arequipa, considerando 4). <https://bit.ly/3Go7WVp>.



«En la apropiación el agente o un tercero hace suyos los caudales o efectos públicos, apartándolos de la esfera de custodia de la Administración Pública; por consiguiente, los incorpora a su patrimonio» (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 610-2013 Piura, considerando 5). <https://bit.ly/3Ed0f2p>.



«El punto de partida para establecer la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes, además de la posesión 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 o de un tercero» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 169-2014 San Martín, considerando 3). <https://bit.ly/3puEBCj>.



«El delito de peculado por apropiación tiene como elemento esencial la conducta incriminada de apropiarse para sí o para otro, de los bienes o caudales del patrimonio estatal, esto es, suprimir su dominio e instaurar uno ajeno, caracterizado por la posibilidad de disponer como si el agente o infractor fuese el propietario» (Ejecutoria suprema del 10 de noviembre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3451-2005 Cono Norte, considerando 4). <https://bit.ly/3ptzVgb>.



«Para establecer la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en 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» (Ejecutoria suprema del 4 de abril de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1286-2011 Lima Norte, considerando 3). <https://bit.ly/3juNjNo>.



«Se entiende por apropiar la comisión de actos de disposición que comprende, por un lado, la salida del bien de la esfera de disponibilidad jurídica de la Administración Pública y, por otro lado, el ingreso del bien a la esfera de disponibilidad jurídica del agente del delito, existiendo una negativa tácita a devolver lo apropiado. Siendo, por tanto, que la retención provisional del bien, con intención de devolverlo, no constituye esta modalidad de peculado» (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 5). <https://bit.ly/3C2FJka>.



Algunos autores, seguidores de este planteamiento<sup>(424)</sup>, resaltan el momento final del ingreso a la esfera de dominio del sujeto activo funcional y lo describen como la **apropiación** o la **disposición definitiva** o sin restitución (desde el enfoque del sujeto activo funcional), la **expropiación definitiva** que implica la afectación de las facultades de dominio que ejercía la administración (desde el enfoque del sujeto pasivo) o ambos a la vez. Solo bajo dicha descripción podría explicarse que los bienes públicos han ingresado a la esfera de dominio particular.

Entre los seguidores de la doble visión del momento culminante de la apropiación destaca LUIS ROCA AGAPITO, quien señala que la apropiación se distingue en sus dos vertientes: «Por un lado, la realización de actos *uti dominus*, tales como la consumición, la enajenación, la donación, la conmixción, la especificación u otra facultad dominical que impida cumplir con el título de su posesión que le obliga a conservar, custodiar o invertir los caudales públicos. La otra vertiente está representada por la privación de estos bienes que experimenta la Administración pública, que pierde las facultades inherentes al dominio de usar, disfrutar o disponer (físico o jurídicamente) de bien»<sup>(425)</sup>. Del mismo parecer, OSCAR MORALES GARCÍA que caracteriza la conducta en un doble momento, «positivo —en el que el sujeto activo asume las funciones del propietario o, en su caso, de quien ostenta la capacidad negocial de que se trate— y negativo —caracterizado por la definitiva expropiación del objeto material—»<sup>(426)</sup>.

Otros autores enfocan el momento final de la apropiación bajo la figura de la **retención definitiva del bien público**<sup>(427)</sup> y consideran que no solo basta con el ingreso al ámbito de custodia particular del empleado peculador, sino es menester su no restitución a través de los actos dispositivos que hacen imposible la reincorporación del objeto material a la órbita de dominio oficial. Sin embargo, el problema de tal planteamiento reside en que toda retención puede estar condicionada a un previo requerimiento y, con ello, se cierran los supuestos del peculado solo a los funcionarios que incumplen el requerimiento devolutivo.

Una **segunda postura** del traslado de esferas de dominio se encuentra en el sentido de una transferencia inmaterial, que no implica el desplazamiento físico del bien público de un empleado público que de por sí ya lo detenta; sino que se entiende de

1845.  
Disposición y/o expropiación definitiva

1846.  
Retención definitiva

1847.  
Segunda postura

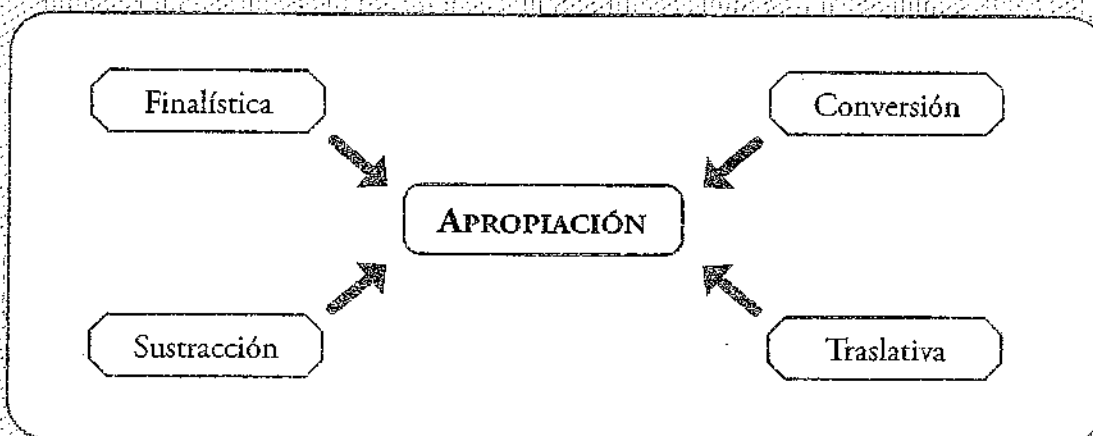
(424) Así también ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 727; MIR PUIG, 2000, p. 298; MORALES GARCÍA, 1999, pp. 246-247; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 265; CRESPO BARQUERO en Seirano Butragueño, 1999, p. 1721; CUELLO CALÓN II, 1980, p. 452; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 278; SANZ MULAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2087; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 729; GARROCHO SALCEDO en Eunomia n.º 6, 2014, p. 271; SOTO RODRÍGUEZ en Revista Galega de Administración Pública n.º 43, 2012, p. 119; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, pp. 24-25; FEBRES CORDERO, 1966, p. 165;

(425) ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 512.

(426) MORALES GARCÍA, 1999, p. 248.

(427) Así, BERNAL PINZÓN, 1965, p. 25; CÁCERES JULCA, 2012, p. 33.

un traslado imaginario del ámbito de protección oficial en el propio sujeto activo como empleado público hacia el ámbito de protección personal del sujeto activo ahora como particular. Entre los autores chilenos seguidores de este modelo<sup>(428)</sup>, cabe invocar a ALFREDO ETCHEBERRY quien sostiene la distinción «de la esfera de custodia del empleado como funcionario y como persona privada. La primera es la que sirve para precisar el delito. La mejor distinción entre una y otra se obtiene suponiendo mentalmente que un día sea reemplazado el funcionario por otra persona; si esta última sigue teniendo la custodia de los fondos, ello quiere decir que estos todavía no han sido sustraídos. Esta distinción es imprescindible, porque en esta figura, a semejanza de lo que ocurre en el delito de apropiación indebida, los fondos sustraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del delincuente, que no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona»<sup>(429)</sup>.



Sería entonces una transferencia de ámbitos de disponibilidad en un solo individuo (persona natural), que solo cambia en torno a la condición a que obedece dicha disponibilidad (de empleado público a particular). Se fortalece así la necesidad de llegar a un apoderamiento del bien público a favor del sujeto activo funcional<sup>(430)</sup>, no habiendo necesidad de traslados de esferas de custodia, puesto que se halla en el mismo empleado peculador. Además, se resuelve la problemática de la tenencia de los bienes en los funcionarios que todavía no logran ingresarlos al ámbito de custodia o las arcas del Estado; puesto que, de todas maneras, cabe el peculado en esas circunstancias<sup>(431)</sup>. No obstante, observamos que la idea del traslado de ámbitos de dominio no tiene utilidad aplicativa, debido que al final es en el propio funcionario responsable en el que se confluirá la apropiación.

(428) Así: POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 390; BALMACEA HOYOS, 2018, p. 646.

(429) ETCHEBERRY IV, 2019, p. 239.

(430) Cfr. POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 389; BALMACEA HOYOS, 2018, p. 646.

(431) Cfr. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 239; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 390; BALMACEA HOYOS, 2018, p. 647.

Al verse dificultoso mantener el planteamiento de la transferencia de los bienes públicos en un mismo funcionario detentor o entre este y la entidad pública, se busca una definición de la apropiación a través de la conversión o la transmutación sobre el dominio funcional del objeto material (**definición de la conversión del dominio**). La apropiación no se califica por transferencias de ámbitos, puesto que de todas maneras se estaría en el mismo ámbito de dominio del empleado peculador. Por ello, hablar de la conversión o la transformación evitaría los problemas traslativos de las definiciones sustractivas y de ámbitos de dominio que hemos explicado, puesto que el juego de lo delictivo se halla en el propio ámbito de disponibilidad del sujeto activo funcional y no en otro.

**1848.**  
Definición de la conversión del dominio

Hay posturas sobre la conversión en torno al título de tenencia que ostenta el empleado peculador sobre los bienes públicos, es decir, de lo lícito a lo ilícito. Hay una transformación de la legalidad de la tenencia funcional de los bienes públicos ocasionado por el propio funcionario responsable (**conversión de la licitud de la tenencia**). También se ha dicho que la conversión estriba en la variación de la condición del título de posesión (porque el propietario es el Estado) a la de propiedad para consolidar el ejercicio de actos de dominio incompatibles con las atribuciones funcionariales<sup>(432)</sup>, el mismo que también puede ocurrir en el cambio de los elementos subjetivos (del ánimo de posesión al ánimo *rem sibi habendi*) que al final se verificará en la conducta típica<sup>(433)</sup> (**conversión del ejercicio real de los bienes**). Por ello, se habla de la conversión de los elementos objetivos y subjetivos de la apropiación<sup>(434)</sup> y se señala que «cuando el acto de poseedor no puede confundirse, ni objetivamente (en cuanto no implica consumación, enajenación, etc.), ni subjetivamente (por cuanto no existe el ánimo de tener esa cosa como propia), con el acto del propietario, no se puede hablar de inversión de título, ni, por consiguiente, de peculado»<sup>(435)</sup>.

**1849.**  
Toma de postura

Por nuestra parte, consideramos que la apropiación del peculado es una disponibilidad patrimonial definitiva bajo la estructura de la conversión del dominio de los bienes públicos. Dicha conversión se sustenta en los alcances normativos del quebrantamiento de las funciones públicas administrativas y en los alcances objetivos de actos concretos de la disposición definitiva de los bienes públicos. Desde el tipo objetivo, no es necesario conseguir elementos subjetivos o modismo del comportamiento patrimonial para considerar al sujeto activo funcional como propietario o dueño del objeto material. Por consiguiente, la apropiación del peculado se conoce

<sup>(432)</sup> Cf. MAGGIORE III, 1955, p. 162; PONTI, 2002, p. 36; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII, II, 2010, p. 16; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1211; BAYARDO BENGUA IV, I, 1979, p. 134; FRAGOSO II, 1986, p. 394; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 282; JESUS 4, 2012, p. 169; BITENCOURT 5, 2019, p. 45; PIERANGELI 2, 2007, p. 806.

<sup>(433)</sup> Cf. GALVÃO, 2015, p. 40; ESTEFAM 3, 2018, p. 549; COELHO, 2019, p. 1246.

<sup>(434)</sup> Cf. MANZINI 8, III, 1961, p. 158.

<sup>(435)</sup> MAGGIORE III, 1955, pp. 162-163.

entonces en la conversión por el quebrantamiento de las funciones administrativas (aspecto valorativo) que se manifiestan en el acto concreto de disponibilidad definitiva particular (aspecto objetivo).

**1850.**  
Aspecto  
normativo  
de la apro-  
piación

En el **aspecto normativo**, la conversión del dominio se entiende con el quebrantamiento de las funciones de administración, percepción y custodia de los bienes públicos. Entonces, hay apropiación no por transferencia de esferas de dominio, sino porque el funcionario, al disponer los bienes a su interés personal o de un tercero, está quebrantando la función administrativa. Si la normativa administrativa excluye el beneficio personal de los bienes públicos, quebrantarla sería lo contrario. Es el parecer también de MANUEL ABANTO VÁSQUEZ cuando afirma que estamos ante una apropiación *sui generis*, la misma que sucede cuando «el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio»<sup>(436)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui generis. El no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio»* (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 19.2). <https://bit.ly/3m3MUD4>



*«El delito de peculado por apropiación se configura cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para custodiarlos o administrarlos. La conducta del funcionario peculador constituye una apropiación. El no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. No administra los bienes aplicándolos a la función pública para la que están destinados, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio»* (Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2018 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 12-2017 San Martín, considerando 3.3). <https://bit.ly/3vCbTAG>.



*«La apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de tercero»* (Ejecutoria suprema del 27 de noviembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2120-2012 Cajamarca, considerando 4). <https://bit.ly/3E56k0C>.



<sup>(436)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 342. *Vid.* SALINAS SICCHA, 2016, p. 365; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15.

El quebrantamiento se traduce también como la extralimitación de las funciones (excesos arbitrarios)<sup>(437)</sup> o la superación del parámetro de riesgo de las funciones públicas sobre la disponibilidad patrimonial a los fines administrativos. Esta conversión lleva al ejercicio de los actos delictivos incompatibles con las funciones administrativas: «Cuando el funcionario se excede de las limitaciones que se encuentran en su mandato de administración (...), es cuando se configura el acto de apropiación, y se hace la claridad, porque los funcionarios tienen la capacidad para transferir la propiedad de los recursos públicos a otras personas lícitamente, y ello no configura el delito de peculado, pero si lo transfieren de forma ilegal o lo incorporan a su patrimonio, por fuera de sus competencias, ahí sí nos encontramos ante un delito de peculado»<sup>(438)</sup>.

El quebrantamiento de las funciones como expresión de la apropiación requiere su concreción en actos objetivos vinculados a las atribuciones reales de dominio particular (sea personal o de terceros)<sup>(439)</sup>. Se trata del **aspecto objetivo** de la apropiación y se establece cuando el empleado peculador manifiesta su quebrantamiento funcional al ejercer actos dispositivos fulminantes o definitivos sobre los bienes públicos (*v. gr.*, consumo, venta, donación, destrucción, trueque), estos incompatibles con las funciones de administración, percepción o custodia afines a lo reglado normativamente. La apropiación, para ser una conversión, necesita de los actos dispositivos o consumativos definitivos. Estos determinan el quebrantamiento de la función administrativa.

**1851.**  
Aspecto objetivo de la conversión

Téngase en cuenta que si un funcionario decide disponer los caudales a favor de otra entidad pública no ha incurrido en actos de disponibilidad personal, pues, en todo caso, la apropiación sería a favor de la Administración Pública y, a lo mucho, habría una impertinencia administrativa sobre el destino errado de los caudales.

Entonces, el empleado peculador se apropia de bienes públicos cuando al ejercer los actos de disponibilidad está convirtiendo el destino administrativo de estos a la conveniencia y el aprovechamiento de las necesidades particulares. Esa conversión para el tipo penal requiere ser definitiva o determinante y no tener cabida normativa a su posible restitución. Esto define el necesario **rasgo definitivo**<sup>(440)</sup> de la disposición que permite dar una mayor acentuación a los alcances conceptuales de la apropiación y así diferenciarlo de otras formas reales de aprovechamiento de los

**1852.**  
Disposición definitiva

<sup>(437)</sup> Cfr. RANTERI III, 1975, pp. 246-247; GAMBARDILLA en Lattanzi/Lupo VII, II, 2010, p. 17; CUNHA, 2019, p. 829; ABELLO GUAL en Pensamiento Jurídico n.º 45, 2017, p. 175.

<sup>(438)</sup> ABELLO GUAL en Pensamiento Jurídico n.º 45, 2017, p. 175.

<sup>(439)</sup> Vid. FRAGOSO II, 1986, p. 394; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 25.

<sup>(440)</sup> Exigen también el carácter definitivo: MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1690; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón, *et al.*, 2010, p. 727; CRÉSPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1721; CATALÁN SENDER, 1999, p. 252; CUELLO CALÓN II, I, 1980, p. 452; PUIG PEÑA III, 1955, p. 354; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 7298; GARROCHO SALCEDO en Eunomía n.º 6, 2014, p. 271; NÚÑEZ, 2008, p. 462; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 643.

bienes públicos. El carácter definitivo no tiene nada que ver si el bien público es consumible o no; menos si recurre a este como poseedor o como propietario. Lo que interesa es que el empleado peculador ejerza sobre el bien público facultades reales que impidan que cumpla con los fines administrativos preestablecidos. Por eso que se diga que ese carácter definitivo también puede ser descrito como la privación permanente de las atribuciones de dominio de la Administración Pública<sup>(441)</sup>. Ejemplo: hay apropiación cuando se vende el vehículo de la entidad pública, mas no cuando se alquila; cuando se deposita las recaudaciones a la cuenta personal del funcionario, mas no cuando se convierte los importes a moneda extranjera.

**Jurisprudencia:** «El delito de peculado sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por quienes ostentan el poder de administrador de tales bienes, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que ha de darse a tales bienes, permite que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y esta no cumpla su finalidad propia y legal» (Sentencia del 24 de enero de 2006 de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 814-1999, considerando 4). <https://bit.ly/2ZbYN10>



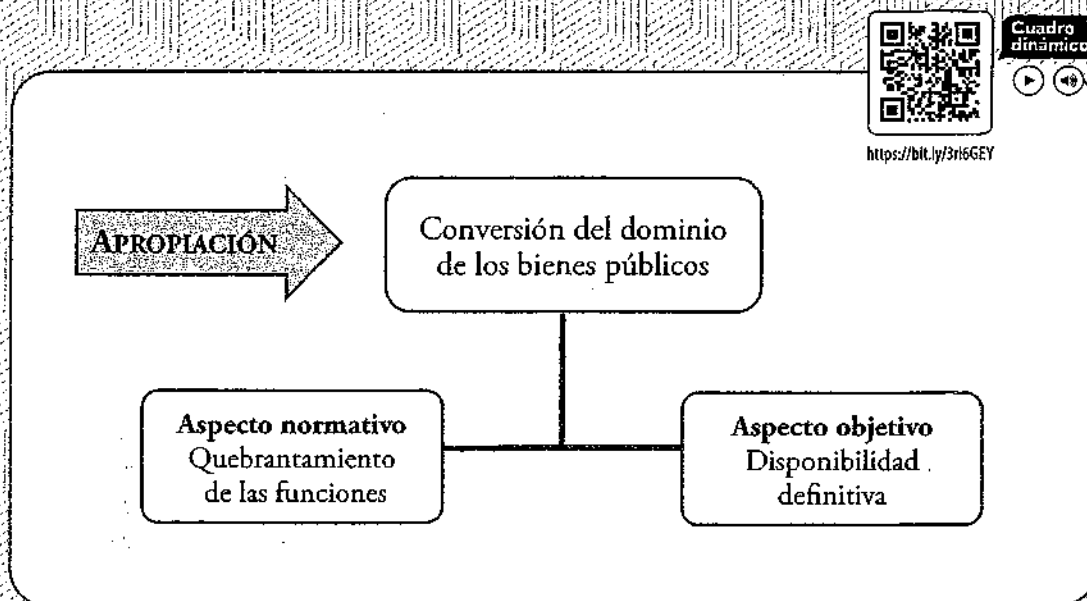
El carácter definitivo del acto concreto de disponibilidad debe ser evaluado al momento de la ejecución de la apropiación. Del aprovechamiento ejercido sobre los bienes públicos se establecerá lo determinante de la conducta típica. Lo definitivo de la disponibilidad impide que se revierta o invierta el ámbito de dominio; si sucede materialmente, esto no modifica la configuración del tipo penal. Precisamente, la posibilidad de inversión no modificará la disponibilidad definitiva de los bienes. Estamos ante una conversión del **ámbito de dominio sin efectos retrospectivos**. Esa disponibilidad es definitiva porque con la apropiación bajo sus actos concretos se logra la conversión del dominio con efectos no retroactivos; esto es, ya no podrán estar a merced de los fines administrativos (*v. gr.*, enajenación, destrucción, donación). No tendríamos que hablar de temporalidad del dominio del bien público (demoras devolutivas), puesto que es ajeno a los alcances de la apropiación<sup>(442)</sup>; en cambio, de darse más adelante la restitución o la devolución voluntaria del mismo, no tendría que afectar la configuración típica del peculado<sup>(443)</sup>, sin perjuicio de ser un criterio a ser considerado en la delimitación de la pena individualizada (artículo 46.1 f. Código Penal). Por otro lado, la posibilidad o no de la no devolución no tiene que ser un condicionante para la configuración de la conducta típica.

(441) *Vid.* MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1690.

(442) *Vid.* MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 87; CÁCERES JULCA, 2012, p. 34.

(443) *Cf.* MANZINI 8.III, 1961, p. 157; CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 453; SOTO RODRÍGUEZ en Revista Galega de Administración Pública n.º 43, 2012, p. 119; VILLADA, 1999, p. 414; FEBRES CORDEIRO, 1966, p. 1675; CHIOSSONE, 1972, p. 521; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 206; ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 64.





Cuadro dinámico

Los alcances materiales de la conversión de la situación funcional con el objeto material no puede ser motivo para establecer excepciones en la configuración del tipo objetivo. La apropiación puede ser **en todo o en parte** de los bienes públicos<sup>(444)</sup>. No hay defectos de imputación jurídica si es que el sujeto activo funcional no logró la apropiación total de su objetivo global; de todas maneras, queda satisfecha la adecuación típica si logró la disponibilidad definitiva de un porcentaje del bien público. En todo caso, servirá la cantidad de lo apropiado para la determinación de la aplicación de la modalidad agravada del peculado.

**1853.**  
Apropiación en todo o en parte

Las formas variadas con las que se puede concretizar la disponibilidad o el consumo definitivo de los bienes públicos (delito sin modos)<sup>(445)</sup> como expresión de la apropiación (*v. gr.*, vender, consumir, destruir, producir, etc.) nos lleva también a sostener que el peculado no requiere de medios delictivos específicos que condicionen su configuración típica (**delito de medios indeterminados**). Téngase en cuenta que el artículo 387 no discriminaliza medios al hacer mención de la expresión «*en cualquier forma*». Que se valga o no de medios (*v. gr.*, fraude, falsedad, amenaza, fuerza) en nada modifica el injusto del peculado, solo lo llevaría a la conformación de concursos delictivos.

**1854.**  
No necesita de medios delictivos

El **peculado propio por uso** es una vieja modalidad de herencia española que, el legislador nacional persiste en criminalizar, no obstante que no es común su tipificación en muchas legislaciones penales, como la argentina, uruguaya, brasilera,

**1855.**  
Peculado propio por uso

(444) *Cf.*: MANZINI 8.III, 1961, p. 158; FRAGOSO II, 1986, p. 394; PIERANGELI 2, 2007, p. 806; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 856.

(445) *Cf.*: RODRÍGUEZ DE VESA, 1995, p. 1184; MIR PUIG, 2000, p. 299; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 25; MOLINA ARRUELA, 2000, p. 85.

entre otras. La tendencia descriminalizadora de esta forma de peculado considera que los límites aplicativos del peculado culminan con el modelo de la apropiación de los bienes públicos, debiendo trasladarse los supuestos menores a este —como lo serían los usos o empleos temporales— al Derecho Administrativo sancionador<sup>(446)</sup>. Se considera que este tipo de prácticas peculadoras constituyen delitos de bagatela cuyo tratamiento penal es excesivo.

Ahora bien, el texto original del artículo 434 del Código Penal español de 1995 contenía una fórmula más comprensiva y renovada de la «malversación de uso», y se la consideraba una tipología novedosa y acertada para los casos de corrupción (salida legislativa coyuntural)<sup>(447)</sup> que no solo delimitaba los supuestos graves de uso de bienes muebles, sino también extendía sus alcances a los bienes inmuebles. En ese entonces, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ consideraba que «el objetivo de este artículo es cerrar lagunas de punibilidad con respecto a hechos que causaron y que causan todavía una considerable conmoción pública. Se trata de formas sutiles y modernas de explotar los bienes de la Administración pública para fines particulares»<sup>(448)</sup>. No obstante, la posterior reforma de 1995 subrogó la fórmula autónoma del peculado de uso en una especie de limpieza de peculados menores y se optó por remitir sus alcances en la modalidad de la administración desleal del patrimonio público<sup>(449)</sup>.

1856.  
Propuesta  
de los ins-  
trumentos  
internacio-  
nales

No obstante, contraria a esta tendencia de impunidad del peculado de uso, en los instrumentos internacionales se persiste en un formato normativo delictivo de imperante criminalización. Así, se desprende del artículo XI.1.b de la Convención Interamericana contra la Corrupción con la expresión «*el uso o aprovechamiento indebido*» y en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al referir la cláusula amplia de «*otras formas de desviación*» en la cual sin dudar encaja el peculado por uso.

1857.  
Opiniones  
a favor de  
su crimi-  
nalización

Bajo similar parecer, algunos penalistas resaltan la necesidad político-criminal para su criminalización<sup>(450)</sup>. Así, ANTONIO CANCINO MORENO justifica la criminalización de la figura penal en la legislación penal colombiana al sostener que «en realidad esos usos y abusos de los funcionarios públicos, individualmente considerados, pueden aparecer insignificantes para el bienestar económico del país, pero analizados en su conjunto y con sus caracteres de generalidad y persistencia (...) constituyen

<sup>(446)</sup> Así también: MAGGIORE III, 1955, p. 164; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 28; GALVÃO, 2015, p. 50; NUCCI 3, 2019, p. 481.

<sup>(447)</sup> Cf. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1699; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 832; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 93; QUERALT, 2008, pp. 792-793; CATALÁN SENDER, 1999, p. 283; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 200; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Chodán Montaño II, 2001, p. 525; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 115.

<sup>(448)</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1156.

<sup>(449)</sup> Vid. MIR PUIG, 2016, p. 137; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 890.

<sup>(450)</sup> Así: FRANCO, 1987, p. 125; FRAGOSO II, 1986, p. 395; BITENCOURT 5, 2019, p. 49.

una permanente sangría de los bienes del Estado»<sup>(451)</sup>. Por su parte, JORGE E. BOUMPADRE, crítico de la impunidad del peculado de uso en la legislación penal argentina, sostiene que «este tipo de comportamientos funcionariales, cada vez más extendidos en el sector público, implican un grado de corrupción funcional que merece la tipificación penal. De esta manera, se cubrirá un visible espacio de impunidad que afecta el desenvolvimiento patrimonial del Estado»<sup>(452)</sup>.

La visión omnicompreensiva de la lucha anticorrupción no permite programas garantistas contrarias al adelantamiento de las barreras de punición o al desbordamiento penal de los casos de empleos indebidos de bienes públicos. La respuesta efectivista del Derecho Penal y el solapamiento del Derecho Administrativo sancionador frente a los usos privados de bienes públicos, por lo pronto, sostendrán la tendencia político-criminal a su criminalización. Sin embargo, reiteramos la cuestionable equiparación punitiva con el peculado propio por apropiación que, mientras no exista de *lege ferenda* una independización de los marcos penales, lo que le queda al juzgador es la individualización de la pena bajo el criterio reductor. Además, un esfuerzo académico para distinguir las modalidades de la apropiación y la utilización no tendría significancia aplicativa por la equiparación punitiva.

La **conducta típica** de esta modalidad consiste en el acto de utilización o uso que ejerce el empleado peculador sobre los bienes públicos los cuales se encuentran bajo su tenencia (material y/o jurídica) y sobre los que viene ejerciendo la administración, percepción y/o custodia. El artículo 387 recurre al verbo rector «utilizar» que es sinónimo de «usar» (descrito en el artículo 388), el cual era mencionado en el clásico tipo penal español y que es ahora referido en el modelo del artículo XI.1 b de la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, hay otros modelos de verbos rectores asimilables como el de «desviar» (artículo 312, Código Penal brasileño) o el de «distraer» (texto original del artículo 315, Código Penal italiano de 1930).

1858.  
Uso

Se podría señalar que el peculado propio de uso tendría como análogo delictivo patrimonial al **hurto de uso** (artículo 187, Código Penal), pues se indica que habría componentes asimilados entre ambas figuras penales como el uso momentáneo del objeto material y la intención de devolución del mismo. Pero, como describiremos, existen algunos elementos especiales del delito funcional en estudio que singularizarán sus alcances interpretativos, ya que no se trata simplemente de cualquier sustracción temporal con fines devolutivos, sino de una ejercida por un empleado público bajo una relación funcional con el objeto material. En tal sentido, no cabe confundir al peculado propio por uso con el hurto de uso así nada más.

1859.  
Semejanza con el hurto de uso

Para determinar los alcances conceptuales de la utilización de los bienes públicos se han optado por la prevalencia de sus elementos objetivos o subjetivos. Así, los que siguen la primera opción opinan que la utilización de los bienes públicos con-

1860.  
Definición patrimonial finalística

(451) CANCINO MORENO, 1983, p. 116.

(452) BOUMPADRE III, 2003, p. 264.

siste en el empleo aprovechador bajo la intención o el *animus utendi*, es decir, *sin uti dominis*, sin apropiación o pretensión de quedarse definitivamente con el objeto material. Algunos refuerzan el aspecto subjetivo con la adición del ánimo de restitución o devolución del bien público<sup>(453)</sup>. Entonces, se plantea una conducta típica del peculado de uso siempre bajo la dependencia configurativa de la intención especial que impulsa al empleado peculador. Es común encontrar entre los comentaristas peruanos la necesidad de propugnar un ánimo de servicio y negar el propósito de apoderamiento durante el aprovechamiento de los bienes<sup>(454)</sup>.

**Jurisprudencias:** «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» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>



«En la modalidad de uso de los efectos y caudales, el agente los retira de la esfera pública, pero solo con el ánimo de utilizarlos, no de apropiarse de ellos para sí o para otro; en esta modalidad el agente no consume los bienes, solo los usa y luego los regresa al ámbito público» (Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3000-2013 Lambayeque, considerando 6). <https://bit.ly/3m41ESs>



«La utilización estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32i1g>



Llegamos así a una definición de conducta típica sostenida bajo componentes del tipo subjetivo que muchas veces no están descritas en la fórmula normativa. La vía subjetiva podría resultar una solución efectivista y gaseosa que traslada la problemática a cuestiones probatorias de definición de los ánimos.

La segunda opción construye la utilización de los bienes públicos en atención a un criterio de temporalidad sobre la posesión de los mismos<sup>(455)</sup>. En tal sentido, se define

**1861.**  
Definición  
de la tem-  
poralidad

<sup>(453)</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, 1995, p. 1186; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 27; CASCINO-MORENO, 1983, p. 120; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 254; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 405; ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 65.

<sup>(454)</sup> Así: ROJAS VARGAS, 2007, p. 491; HUGO VIZCARDO en Nakizaki Servigón *et al.*, 2016, p. 267; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 405; CÁCERES JULCA, 2012, p. 42; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 557; ENCO TIRADO, 2020, p. 108; CALDERÓN VALVERDE en Benaventé Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 168; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 15; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 207; DÍAZ FUSTAMANTE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 74, 2015, p. 183; LLAMOJA HILARES en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2020, p. 324.

<sup>(455)</sup> Cfr. PAGLIARO I, 2008, pp. 87-88; PONTI, 2002, p. 39; CIMADOMO en Fava, 2009, p. 28; PABÓN PARRA, 1995, p. 324.

al uso de los bienes públicos como el empleo momentáneo, accidental o transitorio de los mismos<sup>(456)</sup> que se verifica con la restitución del objeto material al final de la conducta típica<sup>(457)</sup>. La cuestión de la temporalidad implica verificar si es necesario o no la restitución del bien para comprender la utilización y diferenciarlo de la apropiación.

Justamente, hacer mención de la restitución acompleja la posibilidad de imputar el delito, pues es común confundirlo como un elemento más del tipo o una condición objetiva de punibilidad, cuando ninguna de estas posibilidades se tiene una previsión legal.

Frente a ambos criterios, es tendencia mayoritaria en la doctrina<sup>(458)</sup> su conjugación para una definición más comprensiva del uso de bienes públicos y sostiene que la misma consiste en el empleo temporal bajo los ánimos de no apropiación y restitución. No obstante, se subraya que este criterio no se salva de algunos de los cuestionamientos ya señalados *infra*.

**Jurisprudencia:** «En la utilización, el agente usa los efectos o caudales, sacándolos, igualmente, de la esfera de custodia de la Administración Pública, pero solo con la finalidad de utilizarlos, no de apropiarse de ellos, para sí o para otro. Con esta modalidad, el agente no consume los bienes, solo los usa y luego los regresa a la esfera pública» (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 610-2013 Piura, considerando 5). <https://bit.ly/3Ed0f2p>.



**1862.**  
Definición mixta.

Con un planteamiento de la **conversión del ámbito de dominio** de los bienes públicos, consideramos que el acto de **utilización o uso** se debe definir como la transformación de la disponibilidad permitida del objeto material pero ahora con actos de aprovechamiento o empleo de sus funciones inherentes a través del quebrantamiento de las funciones de administración, percepción y/o custodia. De plano descartamos la tesis traslativa de esferas de dominio cuando en todo momento el bien público se haya en poder del empleado peculador quien quebranta sus funciones administrativas y convierte su dominio debido<sup>(459)</sup>. No hay ninguna precisión que distinguir sobre

**1863.**  
Postura de la conversión.

<sup>(456)</sup> Así: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4103; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 272; GÓMEZ GUILLAMÓN en Moyna Ménguez *et al.*, 2000, p. 831.

<sup>(457)</sup> Así: PUIG PEÑA III, 1955, p. 356; CUELLO CALÓN II I, 1980, p. 458.

<sup>(458)</sup> Así: RANIERI III, 1972, p. 248; MAGGIORE III, 1955, p. 163; ANTOLISEI II, 1960, pp. 634-635; ROMANO, 2006, p. 43; CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueno, 1999, p. 1727; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 96; GARROCHO SALCEDO en Economía n.º 6, 2014, p. 273; BAYARDO BENGEOA IV I, 1979, p. 134; FRANCO, 1987, p. 129; RUBIO ÁNGULO, 1985, p. 102; LOMBANA VILLALBA en Castro Cuenca II, 2011, p. 251; BITENCOURT 5, 2019, p. 49; PRADO 3, 2019, p. 308; ROJAS VARGAS, 2020, p. 347; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 134; SALINAS SICCHA, 2016, p. 366; HUGO ALVAREZ, 2006, p. 254; CHIRINOS SÓTO, 2004, p. 781; ENCO TIRADO, 2020, p. 108.

<sup>(459)</sup> Siguen la tesis de la traslación o separación de esferas de custodia: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 344; AMORETTI PACHAS en Jus Doctrina & Práctica n.º 3, 2009, pp. 77-78; SALINAS SICCHA, 2016,

el **aspecto normativo** de la conducta (quebrantamiento de las funciones administrativas); la diferencia con los actos de apropiación se halla en el **aspecto objetivo**.

1864.

Actos  
concretos  
del uso

Los **actos concretos** que producen el quebrantamiento de las funciones de administración, percepción y/o custodia cuentan con dos características relevantes: *primera*, el aprovechamiento de las atribuciones del objeto material; y, *segunda*, la provisionalidad del aprovechamiento. Estas tienen que concurrir si y solo si en toda conducta que sea imputable como utilización o uso de bienes públicos.

1865.

Aprove-  
chamiento

Téngase presente que en los actos de apropiación no siempre puede decirse que el sujeto activo funcional recurre a servirse de las atribuciones que ofrece el bien público, como, por ejemplo, se aprecia en los actos destructivos y donativos en los cuales hay una disponibilidad definitiva. En ese aspecto, una primera característica de los actos concretos de disponibilidad en el uso reside en la explotación o el **aprovechamiento** de las funciones inherentes a los bienes públicos o conforme a su propia naturaleza o destino<sup>(460)</sup>. Estos deben generar beneficios, disfrutes o utilidades al empleado peculador en su propio empleo (por el cual se formó o creó) y esto es lo que lo distingue como criterio objetivo de otras denominaciones (*u. gr.*, arrendamiento, préstamo). Estamos refiriéndonos al empleo funcional o servicial de los bienes.

**Jurisprudencia:** «La utilización significa usar, disponer o aprovecharse ilegalmente de los caudales o efectos de la administración pública sin apropiarse de ellos. Este uso puede comprender los bienes inmuebles. Esta modalidad es conocida como peculado por utilización (...). Dentro de ese contexto, es evidente que la conducta incriminada al acusado constituye el delito de peculado en su modalidad de utilización de bien inmueble y de ninguna forma significa apropiación, alquilar la cancha de fútbol del Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú, de uso exclusivo de la institución, a personas particulares» (Sentencia del 21 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, Casación n.º 131-2016 Callao, fundamento 16). <https://bit.ly/3C8R6qK>



El disfrute se distingue como el condicionamiento conceptual de los actos típicos de utilización: sin el disfrute de los bienes no hay utilidad como conducta típica. Pero ese disfrute o goce no tiene que ser interpretado bajo la apreciación del empleado peculador y sus necesidades, sino en el entendido que el objeto material ha cumplido con sus atribuciones o beneficios objetivos, aun cuando no haya alcanzado los objetivos esperados por el sujeto activo.

p. 367; CÁCERES JULCA, 2012, p. 43; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 520; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 168.

<sup>(460)</sup> Cfr. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quinteiro Olivares, 2005, p. 1700; POLAINO NAVARRÉTE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 347; CATALÁN SENDER, 1999, p. 283; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1156; PEÑA OSSA, 1995, p. 79; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 114; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 37; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 214; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 156; NUCCI 3, 2019, p. 481; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 476; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 44.

Pero ese disfrute o aprovechamiento de las bondades de los bienes públicos debe ser complementado con el criterio de la **provisionalidad** y, con ello, afirmar que se trata de un goce momentáneo del objeto material sin que se llegue a su disponibilidad definitiva. No cabe discutir la temporalidad del aprovechamiento, si es que esta ya se viene ejerciendo, pero tampoco llegar a la situación de la tenencia del objeto material sin ejercer el aprovechamiento. La temporalidad es un factor necesario para la funcionalidad de los bienes públicos.

La provisionalidad del aprovechamiento se condiciona a la persistencia de la utilidad del objeto material para con los fines administrativos. Aun si fueron utilizados para los fines particulares, permanece todavía la posibilidad de seguir siendo explotados para los objetivos establecidos por la Administración Pública; por lo que está autorizado la **inversión** o la **retrospectiva dispositiva** del objeto material y, con ello, el regreso a su disponibilidad oficial.

Entiéndase entonces que hay una disponibilidad temporal en cuanto se pueda volver a aprovechar las funciones del bien público a los fines administrativos. Los actos concretos practicados a los bienes públicos, al ser provisorios o superfluos, no logran afectar su destino administrativo y se autoriza la posibilidad de la inversión del dominio. En ese sentido, es obvio que el objeto material más cercano para los actos de uso son los **bienes no agotables o consumibles**<sup>(461)</sup>.

El criterio de la provisionalidad que fundamentamos no se corresponde con la **restitución**, puesto que en la conversión no existe traslación de los bienes y no cabe la idea del reintegro porque los bienes nunca pasaron a formar parte del ámbito de dominio particular<sup>(462)</sup>. El quebrantamiento de las funciones administrativas es una especie de extralimitación funcional que siempre se ejecuta en el ámbito de dominio oficial. No se comprende qué es lo que se va a devolver si nunca se ejerció traslado de ámbitos de dominio particular<sup>(463)</sup>. Por consiguiente, no se exige ni como elemento del tipo objetivo ni como condición objetiva de punibilidad.

Por otro lado, al no requerirse el supuesto reintegro, tampoco es exigible el **cese del uso**<sup>(464)</sup>, puesto que la temporalidad de la utilización de los bienes públicos no siempre necesita que el sujeto activo haya conseguido su disfrute cabal, pudiendo perfectamente interrumpirse la conducta típica (tentativa).

<sup>(461)</sup> Cf. PRADO 3, 2019, p. 308; NUCCI 3, 2019, p. 481; GONÇALVES, 2015, p. 769; WUNDERLICH en Reale Junior, 2017, p. 909.

<sup>(462)</sup> Cf. ROGA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 532; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1157; LAJE ANAYA III, 1981, p. 121; ROJAS VARGAS, 2007, p. 491; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 405; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 44; SAAVEDRA MONTELLANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 208.

<sup>(463)</sup> Consideran necesario la restitución: ROJAS VARGAS, 2007, p. 492; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 257; CÁCERES JULCA, 2012, p. 44; ABASTOS HURTADO II, s/f, p. 65.

<sup>(464)</sup> En sentido contrario: ROJAS VARGAS, 2007, p. 492.

1867.  
Apro-  
vecha-  
mientos  
parciales

Ahora bien, la provisionalidad del aprovechamiento de los bienes públicos excluye las **disposiciones consumativas segmentarizadas** o parciales. Si el empleado peculador ejerce un consumo definitivo en una fracción o extremo del objeto material que lo vuelve inservible no podrá entenderse la conducta como una utilización, sino como una apropiación. La modalidad del uso implica entonces un disfrute temporal de los bienes bajo el supuesto de su reutilización oficial, y solo se logrará ello con bienes íntegros y aptos. Por consiguiente, es común afirmar que el dinero no puede ser objeto material del peculado de uso<sup>(465)</sup>, ya que su gasto es definitivo (apropiación) y no puede ser reutilizado para fines administrativos. Lo mismo se podría indicarse de las energías (*v. gr.*: eléctrica, combustible).

1868.  
Gravedad  
del uso

El artículo 387 no informa de un **criterio delimitador objetivo de los usos privados** que es un factor selectivo que evita la criminalización de peculados de bagatela. Ejemplo: emplear la computadora de la entidad pública para hacer trabajos académicos. No se determina normativamente cuándo los peculados de usos son graves o no en atención a su límite mínimo cuántico, como si sucede en torno a su límite máximo (superior a diez unidades impositivas tributarias), para diferenciarlo de su forma agravada. Sin llegar a criterios numerativos se puede de *lege ferenda* recurrir a expresiones como el grave perjuicio. Por lo pronto, es importante que el juzgador tome en cuenta la gravedad de los usos privados en atención al principio de insignificancia y la relevancia que conlleva el aprovechamiento temporal para exponer a un riesgo considerable al bien jurídico protegido. Se podría invocar lo señalado por JUAN CÓRDOBA RODA en el sentido que «la conducta ostente una cierta gravedad en función de la importancia de la utilidad lograda y del tiempo durante el cual resultan apartados los bienes de su función pública»<sup>(466)</sup>.

1869.  
Simulta-  
neidad del  
uso y la  
apropia-  
ción

Por otro lado, es posible que en una sola conducta se ejerza a la vez la apropiación y la utilización de los bienes públicos (**simultaneidad de las modalidades del peculado**). El caso típico es el del empleo de medios de transportes oficiales (*v. gr.*, buses, aeronaves) y la disposición del combustible para su funcionalidad. Considérese la configuración de un solo delito de peculado, en la cual la utilización se subsume a la apropiación por el principio de consunción.

1870.  
Apropia-  
ción o uso  
omisivo

El peculado puede cometerse también bajo la **modalidad omisiva**, aun cuando el artículo 387 no recoja la tradicional modalidad del «*consentimiento*» de la apropiación o el uso, como si se observa en la fórmula de la malversación pública (artículo 389, Código Penal) o en el peculado específico de uso (artículo 388, Código Penal)<sup>(467)</sup>. Se

(465) *Vid.* ROMANO, 2006, p. 41; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 111; LANGON CUÑARRO, 2017, p. 147; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 32; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 215; NUCCI, 2019, p. 481; ROJAS VARGAS, 2007, p. 491; CÁCERES JULCA, 2012, p. 42.

(466) CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2084.

(467) Esta modalidad omisiva estaba prevista en el artículo 196 del Código Penal de 1863 («*consentiente que otro sustraiga*»). El actual artículo 387 preveía la omisión al ser incorporada por la Ley n.º



estaría ante un **peculado por omisión impropia** (comisión por omisión) y esto es factible en los modelos de apropiación y utilización donde la conversión de la situación funcional no siempre requiere de actos concretos de dominio o aprovechamiento derivado del propio empleado peculador.

**Jurisprudencia:** «El acusado cometió el delito de peculado doloso. No se trata de una omisión de funciones, sino de una conducta activa que incidió sobre caudales públicos, a mérito de lo cual aparto de la esfera de la Administración televisores que tenían una asignación determinada y que el (Jefe de Abastecimiento de la UGEL), por razones funcionales, debía cautelar» (Ejecutoria suprema del 17 de agosto de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3731-2013 Ayacucho, considerando 7). <https://bit.ly/3m7MDzi>.



En ese parecer, el empleado peculador tiene la **posición de garantía** (deber funcional especial) de evitar la apropiación o el aprovechamiento ajeno de los bienes públicos o la de mantener los mismos a su destino administrativo<sup>(468)</sup>. Frente a ello, se vulnera el deber funcional y se permite que se consiga o se conjure la apropiación o la utilización no administrativa del objeto material, al no hacer nada para impedirlo o neutralizarlo. «Se imputa al funcionario o a la autoridad la responsabilidad por un resultado lesivo que no han producido directamente, sino que se han limitado a no evitar, cuando por su especial posición estaban obligados a impedirlo»<sup>(469)</sup>. No es una mera dejación o inercia; se trata de una omisión deliberada (finalística) dirigida a la apropiación<sup>(470)</sup> o a la utilización que está proscrita por el deber funcional de evitación de riesgos prohibidos a la correcta administración o gestión de los fondos

29703 («consiente que un tercero se apropie o utilice»); sin embargo, sin justificación de los proyectistas se suprimió su referencia legal con la Ley n.º 29758. Actualmente, el artículo 570.1 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 566 del Proyecto de Código Penal de 2016 recogen esta modalidad omisiva con la expresión «consiente que un tercero se apropie o utilice». En la legislación comparada también se describe modalidad omisiva: artículo 312.1 del Código Penal brasileño («consiente para que sea sustraído»), artículo 233 del Código Penal chileno («consintiere que otro los sustraiga»), artículo 336.1 del Código Penal cubano («consienta que otro se apropie»), artículo 445 del Código Penal guatemalteco («consintiere que otro sustraiga»), artículo 451 del Código Penal nicaraguense («consienta, que otro sustraiga, apropie») y artículo 338 del Código Penal panameno («consienta que otro se apropie, sustraiga»).

<sup>(468)</sup> Cfr. RANIERI III, 1975, p. 248; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 70; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, pp. 515-516; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 452; LÓPEZ BARRA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4065; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández et al., 1998, p. 102; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Mejendo Pardo, 2013, p. 265; GARROCHO SALCEDO en Eunoia n.º 6, 2014, p. 271; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 518; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 343.

<sup>(469)</sup> ORTOS BERENGUER en Vives Antón et al., 2010, p. 727.

<sup>(470)</sup> Vid. ORTOS BERENGUER en Vives Antón et al., 2010, p. 727; ETXEBARRIA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 194; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 70; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 515; CRÉSPO BARQUERO en Seitano Butragueño, 1999, p. 1721.

públicos. Toman importancia la posición de garantía del sujeto activo funcional y los conocimientos mínimos sobre la apropiación o el uso particular.

1871.  
Negativa  
a la resti-  
tución

En principio, la no devolución de los bienes públicos ante el requerimiento de la autoridad competente (*v. gr.*, al haber cesado en el cargo funcional) es una forma común de incurrir en la apropiación por omisión. La **negativa a la restitución**<sup>(471)</sup> o la persistencia a la no devolución convierten la relación funcional que tiene con el objeto material en una ilicitud ajustada a la apropiación del peculado. No hay dificultades aplicativas en este ámbito delictivo al contarse con la solitaria intervención del empleado peculador.

**Jurisprudencia:** «La pistola le fue asignada al encausado cuando prestaba servicios para la PNP. Por tanto, el acusado tuvo una relación funcional respecto de un bien del Estado, el cual le fue confiado durante su ejercicio funcional como efectivo policial por la naturaleza del servicio que prestaba; por lo que incumplió el deber de entregarla cuando cesó en el cargo como comandante de la PNP. En ese sentido, el delito se habría consumado en tal momento» (Ejecutoria suprema del 3 de abril de 2019 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2199-2018 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3puclDY>.



1872.  
Tercero  
ejecutor

Pero en el contexto conductual omisivo también podrá necesitarse de alguien que realice la apropiación o la utilización y, por ende, la imprescindible intervención del **tercero ejecutor**. No se puede pensar que en todos los casos el empleado peculador pueda por sí mismo no hacer nada y, a la vez, lograr la apropiación o el uso del bien público. Sobresale la figura del tercero ejecutor que siempre será un *extraneus*, ya sea un particular cualquiera u otro empleador público no responsable de los bienes de la administración<sup>(472)</sup>. En todo caso, al mediar la intervención del tercero, en las modalidades de omisión del peculado no es que se tome importancia la interpretación de la apropiación o del uso bajo el planteamiento de las transferencias de los ámbitos de dominio, puesto que perfectamente se puede sostener la conversión de la situación funcional de los bienes como producto de la no evitación del funcionario responsable, independientemente que los actos concretos de dominio o disfrute provengan o no de este. Esa conversión derivada de la actuación de un tercero está habilitada con la figura del consentimiento.

1873.  
Consentimiento  
tácito

El **consentimiento** no siempre exige una concertación o un acuerdo previo (*pactum sceleris*) entre el funcionario responsable y el tercero ejecutor<sup>(473)</sup>; aunque en la práctica sí lo es. Por lo pronto, hay **dos esquemas típicos** de configuración que

(471) Cfr. TELES III, 2004, p. 387; ESTEFAM 3, 2018, p. 549.

(472) Vid. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 342.

(473) Cfr. CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2067; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 452; CATALÁN SENDER, 1999, p. 265; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 515; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1185; MIR PUIG, 2000, p. 303; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 800;

conlleven problemas aplicativos: *Primero*, la inexistencia del acuerdo previo entre el funcionario responsable y el tercero ejecutor (**consentimiento tácito**). Hay una especie de coautoría accesoria en la cual el funcionario responsable tiene conocimiento sobre el acto de apropiación o utilización del tercero ejecutor y no realiza ninguna conducta tendente a anularla o evitarla, permitiendo con su omisión la consumación del peculado. Lo que prevalece en la imputación típica es el grado de conocimiento del empleado peculador sobre la actuación antes y durante la apropiación o la utilización de un *extraneus* (mas no posterior). Por otra parte, el desconocimiento del tercero ejecutor de la facilitación omisiva del funcionario responsable lo independiza de la imputación por peculado. En ese panorama, al funcionario responsable se le atribuye el título de autor por omisión del peculado y al tercero ejecutor el título de autor por comisión de la apropiación indebida<sup>(474)</sup>.

*Segundo*, la existencia del acuerdo previo entre el funcionario responsable y el tercero ejecutor que intervienen en el delito en forma autónoma (**consentimiento expreso**). Se aplicarían las mismas reglas del primer esquema y no habría problemas en la configuración del conocimiento del empleado peculador del acto de apropiación o de uso, pues está establecida en el acuerdo previo (conocimiento exteriorizado). Sin embargo, en torno al tercero ejecutor, el conocimiento de la facilitación lo convertiría a la vez en un cómplice primario de peculado por apropiación o uso y un autor de la apropiación indebida o hurto de uso, por lo que las reglas del concurso aparente de leyes se resolverían a favor de la primera imputación<sup>(475)</sup>.

1874.  
Consentimiento expreso

El problema también reside si se le exige una intervención positiva al empleado peculador (desde que expresa su consentimiento) para facilitar la apropiación o la utilización de los bienes públicos. Es la manifiesta aceptación de la apropiación o la utilización ajena con pasividad permanente. Ejemplo: entregar las claves o códigos de seguridad para ingresar a la bóveda del banco, permitir el acceso al almacén de los insumos o accederle los mismos al ingreso del mismo. Habría una forma de acto contributivo a la apropiación o el uso del tercero. Si bien, se diría que el empleado peculador estaría ejecutando una acción<sup>(476)</sup>, consideramos que se debe tener presente la no evitación para neutralizar el proceso delictivo de la apropiación o la utilización que, por último, es lo que importa en el fin de protección de la norma penal.

CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1721; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4065; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 102; ABELLO GUAL en Pensamiento Jurídico n.º 45, 2017, p. 175; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 647; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 518.

<sup>(474)</sup> Similar propuesta: SALINAS SICCHA, 2016, p. 368.

<sup>(475)</sup> También optan por la participación en el peculado: MIR PUIG, 2000, p. 303; CATALÁN SENDER, 1999, p. 265; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4066; ABELLO GUAL en Pensamiento Jurídico n.º 45, 2017, p. 176; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 343; SALINAS SICCHA, 2016, p. 368.

<sup>(476)</sup> Los que consideran que se trata de una acción: CÓRDOBA RODA en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2067; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarríta, 1999, p. 194.

1875.  
Peculados  
directos e  
indirectos

También podemos reorganizar los esquemas antes desarrollados conforme a la intervención del empleado peculador en la apropiación o la utilización<sup>(477)</sup>. En tal sentido, la apropiación o la utilización omisiva del empleado peculador se entendería como un **peculado propio indirecto**, puesto que no lo realiza personalmente el sujeto activo, sino que permite que un tercero lo realice. En este prototipo también ingresarían los casos de autoría mediata, en los cuales el empleado peculador instrumentaliza a un tercero (*v. gr.*, desconoce la condición pública del bien o es inimputable) para que ejecute bajo su dirección la apropiación o el uso de los bienes públicos. Los demás casos en los que el empleado peculador desarrolla personalmente la apropiación o la utilización o sin valerse de terceras personas se considerará un **peculado propio directo** y se identifica como un delito de propia mano.

1876.  
Resultado  
típico

La exigencia de una consecuencia en los actos de apropiación o uso de los bienes públicos o, mejor dicho, un **resultado típico**, dependerá no solo de los alcances interpretativos de la conducta típica, sino también de lo que se tenga que saber por la tutela penal de los bienes jurídicos del peculado. Por tal motivo, quienes optan por una versión formalista o administrativista pura del objeto de protección específico concluirán que el peculado no requiere de una lesión o un daño patrimonial, ya que la infracción del deber de fidelidad o el quebrantamiento de los principios que regulan la correcta administración de los fondos públicos bastará para la consumación del delito<sup>(478)</sup>. Todo lo contrario, sucede en los que acotan el significado patrimonial del bien jurídico, ya que no dudan en exigir la lesión o el perjuicio patrimonial como resultado típico<sup>(479)</sup>.

Los que rescatamos un bien jurídico dual en el cual uno de sus aspectos —el patrimonial— juega un papel necesario para una correcta actuación funcional, no podemos ser ajenos a la inevitable verificación de una consecuencia negativa en torno a la disponibilidad (definitiva o provisional) ajena de los bienes públicos frente a su destino administrativo.

(477) *Vid.* CARDONA TORRES, 2010, p. 516.

(478) Entre los que no exigen lesión o daño patrimonial: CARCANO, 2010, p. 125; CARRERA, 1968, p. 149; CREUS, 1981, p. 335; BOUMPADRÉ III, 2003, p. 259; TERRAGNI III, II, 2012, p. 490; BAYALA BASOMBRIO, 2008, p. 99; ABOZO, 2018, p. 1398; GHERSI *en* Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1233; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 906; BAYARDO BENGÓA IV, I, 1979, p. 139; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1215; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 145; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 25; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 487.

(479) Así: QUINTERO OLIVARES *en* Quintero Olivares, 2017, p. 1775; ORTIZ BERENGUER *en* Vives Antón *et al.*, 2010, p. 727; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 322; SOLER V, 1978, p. 185; TAZZA III, 2018, p. 264; MARÍN, 2008, p. 801; MALDONADO *en* Levene, 1978, p. 554; GODOY LEMOS *en* Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 416; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 285; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 182; CAPEZ 3, 2019, p. 477; PAGLIUCA, 2010, p. 188; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 33; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 79; PEÑA OSSA, 1995, p. 78; FRANCO, 1987, p. 85; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 355; SALINAS SICCHA, 2016, p. 369; ROJAS VARGAS, 2007, p. 500; HUGO VIZCARDO *en* Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 262; CÁCERES JULCA, 2012, p. 62; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 134; ENCO TIRADO, 2020, p. 113; CALDERÓN VALVERDE *en* Benavente Chories/Calderón Valverde, 2012, p. 170; SAAVEDRA MONTELLANOS *en* Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 208.

El artículo 387 no hace una descripción del resultado típico, por lo que tiene que ser interpretado de las modalidades conductuales del peculado, específicamente en el momento culminante de su realización (la apropiación y la utilización son indiscutiblemente consecuentes); por ello, nos encontramos ante un **delito de resultado**. Así, el resultado típico del peculado es una consecuencia ineludible de la conducta típica o inherente a esta<sup>(480)</sup> que se determina vía interpretativa. No es menester la exigencia *ad litterem* del mencionado elemento objetivo, mucho menos esperar su cuantificación mínima porque, ante todo, las expensas funcionales de los bienes públicos a fines no administrativos son modificaciones negativas frente una situación patrimonial efectiva y regular que se espera de la administración.

Obsérvese en la jurisprudencia el debate sobre la necesidad o no de un perjuicio contra la entidad pública como resultado:

**Jurisprudencias:** Entre las jurisprudencias que reclaman un daño: «*En tanto a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público, es obvio que se necesita la disminución ilícita de los caudales o efectos públicos, lo que importa una producción de un daño patrimonial mediante la disposición antijurídica*» (Ejecutoria suprema del 26 de julio de 2018 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 1004-2017 Moquegua, fundamento 5). <https://bit.ly/3B1xROt>.



«*El perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal. Pero, este se configura cuando se separa el bien público de la esfera de la Administración Pública —el resultado típico es la pérdida contable de los bienes públicos—, que requerirán la correspondiente Auditoría Gubernamental o, en su defecto, una pericia contable. Es, por consiguiente, un delito de resultado*» (Ejecutoria suprema de 29 de abril de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2124-2018 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3b0m8oT>.



«*El delito de peculado es un delito de resultado, de lesión, por lo que debe producirse, en lo concreto, un perjuicio patrimonial que debe acreditarse con la respectiva pericia contable, lo que no ha ocurrido en el presente caso, puesto que no es suficiente que el agente realice el desplazamiento concreto de los caudales o efectos, sino que dicha separación conlleve a una disposición indebida*» (Ejecutoria suprema del 20 de abril de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2377-2015 Puno, considerando 8). <https://bit.ly/2XzLmR0>.



«*Es un delito especial de resultado, puesto que, entre otros, exige que se demuestre la apropiación del patrimonio estatal confiado o tutelado por el funcionario o servidor público*» (Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3000-2013 Lambayeque, considerando 7). <https://bit.ly/3m41ESs>.



«*Supone implícitamente un detrimento en el patrimonio estatal, lo cual constituye también uno de los elementos para configurar la existencia del delito de peculado*» (Ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 520-2015 Puno, considerando 4). <https://bit.ly/30M3QFX>.



(480) Vid. SÓLER V, 1978, p. 185.

«No se ha advertido la existencia de algún faltante en la construcción de la carretera entre los poblados de Raccaya y Apongo; en ese contexto, no ha ocurrido uno de los elementos fundamentales del delito de peculado que es el perjuicio económico por lo que la conducta atribuida a la procesada resulta atípica» (Ejecutoria suprema del 26 de mayo de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4375-2005 Ayacucho, considerando 3). <https://bit.ly/3Gg7PLa>.



«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» (Ejecutoria suprema del 9 de febrero de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4212-2009 Amazonas, considerando 4). <https://bit.ly/3B7Vjd9>.



Entre las jurisprudencias que no exigen un perjuicio<sup>(481)</sup>: «De la estructura típica del delito de peculado no se advierte la exigencia de un determinado perjuicio para su configuración. Consecuentemente, en el presente caso, la inexistencia de perjuicio económico, que se habría materializado en la culminación de la obra, no justifica la irresponsabilidad penal del procesado por el delito de peculado» (Ejecutoria suprema del 6 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1211-2016 Apurímac, considerando 3.3). <https://bit.ly/3m3Ox3E>. El presente fallo realiza una interpretación literal del artículo 387 para negar la existencia de un resultado típico.



**1878.**  
Función  
dogmática

En tal sentido, el resultado típico cumplirá una **función dogmática** de verificación de la aptitud vulnerante de la apropiación o el uso de los bienes públicos contra la correcta gestión o administración del patrimonio público. Se juega la idoneidad de la conducta típica con la acreditación objetiva del resultado típico.

**1879.**  
Definición  
del resul-  
tado

Pero, ¿cómo definir al resultado típico? Acaso bastará con hacer mención al simple aprovechamiento de los bienes públicos para así afirmar que hubo un beneficio para el sujeto activo y, a la vez, un perjuicio para la entidad administrativa. Consideramos que no, puesto que muchas veces puede aprovecharse el empleado peculador de caudales que carecen de utilidad a los fines administrativos (*v. gr.*, bienes en desuso o defectuosos) o que la posesión o el mantenimiento de los bienes resulta más costoso para quien lo ostente y más beneficioso para la administración<sup>(482)</sup>. Lo mismo ocurriría en la utilización de los instrumentos públicos en los que el empleado peculador los revierte al servicio administrativo, pero ahora con mejoras que elevan sus costos (*v. gr.*, computadoras repotenciadas, mobiliario modernizado). En estos casos no se satisface la imputación objetiva del resultado porque las conductas no están cubiertas por el **fin de protección de la norma**. Una situación mejorable o ventajosa creada con la conducta típica para un mejor destino administrativo de los bienes públicos o un beneficioso empleo de los gastos públicos no colisiona con la prevalencia del bien jurídico protegido.

(481) *Vid.* rab. Ejecutoria suprema del 25 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 67-2014 Ucayali, considerando 7.

(482) *Cf.* CREUS, 1981, p. 333; BOUMPADRE III, 2003, p. 259; TERRAGNI III, II, 2012, p. 490; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 99; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 24.

Si hemos descrito que lo que le da relevancia penal al peculado es la vulneración de una correcta gestión o administración del patrimonio público, los actos de apropiación o utilización deben ser tales que comprometan la disponibilidad, definitiva o temporal, de los bienes públicos a los fines administrativos. Es menester aludir a GONZALO QUINTERO OLIVARES quien describe el perjuicio patrimonial como el «menoscabo que se plasmará en los resultados de la gestión y cuando el activo haya descendido a causa de la gestión del administrador. Pero en el sector público lo importante es que el uso del patrimonio y la gestión del gasto se hayan orientado a unos fines razonables y conformes al objetivo propuesto y aceptado»<sup>(483)</sup>.

Un **resultado típico** será aquella consecuencia situacional de desmedro de los bienes públicos ya preestablecidos a las necesidades de la administración. No se confunde con los beneficios que pueda obtener el empleado peculador porque no hay dependencia causal entre ellos: el sujeto activo puede haber conseguido despojar del bien a la entidad pública, pero no iniciar todavía su aprovechamiento. No es un resultado típico si la apropiación o la utilización no consigue esa **consecuencia situacional desventajosa** para la entidad pública. No se trata de la descripción de un resultado meramente material (dañosidad corpórea), traslativo, cuantificador o reduccionista, sino de un resultado enfocado a la predisposición utilitaria o aprovechadora de los fondos públicos a los fines administrativos<sup>(484)</sup>. La apropiación de un bien público de imposible generación de beneficios administrativos no puede concluir en una consecuencia situacional desventajosa para la administración; mucho menos el empleo de un bien público con fines de mejora utilitaria. La conducta típica del peculado debe ser tal cuya disponibilidad afecte el destino administrativo del bien público.

**1880.**  
Conse-  
cuencia  
situacional  
desventa-  
josa

**Jurisprudencias:** *«Para efectos de acreditar objetivamente la materialidad del delito investigado (peculado) se requiere necesariamente que como consecuencia de la conducta imputada a los encausados se haya producido un detrimento económico indebido en las arcas del Estado (elemento objetivo del tipo penal)»* (Ejecutoria suprema de 8 de abril de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1275-2008 Loreto, considerando 6). <https://bit.ly/2ZfXsWY>.



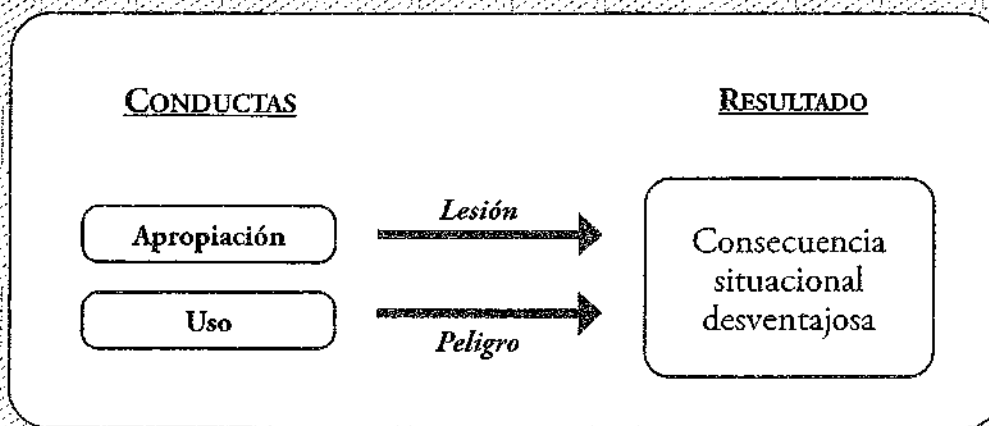
*«La conducta típica supone en los delitos de peculado la creación de un desbalance patrimonial de suerte que el monto asignado para el desarrollo de una actividad no se vea reflejado en ella misma, siendo causa de este desbalance un traslado de recursos de una esfera patrimonial a otra»* (la del propio acusado o de tercero. (Sentencia de la Sala Mixta de Camana de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Expediente n.º 224-1998)<sup>(485)</sup>.

<sup>(483)</sup> QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares, 2017, p. 1775. Vid. también SANZ MULAS en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2083.

<sup>(484)</sup> Vid. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batañita, 1999, p. 198; PAGLIARO I, 2008, p. 58; PÉREZ VELASCO I, 1956, p. 152; CHANJAN DOCUMET en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, 2012, pp. 123-124; SAAVEDRA MONTELLANOS, en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 208.

<sup>(485)</sup> ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 92.

Los instrumentos internacionales (artículo XII, Convención Interamericana contra la Corrupción; artículo 3.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) recomiendan que en el enunciado legal del delito no se exija la producción de daño o perjuicio patrimonial al Estado<sup>(486)</sup>, sin embargo, cabe entender la recomendación con la no configuración de un elemento objetivo materialmente perceptible. Pero no puede ligarse la opinión a evitar un resultado típico más aún si el peculado no es una especie de corrupción de funcionarios y de todas maneras sus modalidades conductuales no pueden ser ajenas a las modificaciones situaciones patrimoniales (téngase en cuenta que una de ellas describe el acto del aprovechamiento).



**1881.**  
Resultado  
en la apro-  
piación

En tal sentido, en la **apropiación** no hay discusión alguna sobre el resultado típico. Se entiende que con la disponibilidad definitiva de los bienes públicos se consigue una **consecuencia situacional desventajosa concluyente** para la entidad pública. Esta se ve privada (material y/o jurídica) de poder ejercer actos concretos de aprovechamiento de los bienes públicos para el cumplimiento de sus fines administrativos, debido a la pérdida definitiva de los mismos. Con ello, el peculado propio por apropiación se configura como un **delito de lesión** cuyo resultado se ajusta en esa consecuencia situacional de desmedro o desventaja terminal, al llegarse a una defectuosa gestión del patrimonio público que concluyó con la pérdida de sus bienes.

**1882.**  
Resultado  
en el uso

En la **utilización** el resultado típico no se asemeja a la apropiación. Al haber una disponibilidad provisional o disfrute momentáneo de los atributos de los bienes se llega a una **exposición de una posible consecuencia situacional desventajosa**, ya que la entidad pública pueda que no consiga verse satisfecha con sus bienes —y así cumplir con sus funciones— cuando en ese momento lo aprovecha un tercero no autorizado. También se le ha definido como el compromiso apreciable de la utilización del bien público en perjuicio de su verdadero titular<sup>(487)</sup>. Es una descripción

<sup>(486)</sup> Descartan el perjuicio patrimonial bajo el acatamiento de las recomendaciones internacionales: CHANJAN-DUCUMET/TORRES PACHAS/GONZÁLES CIEZA, 2020, p. 16; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 26.

<sup>(487)</sup> Cfr. PAGLIARO I, 2008, p. 88; ROMANO, 2006, p. 43; CIMADOMO en Fava, 2009, p. 28.



de un resultado típico de peligro de privación de aprovechamiento de las funciones de los bienes públicos. Por ello, el peculado propio por uso se considera un **delito de peligro concreto** cuyo resultado es una puesta de riesgo existente en la provisoria pérdida de sus bienes públicos por ejercerse una incorrecta gestión del patrimonio público.

**Jurisprudencia:** *«En el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial»* (Sentencia del 21 de marzo de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, Casación n.º 131-2016 Callao, fundamento 19). <https://bit.ly/3C8R6qK>



Es importante anotar la importancia de la **pericia valorativa** o apreciativa de la consecuencia situacional desventajosa generada por el peculado en desmedro de la entidad pública agraviada. Más que una medición cuántica o sumatoria, esto es, una mera tasación del bien público, la labor pericial debe establecer el desmedro valorativo que fue expuesta la administración con la disponibilidad ajena del objeto material. No obstante, se suele señalar que la prueba indiciaria también podría suplir la imposibilidad de una pericia.

**1883.**  
Pericia  
valorativa

**Jurisprudencias:** *«Debe llevarse a cabo la pericia técnica de valoración y los resultados de este deben determinar el perjuicio económico causado a los intereses públicos, de lo cual dependerá la existencia del aspecto material del delito, la que a su vez acreditará su comisión»* (Sentencia del 9 de marzo de 2005 de la Quinta Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 178-2004, considerando 7). <https://bit.ly/3E6grSP>



*«La apropiación exige que el agente disponga de bienes públicos —haciéndolos suyos— que estaban bajo su poder por razones funcionales —que los ateeje de las necesidades del servicio—, y, por lo general, la jurisprudencia de esta Suprema Sala ha estimado imprescindible la realización de una pericia institucional —los informes especiales de un órgano del Sistema Nacional de Control— o de una pericia contable y, en su caso, de una pericia de valuación o tasación de las obras ejecutadas o de los bienes adquiridos, para dar por acreditado que tal apropiación ha operado en perjuicio de la institución pública concernida»* (Ejecutoria suprema del 24 de julio de 2006 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1746-2006 Ucayali, considerando 5). <https://bit.ly/3C6wKP1>



*«Constituye una orientación o lineamiento jurisprudencial definido la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia valorativa estando a que a) se ha podido determinar la existencia de los bienes; b) posibilita apreciar el destino de los mismos y c) permite establecer diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas; siendo esto así se desprende que en el presente proceso se ha acreditado el perjuicio patrimonial»* (Ejecutoria suprema del 30 de noviembre de



2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1709-2005 Loreto, considerando 4). <https://bit.ly/3bi2CEJ>

«Si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable, no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto, que el tipo penal comprendido en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal o en el tipo base del artículo trescientos ochenta y siete del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia —no vinculante— que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas —pericia contable— para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación sólo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero —cajeros o tesoreros—, lo que no sucede en el caso. Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también pueden ser acreditado mediante la prueba indicaría; de ahí, que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba» (Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 484-2014 Ayacucho, considerando 4). <https://bit.ly/3b2v39p>.



«Si bien es cierto para la realización del peritaje contable no contó con información suficiente para determinar, tal vez un mayor perjuicio a la entidad municipal agraviada también lo es que las irregularidades encontradas en el análisis contable demuestran que el dinero cobrado por la imputada no era ingresado en su totalidad al patrimonio municipal, y ella era la única encargada de su recepción, lo que a todas luces configura el delito de peculado doloso por apropiación» (Ejecutoria suprema del 14 de abril de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 682-2014 Cajamarca, considerando 9). <https://bit.ly/3aZ8jXX>.



«La pericia contable se convierte en el único medio —en el caso concreto— para establecer si existió apropiación en beneficio propio o de tercero» (Ejecutoria suprema del 3 de marzo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 260-2009 Loreto, considerando 6). <https://bit.ly/3G7auHf>.



**1884.** Desde la perspectiva de la **imputación objetiva del resultado**, el peculado propio se sujeta a dos reglas objetivas: *primera*, el incremento del riesgo funcional hacia la derivación de un peligro jurídicamente desaprobado con la conversión del ámbito de dominio permitido a través de los actos concretos de disponibilidad definitiva (apropiación) o provisional (uso) (**imputación a la conducta**); y, *segunda*, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado con la generación de una consecuencia situacional desventajosa contra la entidad pública titular de los bienes públicos, ya sea por el apartamiento concluyente o la proclividad al mismo para con sus fines administrativos (apropiación) (**imputación al resultado**).

No solo se tiene que comprobar el nexo causal de los actos de apropiación o uso con respecto al resultado desventajoso para la entidad pública, sino además se ha de verificar el nexo jurídico entre ellos, es decir, la aptitud objetiva relevante de

las modalidades del peculado para lograr perturbar la disponibilidad administrativa de los caudales o efectos.

Los supuestos de **interrupción del nexo causal** ocurren ante la confluencia autónoma de conductas de riesgos contra la estabilidad dispositiva administrativa de los bienes públicos (**riesgos concurrentes**). Por un lado, la conducta del empleado peculador que ejercita la disponibilidad definitiva o provisoria de los caudales; y, otro lado, el tercero que objetivamente pretende también dicha disponibilidad. Por ejemplo, cuando el funcionario opta por utilizar provisionalmente maquinaria de construcción de la entidad edil y en ese momento es sustraído por un tercero; o cuando en el proceso de adquisición oculta de la titularidad de una casa, esta se ve destruida por un incendio provocado por un tercero. Mientras que la realización de la apropiación o la utilización del bien público no implique la generación de una oportunidad para que un tercero también lo disponga, no podrá atribuírsele al empleado peculador objetivamente el resultado anticipado producido por otro, puesto que tampoco pudo ser evitado o prevenido por este.

**1885.**  
Interrupción del nexo causal

No se puede invocar como causal de atipicidad los **nexos causales desviados** en situaciones descontroladas por el empleado peculador que dio inicio a la disponibilidad particular de los caudales. Por ejemplo, cuando el funcionario traslada sin autorización un vehículo oficial a una zona de alto peligro y lo abandona. Si el proceso que formó el sujeto activo para el aprovechamiento de los bienes públicos sale de su control o no se concretizó conforme al curso planificado, no podría alegar que es irresponsable de los que pueda ocurrirle, más aún si se le exige su control al ostentar la posición de garantía de no evitación de resultado negativo. Quien incrementa el riesgo funcional del objeto material es responsable objetivamente de las consecuencias desventajosas que no ha podido evitarlo.

**1886.**  
Nexos causales desviados

En los actos de apropiación asimilados a deterioros o daños a los bienes públicos podríamos encontrarnos en la hipótesis en los que se ejecuta un desperfecto no perceptible en forma inmediata, sino recién apreciados en un mayor tiempo (**resultados tardíos**) que podría jugar contra la prescripción de la acción penal. El problema estriba en si debemos analizar solo el acto mismo de la realización del daño o el momento en que se aprecia objetivamente el deterioro definitivo. Por lo pronto, si es evidente que el riesgo funcional acaecido contra los bienes públicos ha sido suficiente para su posterior consecuencia desventajosa, tendríamos que sostener la existencia del nexo causal aun cuando no sea inmediata porque el resultado tardío está abarcado en el plan criminal del empleado peculador.

**1887.**  
Resultados tardíos

Hay la posibilidad de recurrir a actos objetivos asemejados a una apropiación para evitar riesgos mayores a los bienes públicos. En la labor de una debida custodia de los mismos, el empleado público puede resguardarlos en otras áreas no autorizadas por la entidad pública titular. No es que se pretenda discernir que se ejerce una apropiación sobre el objeto material, sino que con dicha conducta objetiva se busca

**1888.**  
Disminución del riesgo

disminuir riesgos mayores a los que la entidad pública no ha podido prever para con sus bienes (**disminución de riesgo**). Prevalece en el funcionario la mejor forma de ejercer la función de la custodia, aunque la entidad pública no le brinde los medios necesarios para hacerlo.

**Jurisprudencia:** «Si bien es cierto que se acreditó en autor que el procesado gestionó el traslado de la donación de cemento para la región de Apurímac y que este cemento fue depositado en la casa de los padres del coprocesado, también es cierto que esta conducta se debió a la situación especial que se generó con motivo que las autoridades administrativas de la región no le facilitaron las condiciones para almacenar las bolsas de cemento situación que puso al acusado en una encrucijada del cumplimiento de dos deberes, el normal desarrollo de la administración pública y la de la seguridad de cemento, por lo que se llega a establecer que en la conducta desplegada por el citado procesado no se advierte dolo, esto es, el conocimiento y la voluntad de que el dejar las bolsas de cemento en el dominio privado se hubiera hecho con la intención de lograr un beneficio propio o de un tercero o que se esté tratando de apropiarse del cemento máxime que todas las autoridades ediles tenían conocimiento de la cantidad de bolsas» (Ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1833-2005 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/2ZgTHjK>.



## §10. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1889.  
Modalidades subjetivas del peculado

El peculado propio es el único delito funcional que cuenta con las dos formas de imputación subjetiva, es decir, las modalidades dolosa y culposa. El legislador penal persiste en dar un programa integral de lucha contra los actos de detrimento contra el patrimonio público a costa de mermar las garantías de principios como la *ultima ratio*, solución excesiva que no compartimos. Podríamos sostener que la intervención punitiva solo colma su satisfacción preventiva con la perspectiva penal, dejando inoperativo el ámbito administrativo sancionador que se consideraba reservado para las actuaciones culposas. Por ello, algunos argumentan la derogación de la modalidad culposa por su reducida gravedad y su parecido con las infracciones funcionariales<sup>(488)</sup>. Nótese una dirección contraria a esta tendencia político-criminal en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción cuando presenta un modelo de peculado de comisión intencional, mas no imprudente.

1890.  
Peculado propio doloso

La imputación subjetiva del **peculado propio doloso** consiste en los conocimientos mínimos sobre la conversión de la función de administración, percepción o custodia sostenida en la relación funcional que tiene el empleado peculador sobre de los bienes públicos y la voluntad de la disponibilidad definitiva (apropiación) o provisional (uso) sobre estos.

(488) Vid. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 398.

**Jurisprudencias:** «La razón criminológica del tipo penal de peculado — que se condice esencialmente con el fenómeno de la corrupción — la constituye el aprovechamiento del poder en beneficio privado del funcionario, el cual, en el presente caso, no fue acreditado por el representante del Ministerio Público. Únicamente se hace referencia a una conducta objetiva, esto es, el incremento objetivo que estuvo directamente reglamentado y no se hizo un análisis del tipo subjetivo o afán doloso de apropiación que determine y delimite el momento de comisión de un supuesto típico de peculado con la comisión de una infracción administrativa» (Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2390-2017 Ancash, considerando 3.9). <https://bit.ly/2ZoEvS9>.



«El peculado en análisis es doloso, pues exige del funcionario o servidor público que sus actos sean hechos con conocimiento de que los bienes de los que se apropia o los que utiliza voluntariamente son de propiedad del Estado y con la expresa voluntad de apoderarse de dichos bienes» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 64). <https://bit.ly/3GfdKs>.



Los **conocimientos mínimos** alcanzan todos los elementos objetivos del tipo penal; especialmente, el empleado peculador debe saber de su condición de funcionario o servidor público, la calidad pública de los caudales o efectos y la relación funcional entre ambos<sup>(489)</sup>. En la órbita de los conocimientos también el sujeto activo sabe que su conducta de apropiación o utilización ha ocasionado las consecuencias desventajosas patrimoniales. Así, el sujeto activo conoce de la conversión del ámbito de dominio y los actos concretos que la generaron. El grado de precisión de los conocimientos no tiene que ser riguroso y basta que se tenga una percepción global y suficiente para una valoración objetiva de una persona promedio<sup>(490)</sup>.

**1891.**  
Conocimientos mínimos

**Jurisprudencias:** «Uno de los elementos subjetivos del tipo es que el agente realice la conducta con conciencia y voluntad, el delito de peculado es un tipo penal de resultado, donde el dolo consiste en el conocimiento del carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención de



(489) Vid. RANIERI III, 1975, p. 251; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 517; MORALES GARCÍA, 1999, pp. 299-304; CREUS, 1981, p. 338; BOUMPADRE III, 2003, p. 257; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 325; CARRERA, 1968, p. 154; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1234; LAJE ANAYA III, 1981, p. 121; MALDONADO en Levene, 1978, p. 554; GONZÁLEZ en Balcarte II, 2014, p. 237; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2018; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Allesio II, 2004, p. 841; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 906; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 14; CANGINO MORENO, 1983, p. 249; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 34; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 395; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 522; TELES III, 2004, p. 389; LLAMOJA HILARES en Calcina Hancó/Paredes Vera 2, 2020, pp. 336-339; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 356; CÁCERES JULCA, 2012, p. 61; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 416; HUGO VIZCARRO en Nakazaki Servigón et al., 2016, p. 267; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 516; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 77.

(490) Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 517.

*apropiarse o de dar uso privado a los bienes»* (Ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1431-2012 Loreto, considerando 3). <https://bit.ly/3m3OXHg>.

*«El procesado alega a su favor que desconocía que el dinero provenía de fondos públicos, sin embargo, estando a la forma, causas y circunstancias en que se dieron los hechos, de haber recibido el dinero en una oficina estatal y de un empleado público, no es cierto que desconociera que el dinero recibido provenía de los fondos públicos, más aun tratándose de un profesional y político de elevada capacidad intelectual»* (Ejecutoria suprema de 14 de noviembre de 2003 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1813-2003 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/3jv2uWH>.



**1892.**  
Conocimientos en la omisión

De tratarse de la **modalidad omisiva**, el sujeto activo tiene que conocer que terceras personas se han apropiado o utilizado los bienes públicos y que, entre sus deberes, está el de evitarlo<sup>(491)</sup>. Estos conocimientos son suficientes y oportunos para habilitar la capacidad físico-jurídico de ejercer la no evitación de la apropiación o utilización de bienes públicos. Queda descartada la imputación subjetiva de conocimientos posteriores, incluso simultáneos, si es que no permiten al sujeto activo la oposición a la intervención del *extraneus*.

**1893.**  
Conocimiento del valor económico

Cabe la pregunta si el empleado peculador debe conocer el **valor económico del bien público apropiado**. La interrogante es importante por la delimitación aplicativa de la forma básica del peculado frente a su agravante. No podemos negar que los conocimientos mínimos abarquen la apreciación valorativa económica del objeto material, esto es, que lo que se apropia o utiliza tiene significancia patrimonial, pero no por criterios cuantitativos, sino por destinos administrativos utilitarios. Por consiguiente, no somos de la opinión que se exija al sujeto activo los conocimientos sobre la cuantificación matemática del objeto material o del resultado típico<sup>(492)</sup>. Los temas de precisión numérica solo importan en la delimitación de la punibilidad de las modalidades del peculado, mas no para definiciones en la imputación subjetiva. Sería absurdo cuestionar la imputación subjetiva por peculado por cifras ajustadas sobre el verdadero valor de lo apropiado que, incluso, puede generar controversias periciales.

**1894.**  
Conocimientos especializados

Por regla general, son indiscutibles los **conocimientos mínimos especializados** del empleado peculador. Se deduce que estos conocen la condición pública de los objetos materiales y previamente a su tenencia saben su responsabilidad funcional. Sin embargo, situaciones externas imprevisibles pueden afectar los conocimientos especializados. Por ejemplo, los conflictos aplicativos entre las normas reglamentarias de competencia funcional.

<sup>(491)</sup> Cfr. CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 455.

<sup>(492)</sup> En sentido contrario: MIR PUIG, 2000, p. 305; QUERALT, 2008, p. 787; LLAMOJA HILARES en Calcina Hancoco/Paredes Vera 2, 2020, p. 341.

Se aprecian **conocimientos previos exteriorizados** en los casos de omisión de apropiación o utilización concertada con terceros. El acuerdo entre el empleado peculador y el que ejecuta la apropiación o la utilización justamente conlleva a la manifestación de los conocimientos mínimos del sujeto activo. No se puede negar la imputación subjetiva de acreditarse la concertación.

**1895.**  
Conocimientos previos

**Jurisprudencia:** «Se ha probado que el imputado concertó de alguna forma con su cóprocesoado con el fin de obtener un beneficio; al respecto, se advierte que en el delito de peculado el sujeto activo puede apropiarse para otro a través de un tercero, empleando otros medios y así poder disponer, posteriormente, del bien. En consecuencia, acreditado el hecho de que el referido procesado actuó con dolo, elemento subjetivo del tipo penal descrito en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, al haber dispuesto del patrimonio del Estado» (Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2691-2012 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/3C7ii9v>.



El defecto de los conocimientos mínimos o ignorancia de los elementos objetivos nos llevan a situaciones de **error de tipo**. Un típico caso de ignorancia es el *error in objecto* o, mejor dicho, el error en la condición pública del objeto material. Sucede cuando el funcionario confundió la calidad pública del bien o su pertenencia a la administración. Se evidencia, por ejemplo, por el deficiente inventario logístico o la no entrega completa del cargo funcional. Estos antecedentes podrían reforzar un **error relevante excluyente**, toda vez que el funcionario pretendía apropiarse o utilizar un bien cualquiera, lo que implicará la atipicidad subjetiva por peculado y la posibilidad de la imputación por un delito patrimonial. Situación diferente es la de quien pretendía disponer un bien público que al final no lo era. Se está ante una tentativa inidónea de peculado en concurso ideal con un delito patrimonial.

**1896.**  
Error de tipo

No generan problemas aplicativos los errores de pertenencia de los bienes sobre distintas entidades públicas; puesto que son **errores irrelevantes**. Si hay una equivocación, por ejemplo, en la apropiación del material logístico de un hospital nacional de otro, de todas maneras procede la imputación subjetiva, ya que no ha cambiado la valoración pública del objeto material.

No obstante, no todo error de tipo nos lleva a situaciones de impunidad. Advertiremos que la **vencibilidad** juega un rol dogmático aplicativo. Así, cabe analizar si el empleado peculador pudo superar su error sobre la condición del objeto material o su calidad de responsable funcional de éste, y, de ser así, evaluar si realizó todas las medidas necesarias para evitar una consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública. Lo mismo podría decirse sobre la apropiación o utilización por terceros. En el caso que fuera positivo, la vencibilidad conllevaría al tratamiento del peculado propio culposo. Lo contrario, es decir, una situación de invencibilidad, traslada los casos de apropiación o utilización a su tratamiento como delitos patrimoniales.

**1897.**  
Vencibilidad

1898.  
Voluntad

A diferencia de los conocimientos, la **voluntad** del peculador dependerá de las modalidades de apropiación o utilización. En el **peculado por apropiación** la voluntad básica (intención o dolo general) es la intención de apropiación o de dominio definitivo (*animus dominii*) también entendida como el *animus rem sibi habendi* o el de hacerse como suyo el bien público o tenerlo como propio<sup>(493)</sup>. Podemos considerarla como la intención de ejercer una disponibilidad definitiva mediante la conversión de su situación funcional para con los bienes públicos bajo su responsabilidad<sup>(494)</sup>.

**Jurisprudencias:** «A nivel subjetivo, este delito en su modalidad básica comprende una estructura dolosa, además del elemento subjetivo de querer apropiarse de los caudales o efectos que le son confiados (*animus rem sibi habendi*)» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014-30, considerando 65.5). <https://bit.ly/3C6lP7S>.



«El agente obra con *animus rem sibi habendi* —la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya—» (Sentencia del 11 de julio de 21017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 19.1). <https://bit.ly/3m3MUD4>.



En el **peculado por uso** la voluntad consiste en la intención del aprovechamiento o utilización temporal de los bienes públicos. Es conocida también como *animus utendi*. Aquí se trata de la determinación al ejercicio de una disponibilidad provisoria de las atribuciones del bien público a través de la conversión de la ya referida situación funcional.

1899.  
Voluntad  
en la  
omisión

En la **modalidad omisiva**, cuando el tercero ejecuta la conducta típica, es notorio que lo hace bajo la voluntad de apropiación o de utilización ya mencionada. El debate reside en sostener si lo debe también ostentar el empleado peculador, que solo

<sup>(493)</sup> Así también: RANIERI III, 1975, p. 250; CARCANO, 2010, p. 125; ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 517; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 195; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 727; MIR PUIG, 2000, p. 150; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA en Quintero Olivares, 2005, p. 1691; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 452; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 68; RODRÍGUEZ DEvesa, 1995, p. 1184; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lactuz López/Melendo Pardo, 2013, p. 266; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 251; CUELLO CALÓN II, 1980, p. 455; GARROCHO SALCEDO en *Economía* n.º 6, 2014, p. 271; NUÑEZ, 2008, p. 446; LAJE ANAYA III, 1981, p. 121; MALDONADO en Levene, 1978, p. 554; FRAGOSO II, 1986, p. 396; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 182; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 285; GALVÃO, 2015, p. 55; PIERANGELI 2, 2007, p. 809; MASSON 3, 2018, p. 570; JESUS 4, 2013, p. 171; BITENCOURT 5, 2019, p. 50; ESTEFAM 3, 2018, p. 553; CAPEZ 3, 2019, p. 475; SILVA en Quéroz 2, 2013, p. 863; TELES III, 2004, p. 389; WUNDERLICH en Reale Junior, 2017, p. 908; COELHO, 2019, p. 1249; RUBIO ÁNGULO, 1985, p. 91; LOMBANA VILLALBA en Castro Cuenca II, 2011, p. 249; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 446; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 521; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 503; ABASTOS HURTADO II, *s/f*, p. 65.

<sup>(494)</sup> *Vid.* CREUS, 1981, p. 339.



permite la realización de la conducta típica<sup>(495)</sup>, para también establecer la posibilidad de invocar el dolo eventual. No hay duda que la voluntad del sujeto activo omiso consiste en la intención de permisibilidad de la apropiación o la utilización ajena o la ausencia de la intención de impedirlo<sup>(496)</sup>. Lo que se pone en duda es si esta es o no la voluntad de apropiación o de utilización. Consideramos que una formulación de una voluntad de disponibilidad definitiva o provisoria no tiene que encasillarse a verificar si se corresponde a título propio o no, ya que dicha definición se reconduce al elemento subjetivo adicional que se analizará a continuación. Lo importante es que el empleado peculador, cuando ejerce la conducta con una intención de permisibilidad de apropiación o utilización, lo hace por disponibilidad ajena.

A esta voluntad cabe agregar un **elemento subjetivo adicional** que hace de un dolo genérico uno específico o **directo**. El artículo 387 lo identifica con la frase «*para sí o para otro*»<sup>(497)</sup>. La misma se entiende como la tendencia a lograr beneficios particulares, esto es, que no correspondan a la entidad pública titular de los caudales o efectos. La preposición «*para*» no hace más que resaltar la direccionalidad de la conveniencia que trae consigo la apropiación o la utilización; por ello, es mejor traducirlo con el término **beneficio o provecho**<sup>(498)</sup>. Por ello, el peculado propio se considera un **tipo de tendencia interna trascendente**, puesto que la búsqueda del provecho o beneficio es el objetivo, mas no el resultado.

Si se explica el beneficio ajeno como «*el segundo resultado*» del peculado propio podría considerarse como un **delito de intención de tipo resultado cortado**, ya que no es importante en la configuración de la tipicidad que el beneficio ajeno se haya logrado. Basta con el primer y único resultado de la consecuencia desventajosa patrimonial a la entidad pública y no tiene relevancia típica que se logre el segundo resultado que es el beneficio para el empleado peculador o el tercero. Esto último forma parte de una etapa posterior a la consumación formal y para el tipo penal del peculado basta y sobra que sea una aspiración del empleado peculador.

<sup>(495)</sup> Entre los que exigen la concurrencia de la misma intencionalidad tanto en el empleado peculador como en el tercero: ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 70; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardo, 2013, p. 266. Entre los que consideran que la intención solo se debe verificar en el tercero ejecutor: FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1153; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 703.

<sup>(496)</sup> Vid. RÓCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 517; CUELLO CALÓN II, 1980, p. 455.

<sup>(497)</sup> Entre las legislaciones que describen al elemento subjetivo adicional: artículo 153 del Código Penal uruguayo («*en beneficio propio o ajeno*»), artículo 312 del Código Penal brasileño («*en provecho propio o ajeno*»), artículo 397 del Código Penal colombiano («*en provecho suyo o de un tercero*»), artículo 278 del Código Penal ecuatoriano («*en beneficio propio o de terceros*»), artículo 451 del Código Penal nicaraguense («*para obtener para sí o para tercero un beneficio*») y artículo 325 del Código Penal salvadoreño («*en beneficio propio o ajeno*»).

<sup>(498)</sup> También recurren al provecho o al beneficio: MAÚRTUA DONAYRE, 2010, p. 77; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 162; CORSO MASÍAS IV, 1958, p. 278.

En la normatividad internacional (artículo 17, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo XI.1.b, Convención Interamericana contra la Corrupción) la recomendación precisamente se dirige a la mención expresa del beneficio ajeno (propio o tercero): «en beneficio propio o de un tercero». En algunas legislaciones no tienen previsto en sus fórmulas la mención expresa de elementos subjetivos similares (*v. gr.*, artículo 312, Código Penal brasileño) y, no obstante, en la mayoría de sus comentaristas<sup>(499)</sup>, recurren a su exigencia aplicativa rescatándolo de los mismos alcances de la conducta de apropiación. Inclusive, la necesidad de la verificación del mencionado elemento subjetivo es tal que su mención expresa en la fórmula pareciera tautológica o sobrante, ya que no es posible imaginar una apropiación o utilización con un posterior provecho ajeno<sup>(500)</sup>.

1901.  
Tercero.

La tendencia al beneficio puede ser a favor del propio empleado peculador («*para sí*») o de un tercero («*para otro*»). En cuanto al **tercero**, este puede ser un partícipe del peculado o una persona independiente. Esto se define con la existencia o no de la concertación o el acuerdo previo entre el empleado peculador y el tercero. El tercero puede ejecutar o no la conducta de la apropiación o uso. En ambos casos, el empleado peculador actúa con la intención de la disponibilidad (dolo genérico), reforzado por la intención del beneficio ajeno (dolo específico); mientras que el tercero ejecutor mínimamente se desenvuelve por la intención de disponibilidad propia (dolo genérico).

**Jurisprudencias:** «El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el 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» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 7). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



«El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o, en su caso, un tercero que puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración» (Sentencia del 11 de julio de 21017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 19.1). <https://bit.ly/3m3MUD4>.



«El destinatario, en el supuesto 'para sí', actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. En el supuesto 'para otro' el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero» (Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 615-2015 Lima, considerando 2.1). <https://bit.ly/3m32ijg>.



<sup>(499)</sup> Vid. PIERANGELI 2, 2007, p. 810.

<sup>(500)</sup> Cfr. FRANCO, 1987, p. 53.

«En cuanto al destinatario de la apropiación, la norma establece que puede darse para sí o para otro (peculado para tercero). El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, o también para favorecer a terceros. El término 'otro' puede referirse a un particular (intrañeus o extraneus) o a una persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una persona jurídica de derecho público» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 60). <https://bit.ly/3GfcdKs>.



En el caso que el tercero beneficiado sea una **persona jurídica**, la modalidad comisiva del peculado se configura cuando el propio empleado peculador ejecuta la apropiación o la utilización a favor de esta. Así, podría tratarse de las empresas del propio funcionario o que le interesa que sean favorecidas. En estos, es menester verificar que la conducta no se realice en el contexto de un contrato o una licitación para deslindar los marcos de imputación con los delitos de colusión defraudatoria (artículo 384, Código Penal) y negociación incompatible (artículo 399, Código Penal). En la modalidad omisiva, el tercero ejecutante de la apropiación lo será el representante o el apoderado legitimado de la persona jurídica que se apropia o utiliza el bien público en nombre esta (actuar por otro).

1902.  
Persona  
jurídica

En ningún caso puede ser el tercero **otra entidad pública** no titular del objeto material, porque de ser así se estaría ante una malversación pública (artículo 389, Código Penal)<sup>(501)</sup>. La ajenidad del beneficio se configura frente a la Administración Pública y, por ende, conglobante a toda institución que la integra. En realidad, este elemento subjetivo adicional conduce a la necesidad de la verificación de la apropiación o utilización guiada bajo un beneficio ajeno que deslinda de los beneficios sociales o administrativos. La importancia radica en demarcar el delito frente a las utilidades oficiales.

1903.  
Otra  
entidad  
pública

La falta de precisión sobre la **naturaleza del beneficio** que impulsó al empleado peculador ratifica la amplitud de la voluntad apropiativa o utilitaria. Entonces, puede tratarse de un beneficio patrimonial o no<sup>(502)</sup>. Con ello, queda descartado su semejanza conceptual con el **ánimo de lucro** (previsto en su momento en el texto original del artículo 432 del Código Penal español de 1995) que impulsa al sujeto activo a enriquecerse del objeto material<sup>(503)</sup>, sea desde una perspectiva económica objetiva

1904.  
Naturaleza  
del bene-  
ficio

(501) Cfr. CAMAÑO ROSA, 1967, p. 112; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 90; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 354.

(502) Cfr. MAGGIORE III, 1955, p. 174; MANZINI 8.III, 1961, p. 171; RANIERI III, 1975, p. 251; BAYARDO BENGUA IVI, 1979, p. 139; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1214; JESÚS 4, 2012, p. 171; LLAMOJA HILARES en Calcina Hancco/Paredes Vera 2, 2020, p. 342.

(503) Cfr. QUÉRALT, 2008, p. 787; MORALES GARCÍA, 1999, p. 274; ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 2010, p. 727; MIR PUIG, 2000, p. 306; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 195; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 343. Entre los autores peruanos que descartan la presencia del ánimo de lucro en la estructura típica: ROJAS VARGAS, 2007, p. 500; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 416; CÁCERES JULCA, 2012, p. 62; HUGO VIZCARDO en Nakazaki

o subjetiva<sup>(504)</sup>. Pero, el elemento subjetivo adicional del artículo 387 no tiene un corte exclusivamente patrimonial, como sucede con el ánimo de lucro, siendo más amplio. De esa manera, hasta los actos de destrucción o daños bien pueden adecuarse en la conducta de apropiación, lo cual no ocurre con el ánimo de lucro<sup>(505)</sup>. Por ello, un ánimo de lucro «recorta el margen de protección penal, circunscribiéndola a los casos en que el mal ejercicio de la función pública vaya acompañado de un propósito de enriquecimiento. Dejar fuera de la figura delictiva otros móviles (la ventaja o la manipulación política, el oportunismo ilegítimo en la aplicación pública de los fondos contra el propio interés general, etc...) que son igualmente dañinos —o más— para el buen gobierno del patrimonio de todos, puede juzgarse como una considerable desviación del objetivo inicial, si este era la redefinición del bien jurídico protegido en el marco del Estado social y democrático de Derecho»<sup>(506)</sup>.

**Jurisprudencia:** *No constituye delito de peculado la conducta del inculcado, quien en su calidad de Director de un Centro Educativo y con conocimiento de la Asociación de Padres de Familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación o utilización de los bienes ni un móvil de lucro»* (Sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash del 7 de abril de 1998, Expediente n.º 576-1997)<sup>(507)</sup>.

**1905.**  
Beneficio-  
resultado

Se ha criticado que una definición amplia del beneficio podría acarrear una interpretación vaga e imprecisa sobre lo que es materia de conducción de la conducta típica<sup>(508)</sup>. Pero, no hay que confundir los niveles de la tipicidad. Que el sujeto activo se conduzca bajo cualquier tipo de beneficio no interesa en la determinación del resultado patrimonial del delito, porque el primero no requiere ser evaluado económicamente como sí en el segundo. No hay que confundir el beneficio ajeno

Servigón *et al.*, 2016, p. 267; MONTES FLORES en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 3, 2009, p. 148. Vid. CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ en *Norma Legales* n.º 360, 2006, p. 369. Por su parte, MANUEL ABANTO VÁSQUEZ confunde el ánimo de lucro con la intención del provecho propio o ajeno (2003, p. 358) y los circunscribe en un ámbito de enriquecimiento, cuando el segundo es más amplio que el primero. También exige el ánimo de lucro: SALINAS SICOCHA, 2016, pp. 405-406.

<sup>(504)</sup> Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 519.

<sup>(505)</sup> Cf. QUERALT, 2008, p. 787; MORALES GARCÍA, 1999, p. 274; SANZ MÚLAS en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2088; CATALÁN SENDER, 1999, p. 253; PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 536.

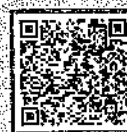
<sup>(506)</sup> CRESPO BARQUERO en Serrano Bufraguéno, 1999, p. 1720.

<sup>(507)</sup> *Serie de Jurisprudencia* n.º 4, 2000, p. 440.

<sup>(508)</sup> Así: ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 519. No obstante, entre los autores españoles se ha seguido una concepción amplia del ánimo de lucro que escapa a su propia esencial patrimonial. Así: MUÑOZ CONDE, 2001, p. 968; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 522; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 703; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 251.

con el resultado típico: el primero se dirige a favor del sujeto activo; el segundo, contra el sujeto pasivo. Adviértase que la tendencia beneficiosa del empleado peculador puede tener diversos matices, pero su esencia reside en la consecuencia patrimonial que se genera con la apropiación o la utilización. Si, por ejemplo, se apropia de los fondos dinerarios de una entidad pública, para pagar favores sexuales, comete indiscutiblemente el peculado. Adviértase que su tendencia es beneficiarse sexualmente y ello lo logrará con una consecuencia desventajosa patrimonial de su representada. En tal sentido, no siempre hay coincidencias entre el rasgo patrimonial del resultado típico y el elemento subjetivo adicional que guía al que lo generó.

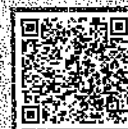
**Jurisprudencia**<sup>(509)</sup>: «El tipo penal de peculado no requiere que se produzca para consumarse un provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, aunque podría interpretarse que la incorporación de los efectos o caudales sea una modalidad de provecho. Si bien es cierto, este provecho no resulta requerible como componente del tipo penal si resulta ser un dato objetivo-subjetivo que lo acompaña tanto para los intraneus como para los extraneus. Constatar la existencia de provecho para el agente público, constituye en el proceso de las etapas del delito, una fase de agotamiento, que a efectos de tipificar el delito resulta irrelevante» (Ejecutoria suprema del 7 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2452-2015 Santa, considerando 4.12). <https://bit.ly/3Cc6KBO>.



La exigencia de este elemento subjetivo adicional complica la posibilidad de la imputación por el **dolo eventual**<sup>(510)</sup>. No podría entenderse la indiferencia o la posibilidad seria de la apropiación o la utilización de los bienes públicos en quien de todas maneras busca beneficiarse con el patrimonio público.

1906.  
¿Dolo eventual?

**Jurisprudencia**: «El elemento subjetivo de tipo —dolo— que se requiere para que se configure este delito es el dolo eventual, toda vez que no se necesita ningún propósito especial o presencia de algún esfuerzo subjetivo, como el «a sabiendas», el «ánimo de lucro» o la «finalidad de enriquecimiento» (Ejecutoria suprema del 7 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2452-2015 Santa, considerando 4.8). <https://bit.ly/3Cc6KBO>.



(509) *Vid. tab.*: Ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 525-2015 Ayacucho, considerando 12.

(510) *Así tab.*: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 829; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 731; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 395; POLITOFF/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 496; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 200; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 648; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 447; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 357; SALINAS SIGCHA, 2016, p. 405; CÁCERES JULCA, 2012, p. 62; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 516; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 3, 2009, p. 148. En sentido contrario: ROJAS, VARGAS, 2007, p. 500; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrillos/Calderón Valverde, 2012, p. 175; SAAVEDRA MONTELIANOS en Actualidad Penal n.º 27, 2016, p. 209. Sin embargo, los citados autores consideran que no hay elemento subjetivo adicional en el tipo penal de peculado; y, por ende, la frase «para sí o para otro», no lo sería.

Si nos remitimos a la modalidad omisiva del peculado, reafirmamos la carencia del dolo eventual de haber un acuerdo previo entre el sujeto activo y el tercero (consentimiento expreso). Ahora bien, en el caso de un consentimiento tácito o ausencia de concertación, también resulta complicado sostener la indiferencia reprochable al empleado peculador, puesto que el artículo 387 reclama en este una intención especial del provecho ajeno.

1907.  
Animo de  
restitución

Los ánimos devolutivos o restitutivos (*animus restituendi*) de los bienes públicos no tienen relevancia en la imputación subjetiva<sup>(511)</sup>. Si posteriormente el sujeto activo desea la devolución de lo apropiado o utilizado o la restitución del valor comprometido, no implica un factor reductivo en la responsabilidad penal. Otro motivo o impulso subjetivo que no tiene cobertura en la fórmula normativa del peculado no modifica la tipicidad subjetiva.

#### EXCURSUS: PECULADO PROPIO CULPOSO

1908.  
Construcción  
tipológica  
irregular

Se criminaliza una especie de **contribución culposa** por parte del empleado peculador en la ejecución dolosa de la apropiación o la sustracción de los bienes públicos<sup>(512)</sup>. Es una construcción tipológica debatible e irregular<sup>(513)</sup>. Se trata de una tipificación *sui generis* y contraria a las reglas dogmáticas para sostener la represión penal de la participación imprudente. Nos encontramos ante una vinculación dependiente de un delito culposo con un delito doloso, pero que mantienen sus propios alcances estructurales<sup>(514)</sup>. Consideramos preferible reconducir la identidad de esta construcción tipológica en una forma de **concurso real medial** entre un peculado propio culposo y una apropiación dolosa de bienes públicos<sup>(515)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«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»*



<sup>(511)</sup> Cf. RANIERI III, 1975, p. 251; MAGGIORE III, 1955, p. 174; ANTOLISEI II, 1960, p. 636; MANZINI 8.III, 1961, p. 172; CARRERA, 1968, p. 157; CAMAÑO ROSA, 1967, p. 112; SOSA DÍAS, 1963, p. 149; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 285; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Grecó Filho, 2019, p. 781.

<sup>(512)</sup> Cf. COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 183; GRECO 3, 2017, p. 703.

<sup>(513)</sup> Vid. SOLER V, 1978, p. 185.

<sup>(514)</sup> Vid. GALVÃO, 2015, p. 57; BORJAS CALDERÓN en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 123, 2019, p. 173. Otras legislaciones que tipifican similar modelo del peculado culposo: artículo 432-16 del Código Penal francés, artículo 262 del Código Penal argentino, artículo 312.2 del Código Penal brasileño, artículo 400 del Código Penal colombiano, artículo 234 del Código Penal chileno, artículo 143 del Código Penal boliviano, artículo 362 del Código Penal costarricense, artículo 326 del Código Penal salvadoreño, artículo 446 del Código Penal guatemalteco, artículo 371 del Código Penal hondureño y artículo 340 del Código Penal panameño.

<sup>(515)</sup> Así rab.: BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 274.

*doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 8). <https://bit.ly/3pp2bk5>.*

Tenemos un **delito funcional de excepcional actuación imprudente**. Lo irónico reside en que sus análogos delitos patrimoniales carecen de una previsión de modalidad culposa. La justificación podría encontrarse en la eliminación del daño patrimonial vía la reparación civil<sup>(516)</sup>; lo cual no podría suceder en un delito funcional como el peculado, puesto que, en el ámbito de tutela penal de su bien jurídico dual, no debemos olvidar la vertiente administrativa que impide este tipo de salidas argumentativas.

El peculado propio culposo se presenta necesariamente como un **delito de participación dual**, ya que hay una mínima intervención de, por lo menos, dos infractores (**delito plurisubjetivo**): uno que infringe el deber objetivo de cuidado (**sujeto activo funcional**) y otro que realiza la sustracción (**ejecutor material**). Se diría que estamos ante **autorías colaterales**. Así, se caracteriza la figura penal como la infracción del deber objetivo de cuidado por el peculador imprudente y la generación de la consecuencia desventajosa patrimonial por parte del ejecutor doloso.

También podríamos indicar que es un delito de convergencia en cuanto sus conductas objetivas, mas no en las coordinaciones de sus autores. Hay que resaltar que no debe existir una concertación o un acuerdo entre los interventores culposo y doloso; lo contrario, nos conduciría a la adecuación del peculado a su modalidad omisiva por consentimiento expreso. No hay concurso alguno ni contacto coordinativo entre el sujeto activo y el tercero ejecutor<sup>(517)</sup>. Tampoco tendría que haber contacto material entre ambos que comprometa la situación de previsibilidad del sujeto activo funcional. Por ejemplo, si el *extraneus* ejerce amenaza o violencia (*v. gr.*, robo) o engaño (*v. gr.*, estafa) contra el empleado responsable, no habrá peculado culposo. Sin embargo, los casos de *actio libera in causa* conducirían la imputación a un **peculado doloso omisivo**.

No se tipifica un peculado culposo de realización individual, no es un delito de propia mano. La falta de prudencia ante los desgastes o detrimentos de los bienes públicos por factores no humanos no están criminalizados; se traslada su

**1909.**  
Delito funcional culposo excepcional

**1910.**  
Delito de participación dual

**1911.**  
Inexistencia de un acuerdo

**1912.**  
¿Delito de propia mano?

(516) *Vid.* FRAGOSO II, 1986, p. 396

(517) *Cfr.* PUIG PEÑA III, 1955, p. 358; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 329; CREUS, 1981, p. 351; TAZZA III, 2018, p. 268; VILLADA, 1999, p. 437; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 664; BAYALA BASOMBRÍO, 2008, p. 129; MALDONADO *en* Levene, 1978, p. 556; GHERSI *en* Arce Aggeo/Baez 3, 2013, p. 1240; TERRAGNI III II, 2012, p. 491; MARÍN, 2008, p. 803; PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 209; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 184; SILVA *en* Queiroz 2, 2013, p. 862; LABATUT GLENA II, 1983, p. 81; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 422.

tratamiento al Derecho Administrativo sancionador<sup>(518)</sup>. Como indicamos, el empleado peculador siempre requerirá objetivamente de un interventor que se aprovechará de su imprudencia.

**1913.**  
Ejecutor  
material

Sobre el **ejecutor** de la conducta sustractiva, el artículo 387 lo identifica con la frase «otra persona» que permite aplicar la figura si se trata de un *extraneus*, un particular u otro funcionario público (que no tiene funciones administrativas, percepción o custodia del objeto material), sin distingos ni consideraciones especiales<sup>(519)</sup>. De manera didáctica se ha presentado tres hipótesis de intervención delictiva en el peculado culposo en atención a la condición del ejecutor de la conducta dolosa<sup>(520)</sup>: *primera*, cuando la intervención del empleado peculador imprudente facilita la sustracción del bien público por otro funcionario; *segunda*, cuando la intervención del empleado peculador imprudente facilita la sustracción del bien público por otro funcionario en coordinación con un particular; y, *tercera*, cuando la intervención del empleado peculador imprudente facilita la sustracción del bien público por un particular. Todos estos supuestos se conjugan en la idea de la facilitación imprudente para la sustracción realizada por un particular, puesto que, tanto el otro funcionario como el tercero, carecen de la responsabilidad funcional sobre el bien público.

**Jurisprudencias<sup>(521)</sup>:** «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 sustranga dolosamente» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 8). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



«Un componente del tipo penal en cuestión es la sustracción por un tercero de los caudales o efectos públicos, y ese tercero, por obvias razones, no debe participar de las características inherentes a la posesión de tales caudales o efectos públicos, no debe tener una vinculación funcional o vinculación específica con ellos, en la medida en que lo que se castiga es la presencia o intervención de un tercero que



(518) Vid. VILLADA, 1999, p. 436.

(519) Vid. CREUS, 1981, p. 351; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 329; BOUMPADRE III, 2003, p. 270; TAZZA III, 2018, p. 268; LAJE ANAYA III, 1981, p. 125; JESÚS 4, 2012, p. 173; GALVÃO, 2015, p. 58; BITENCOURT 5, 2019, p. 50; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 184; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 288; GRECO 3, 2017, p. 703; SALLES JUNIOR, 1987, p. 341; GONÇALVES, 2015, p. 771; CAPEZ 3, 2019, p. 482; PAGLIUCA, 2010, p. 189; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 368; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 40; ROJAS VARGAS, 2007, p. 529; SALINAS SICCHA, 2016, p. 413; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 179; HUGO VIZCARDO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 269.

(520) Cfr. PIERANGELI 2, 2007, p. 813; PRADO 3, 2019, p. 312; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 862; FIGUEREDO 2, 1986, p. 312.

(521) Vid. tab.: Ejecutoria suprema del 17 de julio de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 822-2012 Amazonas, considerando 4.



*no tienen la función específica de custodiarlos* (Ejecutoria suprema del 8 de noviembre de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 560-2005 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3pnU8UG>.

Pero esto no imposibilita que el funcionario que comparta la responsabilidad funcional sobre el bien público ejecute la sustracción frente a la imprudencia del otro. No obstante, en dicha situación, el ejecutor perdería la condición de *extraneus* y será el sujeto activo del peculado propio doloso. No se estaría ante una coautoría común (por la ausencia de la decisión en común), sino en una coautoría paralela de individuos que mantiene una misma relación funcional con el objeto material, pero que la quebrantan de manera subjetivamente diferenciada.

Quien ejerce el peculado culposo previamente está sujeto a una diligencia debida de sus actuaciones conforme a las responsabilidades en las funciones de administración, percepción y/o custodia de los bienes públicos. Es una prestación objetiva de no evitación de riesgos proscritos contra el objeto material, a lo que se llegaría con el **deber objetivo de cuidado** o diligenciamiento de los fines administrativos para con el patrimonio estatal. Este deber objetivo de cuidado coincide con el deber funcional sobre la correcta administración o gestión del patrimonio público; por lo que su formación y determinación tienen la misma fuente y les es exigible su cumplimiento.

**1914.**  
Deber objetivo de cuidado

**Jurisprudencias:** *«Si bien los procesados durante el proceso señalaron ser docentes principales de la Facultad de Minas de la entidad agraviada, de haber tenido las llaves de las aulas virtuales, donde se encontraban los bienes sustraídos y que facilitaban el ingreso de los docentes a dichas aulas para su uso, como un acto de colaboración adicional a sus funciones como docentes; no obstante, de las pruebas actuadas no se estableció que los procesados eran responsables del cuidado del acervo documentario, bienes y llaves de las anotadas aulas; que el hecho de facilitar a los docentes el ingreso a las aulas, no es un factor generador de una situación de riesgo para los bienes y mucho menos que fue aprovechado por un tercero, más aún, si las investigaciones policiales concluyeron que la sustracción se produjo cuando los acusados se encontraban al interior de la anotada Universidad, y que el hurto de los bienes en cuestión se produjo vía «escalamiento del local y traspasando el tragaluz»; que, además, la función de los encausados no se puede equiparar a una vinculación funcional con el patrimonio público que se encontraba dentro de las aulas, cuyo cuidado no les correspondía, sino a la oficina de Administración y Control Patrimonial de la citada Universidad; que, en consecuencia, la absolución de los antes citados se encuentra arreglada a derecho»* (Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1675-2012 Áncash, considerando 4). <https://bit.ly/30TBRV2>.

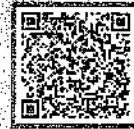


*«No se presenta de parte del administrador municipal un aumento del riesgo de afectación de la hacienda municipal por la conducta de los imputados, en tanto que no es posible sostener que ellos estaban en condiciones de evitar la conducta del administrador municipal dada sus concretas posibilidades de actuación, tanto*



*mas si no se ha establecido que en su desempeño funcional vulneraron las directivas reglamentarias en orden a la exigencia de rendición de cuentas y, específicamente, de que mientras que el funcionario concernido no lo haga a plenitud estaba impedido de administrar los fondos públicos» (Ejecutoria suprema del 8 de noviembre de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 560-2005 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3pnU8UG>.*

*«Es necesario que el agente haya tenido alguna previsibilidad del riesgo que representaba la infracción de los deberes de cuidado —exigibles a su persona— para la producción de un determinado resultado lesivo. En ese sentido, se impone como un deber de cuidado el hecho de que el procesado haya omitido guardar con llave*



*la computadora portátil en el armario de su oficina; acuar que si bien resulta diligente, empero, su ausencia de verificación no puede constituir una trasgresión al deber de cuidado, en tanto su conducta se limitó a dejar el bien dentro de su oficina —sobre su escritorio—, no resultado adecuada la imposición de una exigencia mayor que es la que pretende el ente acusador que, contrario sensu, entiende que el incumplimiento de dicha diligencia ocasionó una vulneración al deber de preservación sobre los bienes públicos que le impone el cargo público que ostenta» (Ejecutoria suprema del 13 de noviembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 383-2012 Ayacucho, considerando 6). <https://bit.ly/3jtZwld>.*

*«El resultado perjudicial al patrimonio de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Moquegua S. A. no se deriva de una clara violación del deber de cuidado que imponía a la imputada extremar los recaudos para evitar que una conducta riesgosa llegase a un nivel de potencialidad perjudicial patrimonialmente para la referida entidad agraviada. Que, en esta línea argumental, la sentencia no se ajusta a las pautas de razonabilidad en la formación de la convicción, ya que efectuada una ponderación completa del hecho, no se constata la existencia de un protocolo de seguridad y, menos aún, la logística necesaria para su implementación y operatividad, cuya trasgresión, corroborada positivamente, recién podría sustentar una conducta culpable que, a la postre habría constituido un aporte causal indispensable para que se concrete el resultado que se atribuye» (Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3161-2011 Moquegua, considerandos 4-5). <https://bit.ly/3GaY2WN>.*



Por consiguiente, no se trata de un mero resguardo o protección de los bienes públicos porque, de ser así, se estaría solo en el quebrantamiento de la función de custodia. El deber de diligenciamiento o cuidado objetivo se enfoca en cualquiera de las funciones de administración, percepción o custodia, en el sentido de la prudente realización de las mismas bajo la sujeción de los fines establecidos por la Ley. Una defectuosa administración, custodia o percepción de los bienes públicos habilitaría la posibilidad a que el tercero ejecutor se haga consigo al objeto material.

**Jurisprudencias:** *«Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al Rector de la Universidad Nacional San Agustín, este tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentaban o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad, en razón, de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba (año 2001 y 2002)» (Sen-*



tencia del 11 de febrero de 2014 de la Sala Penal Permanente. Casación n.º 244-2013 Arequipa, fundamento 9). <https://bit.ly/3b3h17m>

«Su labor de asesora externa de la Municipalidad Provincial de Lucanas era ajena a la administración y custodia del almacén de dicha entidad; situación diferente a la de su coacusado, ya que, dada su función de jefe de Abastecimiento le era exigible el cuidado debido de los bienes en custodia, los que en su mayor parte constituirían víveres a distribuirse en programas asistenciales; por lo que su conducta resulta reprochable penalmente al haber dado ocasión a la sustracción de los mismos por terceros» (Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2151-2004 Ica, considerando 2). <https://bit.ly/3BaiDXw>



A continuación, el empleado peculador procede a infringir el deber de cuidado. Se trata de la **conducta principal y antecedente** que el artículo 387 lo describe con el verbo rector «dar ocasión». Se le entiende que al infringir el deber de diligenciamiento da ocasión para que un tercero proceda con su sustracción de los bienes públicos.

**1915.**  
Conducta imprudente: infracción del deber de cuidado.

**Jurisprudencias:** «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 n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 8). <https://bit.ly/3pp2bk5>



«Es verdad que se aprecia una falta de control en el almacén del Gobierno Regional de Madre de Dios, pues ni siquiera se cuenta con cámaras de seguridad que registren el ingreso y salida de las personas externas, a pesar de ser un espacio que custodia bienes estatales de estimable valor económico, no obstante, aquello tiene que ver con una posible negligencia facilitadora de la sustracción, mas los términos de la imputación están referidos a una conducta dolosa, esto es, a una apropiación». (Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2869-2017 Madre de Dios, considerando 7). <https://bit.ly/2ZgWNEo>



«La seguridad con la que se quiere preservar los bienes públicos constituye el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado. Que, en ese sentido, la infracción del deber de cuidado de sus caudales y sus efectos, por parte del funcionario o servidor público, es la premisa fundamental para determinar la comisión o no del delito en cuestión» (Ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1176-2013 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3nmX1Cj>



«Que del conjunto de hechos que precedieron a la sustracción de la motocicleta se evidencia una falta del deber objetivo de cuidado, pues si ésta evalúa una conducta negligente, dentro del contexto situacional en que se encontraba el acusado fuye que existió un descuido y falta de diligencia con relación a la



*pérdida del bien, dejó la motocicleta en la calle, sin seguridad, en un lugar donde no existía vigilancia cercana y en una zona que no tenía estacionamiento, a pesar de que a treinta metros de distancia se hallaba las instalaciones de la Dirección Regional de Salud de Ayacucho; que es de enfatizar que desde la óptica jurídico penal no se sanciona el extravío de los bienes, sino en cuanto, ello tenga como fundamento y antecedente la falta de cuidado del agente del hecho punible, como se acreditó en el caso concreto» (Ejecutoria suprema del 15 de abril de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 901-2009 Ayacucho, considerando 6). <https://bit.ly/3vDjFdm>.*

*«Se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho» (Ejecutoria suprema del 24 de abril de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3257-2011 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3prGWxx>.*



## 1916. Omisión

Consideramos que el modelo conductual del peculador imprudente más acertado es la **omisión** (propia)<sup>(522)</sup>, mejor dicho, la inoperancia de la responsabilidad funcional (incumplimiento del deber funcional) para ejercer actos suficientes a la evitación de la sustracción. No es que tengamos que interpretar al peculado culposo en las modalidades de apropiación o uso, puesto que no es el sentido de la norma penal: el reproche penal recae en la infracción del deber de cuidado y los actos materiales se trasladan al proceder del *extraneus*.

**Jurisprudencias:** *«Los encausados admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión; el primer encausado reconoció que como teniente alcalde los entregó no verificó el contenido de las donaciones y tampoco comunicó a sus superiores de tal donación; mientras que el segundo encausado aceptó que cuando relevó en su cargo a la acusada no efectuó el inventario respectivo y tampoco verificó las cajas que recibía, motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable» (Ejecutoria suprema del 15 de julio de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2674-2009 Cajamarca, considerando 4). <https://bit.ly/3EbFQux>.*



*«El encausado en su condición de alcalde no tomó las medidas de aseguramiento pertinentes para evitar que terceros sustraigan de la referida comuna un equipo de bombeo y una carretilla; al respecto debe precisarse que dichos bienes fueron sustraídos del almacén en que se hallaban y nadie puede dar cuenta de los mismos porque al momento de la sustracción no había asignado un personal que lo custodiara» (Ejecutoria suprema del 19 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 739-2014 Pasco, considerando 2.2). <https://bit.ly/3B1BD77>.*



<sup>(522)</sup> Cf. HUGO ALVAREZ, 2006, p. 278; ROJAS VARGAS, 2007, p. 530; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 420; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 178; CÁCERES JULCA, 2012, p. 65.

Toda actuación positiva facilitadora a la sustracción tendría conflictos interpretativos en la estructura del tipo culposo. El empleado peculador que recurre a acciones facilitadoras como, por ejemplo, alcanzarle los bienes o abrirle las puertas de seguridad, perderían la previsibilidad objetiva y alimentaría más bien una intención de permisión de la sustracción. Además, se excluyen las coincidencias, los encuentros imprevisibles, los extravíos o las pérdidas fortuitas.

Ahora bien, no es que la conducta imprudente del peculador cause el resultado típico; sino que produce todas las posibilidades para que otra conducta (dolosa) la produzca<sup>(523)</sup>. Algunos autores la definen como la **oportunidad posibilitadora**<sup>(524)</sup> o la **tolerancia permisiva**<sup>(525)</sup>. La consecuencia desventajosa patrimonial la ocasiona un tercero, por eso hay una relación indirecta entre la conducta imprudente y el resultado, y una relación directa entre la conducta dolosa y el resultado.

Lo que sostenemos es que hay una relación directa, de dependencia o **nexo causal** entre la conducta culposa del empleado peculador y la sustracción dolosa del tercero<sup>(526)</sup>. Por consiguiente, no hay peculado culposo sin la existencia de la sustracción dolosa. La misma se complementa con un nexo jurídico trabajado bajo las reglas de la **imputación objetiva del resultado**: *primera*, que la infracción del deber objetivo debido de administración, percepción o custodia consiga el peligro jurídicamente desaprobado para la posibilidad relevante de la sustracción del bien público (imputación de la conducta); y, *segunda*, que dicho peligro generado se concrete en el resultado de la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública (imputación del resultado).

**1917.**  
Relación  
mediata  
con el  
resultado

**1918.**  
Relación  
inmediata  
con la sus-  
tracción

<sup>(523)</sup> Cfr. SOLER V, 1978, p. 186; CREUS, 1981, p. 349; BOUMPADRE III, 2003, p. 269; FONTAN BALESTRA VII, 1980, p. 329; TAZZA III, 2018, p. 269; LAJE ANAYA III, 1981, p. 126; VILLADA, 1999, p. 436; MALDONADO en Levene, 1978, p. 556; GODÓY LEMOS en Estrella/Godóy Lemos 3, 2000, p. 421; TERRAGNI III. II, 2012, p. 492; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 240; DONNA, 2002, p. 290; GALLARDO en Riquett III, 2018, p. 2021; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 127; MARÍN, 2008, p. 803; PARMA/MANGIÁFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 645; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 909; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 420; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 280; PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 125; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 178; PEÑA SUASNABAR en Actualidad Penal n.º 1, 2014, p. 229.

<sup>(524)</sup> Cfr. MALDONADO en Levene, 1978, p. 556; CREUS, 1981, p. 350; TAZZA III, 2018, p. 268; GODÓY LEMOS en Estrella/Godóy Lemos 3, 2000, p. 421; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 240.

<sup>(525)</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE en Manuel Cobo del Rosal II, 1997, p. 402; DONNA, 2002, p. 290; BOUMPADRE III, 2003, p. 270.

<sup>(526)</sup> Cfr. FRAGOSO II, 1981, p. 397; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 184; JESÚS 4, 2012, p. 173; BITENCOURT 5, 2019, p. 50; PIERANGELI 2, 2007, p. 813; CAPEZ 3, 2019, p. 482; CUNHA, 2019, p. 834; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 862; ESTEFAM 3, 2018, p. 558; SOLER V, 1978, p. 186; ABOSO, 2018, p. 1400; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 128; TAZZA III, 2018, p. 269; DAYENOFF, 1998, p. 675; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1239; PARMA/MANGIÁFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 645; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 451; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 423; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 369-370; ROJAS VARGAS, 2007, p. 530; PEÑA SUASNABAR en Actualidad Penal n.º 1, 2014, p. 230.

**Jurisprudencias:** *«Resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero»* (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4500-2005 Junín, considerando 4, precedente vinculante). <https://bit.ly/3jt0wGa>.



*«La acusada, pese a haber sido corresponsable de la indebida retención de fondos públicos en la Oficina de Tesorería (y, por ende, de su no depósito bancario), y no obstante haber sido consciente de que existía siempre la posibilidad de que dichos caudales —por su ingente volumen y por no encontrarse seguros en una entidad bancaria— sean objeto de apoderamiento por terceras personas, lejos de haber velado por la intangibilidad e integridad de dichos dineros, demostró desinterés y desidia respecto a la protección de los mismos, tolerando, a sabiendas, el manejo informal que de dicha seguridad hacia la tesorera —su subordinada— no habiendo ejercido debidamente sus deberes de supervisión, pese a que conocía, según ella misma ha puntualizado en sus agravios, que la antes citada ‘en muchas oportunidades dejó la llave de la caja fuerte encima de su escritorio, faltando a su deber de cuidado’. Peor aún, conociendo de la actuación defectuosa con la que procedía la antes mencionada, tampoco hizo nada por asumir ella, personalmente, la custodia del mismo durante el periodo de licencia de la referida tesorera, pese a saber que esta última había delegado el cuidado de dichos recursos a su ayudante, no obstante la pericia y experiencia que se requería para asumir tal responsabilidad. Consiguientemente, el propio incumplimiento de su persona respecto a los deberes que tenta frente a la devolución de dichos caudales, y, luego, la negligencia con la que actuó respecto a la debida seguridad de los mismos (puesta de manifiesto en diversos momentos) constituye un factor que, sin duda, propició el robo de dicho dinero público»* (Ejecutoria suprema del 23 de junio de 2011, de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1865-2010 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/3nBRHLR>.



*«El almacenero sin permiso se ausentó del centro de trabajo —lo que importa una imprevisión culpable o una infracción del deber de cuidado—. Esa situación irregular permitió que un tercero —presumiblemente el chofer— sustraiga el combustible a su cuidado»* (Ejecutoria suprema del 9 de agosto de 2013, R. N. n.º 1634-2013 Ayacucho, considerando 6). <https://bit.ly/3nhHELv>.



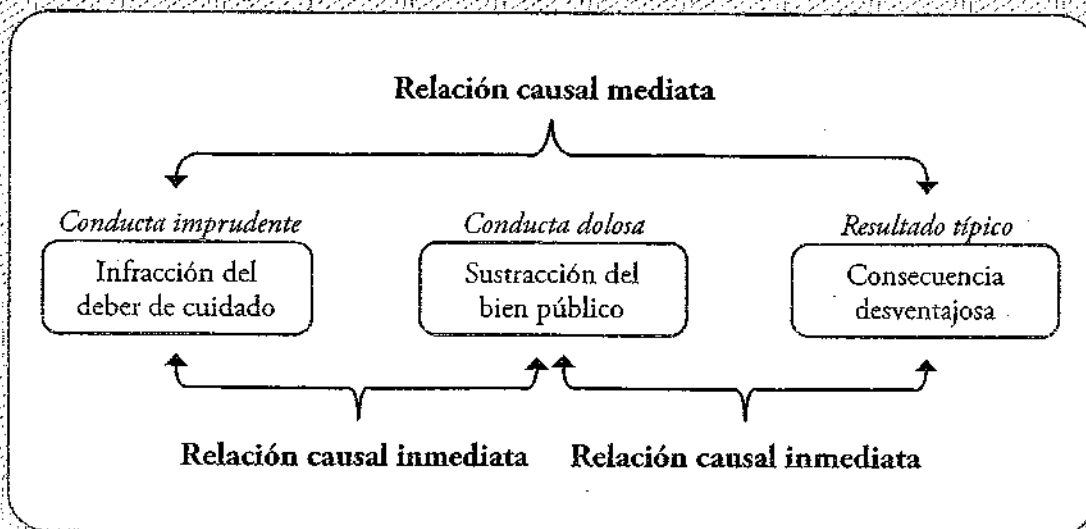
*«El delito de peculado culposo se configura cuando es la falta de observancia de las precauciones necesarias —exigibles al agente por su vinculación funcional— la que origina (propicia o facilita) la sustracción de un bien estatal por parte de terceros; que el hecho que el encausado dejara un vehículo estatal estacionado en la Plaza de Armas del distrito (al costado y frente al local de la Municipalidad) —a falta de cocheros o de lugares que ofrezcan mayor seguridad— es una conducta socialmente adecuada que no revela una falta de diligencia relevante ni entraña, por tanto, una infracción a sus deberes objetivos de cuidado del referido bien; que, por ende, sin este elemento típico esencial, la sustracción furtiva de piezas del vehículo por personas desconocidas no resulta imputable —en los límites del ilícito incriminado— al encausado»* (Ejecutoria suprema del 13 de febrero de 2008 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3184-2006 Apurímac, considerando 2). <https://bit.ly/3C92bIm>.



«La conducta intencional del encausado reviste un incumplimiento de su obligación de cautelar y custodiar la correcta utilización de los fondos municipales, funciones propias del cargo como contador externo de la entidad agraviada, lo cual permitió un manejo desordenado y descalificado en cuanto a los caudales, facilitando de este modo su apoderamiento en favor de diversas personas, perjudicando así a la comuna» (Ejecutoria suprema del 11 de junio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1637-2012 San Martín, considerando 13). <https://bit.ly/3C2KVVe>.



Asimismo, el momento ejecutivo de la conducta dolosa puede ser previa o durante la infracción del deber objetivo de cuidado. Por tanto, el ejecutor de la sustracción se aprovecha del mismo, ya sea porque la conoce o no. Esto no sucede,



Ahora bien, como se adelantó, es menester la **conducta dolosa de la sustracción del tercero**. Es la **conducta accesoria y consecuente**. Esta puede ser un delito patrimonial (*v. gr.*, hurto, apropiación indebida); una malversación u otro peculado<sup>(527)</sup>, a condición de que atente al bien público. En el caso del delito patrimonial, el ejecutor no tiene relación funcional alguna con el objeto material, por lo que lo realizará un particular u otro funcionario no vinculado a este. De tratarse de un peculado o una malversación, el ejecutor doloso es un empleado público que comparte la función de administración, percepción o custodia con el sujeto activo imprudente.

1919.  
Segunda  
conducta:  
sustracción

(527) *Vid.* CREUS, 1981, p. 351; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 665; LAJE ANAYA III, 1981, p. 125; BAYALA BASOMBRIÓ, 2008, p. 126; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 240; MASSON 3, 2018, p. 578; CAPEZ 3, 2019, p. 482; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 275. Solo consideran un delito patrimonial: ETXEBARRÍA ZARRABETIA en Asua Baraitza, 1999, p. 240; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 451; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 179; MAURTUA DONAYRE, 2010, p. 78.

**Jurisprudencia:** «Respecto a la conducta culposa es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción del 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» (Ejecutoria suprema del 24 de abril de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3257-2011 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3ptGW5xx>.



1920.  
Conducta  
dolosa

La conducta del tercero debe ser **dolosa**. No es factible una actuación imprudente de disponibilidad del bien público. Es técnicamente insostenible una sustracción imprudente<sup>(528)</sup>; además, cualquier disponibilidad culposa (*v. gr.*, destrucción) no calificará como delito consecuente del peculado culposo, porque al final siempre se requerirá de una sustracción dolosa. No hay cabida para los peculados culposos en cadena.

1921.  
Conducta  
comisiva

También se podría indicar que la conducta del ejecutor es eminentemente **comisiva**, puesto que los actos de sustracción no compatibilizan con la estructura de una omisión. Aun cuando se le pueda reclamar una posición de garantía al *extraneus*, es imposible los traslados de esferas de dominios sin una acción positiva, salvo que se trate de una apropiación.

1922.  
Sustracción

Justamente, adviértase que se optó por la descripción de la conducta del ejecutor como una **sustracción**, la cual es acertada por su amplitud y por no depender siempre de la relación funcional con el objeto material. Por ejemplo, ¿cómo exigir al *extraneus* la apropiación del bien público si previamente no lo posee?<sup>(529)</sup> «Técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo 'sustraer' que apropiarse o apoderarse, por ser más adecuado a la acción del tercero que no participa de las características inherentes a la posesión de bien, esto es, a la vinculación funcional»<sup>(530)</sup>. Para definirla, tenemos que remitirnos a los alcances de la teoría del traslado de ámbitos. Con ello, lo que importa es que el tercero consiga apartar de la esfera de dominio oficial al bien público, sin que ello implique que la incorporación a su propio dominio o que obtenga de estos beneficios ajenos. Sin embargo, cabe anotar que acarrearían problemas configurativos si el objeto material es un bien inmueble, por la imposibilidad material de su traslación, salvo que se quiera recurrir a una concepción jurídica de la misma.

(528) Así también: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en Asua Batarrita, 1999, p. 240; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 398; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 649.

(529) No estamos de acuerdo con la propuesta del artículo 571 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 567 del Proyecto de Código Penal de 2016 que describen a la conducta del tercero como una apropiación o utilización.

(530) ROJAS VARGAS, 2007, p. 525.



**Jurisprudencias:** «La sustracción. Entendiéndose la 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» (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 8). <https://bit.ly/3pp2bk5>.



«El tipo penal exige que el funcionario público por su descuido permita que un tercero sustraiga los caudales o efectos del Estado, exigencia típica que no concurren el caso sub examine, ya que no se aprecia el elemento sustracción, es decir, el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, ya que el objeto en cuestión es un inmueble (un predio rural)» (Ejecutoria suprema de 19 de octubre de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3668-2010 Ica, considerando 8). <https://bit.ly/3jsIt35>.



Asimismo, entiéndase que la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública se comprueba con el apartamiento de sus bienes de su propio ámbito de disponibilidad administrativa. Toda utilización del bien público, aunque ilegal, si se halla dentro del ámbito oficial de disposición, no califica la sustracción; muchos menos la destrucción o el daño sin previo desplazamiento<sup>(531)</sup>. Por otro lado, no hay que verificar apropiación, mucho menos utilizaciones ajenas, basta y sobra con el desligamiento de la entidad pública para con sus bienes, aunque más adelante sea restituído o no.

**Jurisprudencia:** «Si bien en un primer momento el encausado habría actuado obviando su deber de cuidado, en tanto con su conducta permitió que la computadora portátil desapareciera de la entidad estatal; cabe precisar que esta fue hallada, por tanto no puede catalogarse dicha desaparición temporal como una sustracción definitiva propiamente dicha; y si bien el hallazgo de la computadora portátil se realizó casi dos años después, no se evidencia que en efecto haya salido del claustro universitario y es más que en su temporal desaparición haya sido probablemente utilizada ocasionando un perjuicio claro al patrimonio de la universidad» (Ejecutoria suprema del 11 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3522-2011 Ucayali, considerando 4). <https://bit.ly/3po0HXk>.



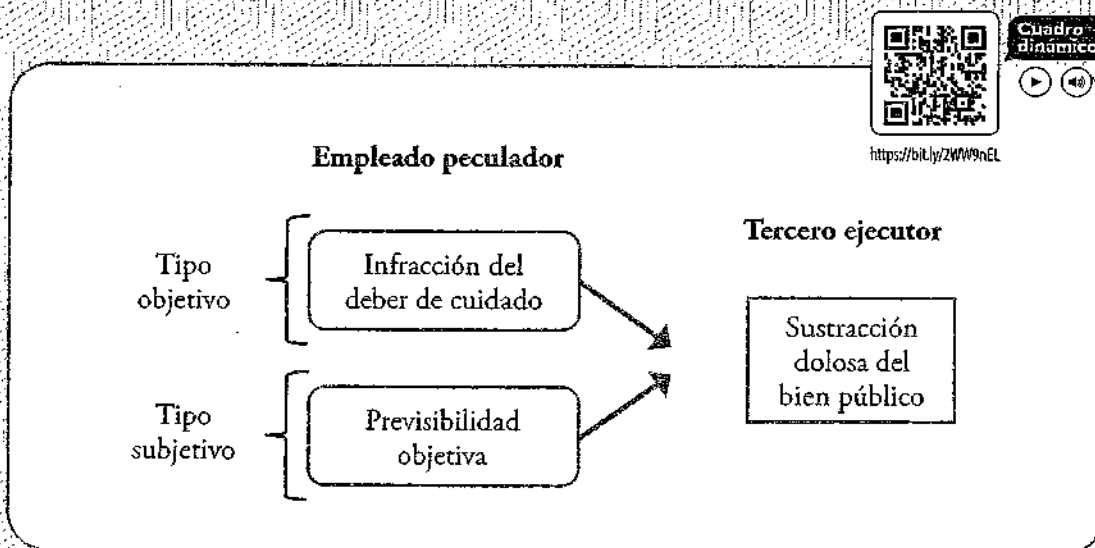
Para la configuración del peculado culposo es importante que el ejecutor doloso de la sustracción consiga el **resultado típico** de la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública. No hay peculado culposo (delito medio) si no se consuma la sustracción (delito fin)<sup>(532)</sup>. Desde el sujeto activo funcional, no es

1923.  
Resultado

(531) Cfr. CREUS, 1981, p. 351.

(532) Cfr. CREUS, 1981, p. 352; SOLER V., 1978, p. 186; FONTAN BALESTRA VII, 1980, p. 329; BOUMPADRE III, 2003, p. 270; TAZZA III, 2018, p. 269; LAJE ANAYA III, 1981, p. 125; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 666; VILLADA, 1999, p. 436; MARÍN, 2008, p. 803; TERRAGNI III, II, 2012, p. 492;

suficiente la infracción del deber objetivo de cuidado. A partir del ejecutor material no basta con una sustracción tentada<sup>(533)</sup>, es menester verificar la extracción del bien público del ámbito de dominio oficial. Pero, reiteramos, todo ello no conlleva a que el ejecutor doloso se haya beneficiado o aprovechado de los bienes públicos<sup>(534)</sup>.



1924.  
Imputación  
subjetiva

Desde la **imputación subjetiva**, el peculador imprudente parte de una base de **cognoscibilidad** suficiente que abarque no solo el deber de cuidado, sino también la acción de sustracción del tercero sobre el bien público. Esta se complementa con la **previsibilidad objetiva** o la posibilidad de poder prever el riesgo significativo de disponibilidad ajena que corren los bienes públicos bajo su responsabilidad. Aquí no hay intención de disponibilidad ajena o intención de no impedir el apoderamiento.

**Jurisprudencia:** *«Si bien la caja fuerte presenta signos de haber sido violentada, ello no es óbice para significar que la conducta del encausado constituya delito de peculado culposo, ya que justamente cuando solicitó licencia a cuenta de vacaciones se produjo la sustracción del dinero de la caja fuerte, aunado a ello, tampoco designó a un personal que ocupe su cargo por los días de licencia para que se encargue de la custodia del dinero existente, lo cual permite concluir que fue el propio en-*

GIERSI en Arce, Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1240; DAYENOFF, 1998, p. 674; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 240; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 645; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 910; PRADO 3, 2019, p. 312; PIERANGELI 2, 2007, p. 813; CAPEZ 3, 2019, p. 482; ESTEFAM 3, 2018, p. 558; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 782; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 368; ROJÁS VARGAS, 2007, p. 530; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 179; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 41; PEÑA SUASNABAR en Actualidad Penal n.º 1, 2014, p. 230.

<sup>(533)</sup> Cfr. TERRAGNI III, II, 2012, p. 492; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 666; CREUS, 1981, p. 352; DAYENOFF, 1998, p. 674; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 179. En sentido contrario: HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 280.

<sup>(534)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 368; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 422.

*causado quien premeditadamente sustrajo para sí mismo los fondos que le estaban asignados, pretendiendo amparar su inocencia en una supuesta licencia por motivos de salud que no le representada urgencia para obviar la entrega de los bienes que le estaban asignados a su custodia a la persona que lo debió reemplazar» (Ejecutoria suprema del 28 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2168-2009 Tacna, considerando 5). <https://bit.ly/30ManQZ>. Es menester observar al presente fallo que en la actuación del peculador imprudente no deben existir premeditaciones sobre la sustracción.*

La previsibilidad objetiva se convierte de una posibilidad a un deber cuando el empleado peculador tiene la función pública de custodia. En estos casos, es común la exigencia de una **culpa con representación** (culpa consciente), debido a que el funcionario responsable debe proyectarse la posibilidad de una sustracción ajena del bien público y la subestima pensando en poder evitarla.

## §11. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 11.1. Consumación y tentativa

Los peculados propios por apropiación y por uso, al ser delitos de resultado, la **consumación formal** se determina con la generación de la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública titular de los bienes apropiados o usados. Ya hemos desarrollado el nivel de afectación de los resultados típicos de cada modalidad.

1925.  
Consumación  
formal

**Jurisprudencias:** *«Es de advertir que el delito de peculado se consuma cuando el sujeto activo incorpora a su dominio personal los caudales públicos, haciéndolos suyos» (Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 40-2017 Callao, fundamento 11). <https://bit.ly/3m7RIOM>.*



*«La consumación del peculado doloso se produciría entonces cuando el sujeto activo haya incorporado a su esfera de dominio los caudales públicos separándolos, extrayéndolos, quitándolos o desviándolos de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.º 102-2016 Lima, considerando 19.3). <https://bit.ly/3m3MUD4>.*



*«El momento de la consumación de este tipo se presenta cuando el funcionario o servidor público realiza el acto de apropiación o utilización de los caudales o efectos que, por relación funcional, le son asignados» (Sentencia de apelación del 21 de agosto de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 89-2014-30, considerando 65.6). <https://bit.ly/3C6IP7S>.*



En el **peculado propio culposo** la consumación formal dependerá también de la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública, pero en esta ocasión, producto de la sustracción ejercida por el tercero.

1926.  
Delito instantáneo

Asimismo, todas las modalidades del peculado se identifican por ser **delitos de consumación instantánea**<sup>(535)</sup>, en el sentido en que la consecuencia desventajosa patrimonial ocurre en el acto mismo de la disposición definitiva o temporal. No obstante, hacemos la salvedad que en el **peculado propio por uso** existe un estado de ilicitud *post* consumación que lo constituye en un **delito de estado**. Mientras persista el uso del bien público, se mantendrá su estado antijurídico, aunque la consumación se haya dado con el inicio de dicho aprovechamiento.

**Jurisprudencia:** «La consumación del delito de peculado se realiza instantáneamente al producirse la apropiación o la utilización para sí o para terceros —actos de disposición—» (Ejecutoria suprema del 20 de julio de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2275-2005 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3vBH0fz>.



1927.  
Actos preparatorios

Las aprehensiones o traslados internos en el ámbito oficial de custodia de los bienes públicos formarán parte del rubro de los **actos preparatorios** del peculado propio mientras que no se dé inicio a la disponibilidad definitiva o provisional de los bienes públicos, cuyo efecto consumativo será instantáneo. Ejemplo: el que guarda los cheques o giros a cobrar en otro escritorio dentro de la oficina.

**Jurisprudencia:** «El razonamiento expresado en el auto impugnado se basa en afirmar que conforme los hechos imputados en el caso concreto, la serie de actos administrativos, que se llevaron a cabo en el marco de una contratación pública nunca llegaron más allá de la fase de selección. Concluyendo por ello, que el dinero que se imputó de querer apropiarse, nunca estuvo fuera de la esfera de control de la Administración Pública, por lo que, los actos imputados a lo sumo podrían ser calificados como actos preparatorios del delito de peculado, los cuales no son punibles» (Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 40-2017 Callao, fundamento 19). <https://bit.ly/3m7R1OM>.



1928.  
Tentativa

Es factible la imputación de la **tentativa** para cualquiera de las modalidades del peculado propio doloso; mas no para el peculado propio culposo. Los actos ejecutivos de la apropiación o la utilización no deben generar el resultado típico, esto es, la consecuencia desventajosa patrimonial, por lo que en el proceso mismo de la conversión o el quebrantamiento de las funciones de administración, percepción o custodia estaría el momento de la tentativa.

**Jurisprudencia:** «Es un delito de resultado, en consecuencia, admite tentativa. Las acciones que pueden configurar tentativa del delito de peculado deben ser analizadas en cada caso particular» (Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 40-2017 Callao, fundamento 11). <https://bit.ly/3m7R1OM>.



(535) Cfr. TAZZA III, 2018, p. 264; BITENCOURT 5, 2019, p. 52; NUCCI 3, 2019, p. 482; GRECO 3, 2017, p. 701; ESTEFAM 3, 2018, p. 554; HARB II, 1996, p. 38.

Una **tentativa acabada** de un peculado propio se advierte cuando el empleado peculador realiza todos los actos posibles para la apropiación o la utilización y no logra la consecuencia desventajosa patrimonial. Una **tentativa inacabada** acontece cuando se interrumpe el proceso ejecutivo del peculado sin lograr culminar con la apropiación o la utilización.

**Jurisprudencia:** «Si bien se alega que no se produjo el perjuicio económico del Estado, si se verificó la tentativa del delito de peculado, estando a la fragmentación de los actos ejecutivos para consumarlo, el que no se efectuó por la oportuna intervención policial, sin embargo, con su conducta el acusado ocasionó un peligro de lesión a los caudales del Estado» (Ejecutoria suprema del 29 de abril de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 661-2010 Piura, considerando 3). <https://bit.ly/3C6BVOX>.



Los actos que interrumpen el proceso ejecutivo del peculado propio pueden provenir de terceros (**interrupción externa**) o del propio sujeto activo (**desistimiento**). Ejemplo: el tercero sustractor que decide no apropiarse de los bienes públicos, contradiciendo la coordinación previa que tuvo con el empleado peculador. Se entiende que estos son realizados antes de la producción de la consecuencia desventajosa patrimonial. Por consiguiente, los **reintegros** o **devoluciones** forman parte de una etapa posterior a la consumación formal y no pueden ser considerados actos de desistimiento, bajo la salvedad de poder influir en la reducción de la pena.

**1929.**  
Interrupción externa y desistimiento

**Jurisprudencias:** «Aun cuando el procesado haya devuelto finalmente la misma cantidad de dinero de la que se apropió, lo hizo una vez consumado el hecho, por lo que su 'desistimiento' resultaría irrelevante para el presente caso» (Ejecutoria suprema del 20 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Apelación n.º 3-2019 Piura, considerando 12). <https://bit.ly/3nj5LTK>.



«El hecho de que, con posterioridad, se devuelva parte del dinero público por el extraneus y que, a su vez, entregue a la Municipalidad un lote de muebles, por ser un acto post ejecutivo, a lo más puede implicar una atenuante genérica, pero no una causa de exención de responsabilidad penal» (Ejecutoria suprema del 3 de agosto de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2280-2015 Arequipa, considerando 4). <https://bit.ly/3Go7WVp>.



«El hecho de que los montos de los préstamos fueron recuperados, como se advierte de los documentos denominados alfabético de clientes (fojas cuatrocientos cuarenta y cinco y cuatrocientos cuarenta y siete), es irrelevante, ya que la entidad agraviada se había desprendido de los fondos estatales, con lo que se había consumado el delito de peculado» (Ejecutoria suprema del 2 de julio de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1941-2017 Del Santa, considerando 6). <https://bit.ly/3B7Grvk>.



«Las alegaciones referidas por los abogados de los sentenciados respecto a la devolución de lo cobrado en exceso constituyen una circunstancia posterior a la presunta consumación del tipo penal, no trascendente para la determinación del delito de peculado. Sin embargo, aquel proceder denota un afán complementario de ausencia de dolo en la apropiación de los fondos públicos» (Ejecutoria suprema del 23 de abril de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2390-2017 Ancash, considerando 3.14). <https://bit.ly/2ZdzrAh>



1930.

Consumación material

La obtención de beneficios o ventajas de los bienes públicos apropiados o utilizados forma parte de la etapa de **agotamiento** del peculado propio. No guarda relevancia típica en nuestro estudio, salvo que se traslade su importancia para la graduación de su punibilidad.

## 11.2. Autoría y participación

1931.

Autoría inmediata

La **autoría inmediata** del peculado propio se le atribuye al empleado público responsable funcional de la administración, percepción o custodia de los bienes públicos. Es el que ostenta el deber funcional y, por ello, se le reprocha el dominio institucional de la apropiación o la utilización del objeto material. Los autores que carecen de la relación funcional con el objeto material son imputados por un delito patrimonial (*v. gr.*, apropiación indebida, hurto de uso).

1932.

Autoría mediata

Con ello, no se quiere sostener que el peculado sea un delito de propia mano, puesto que los actos objetivos de disponibilidad pueden ser realizados también por terceros, quedando siempre a exclusiva realización del quebrantamiento del vínculo funcional al empleado peculador. En tal sentido, es factible la imputación por **autoría mediata**. Se considera que el intermediario no solamente es un *extraneus*, sino uno irresponsable por el delito funcional, ya sea por error o por carencia de culpabilidad, por ejemplo. Así, se tiene el caso del transportista que se encarga del traslado del material de construcción de un colegio nacional a los almacenes del director en el desconocimiento de la pertenencia administrativa.

En el supuesto que el intermediario se ha concertado con el sujeto activo o advierta la omisión o culpa de este, dejará de ser un intermediario irresponsable. En los casos de ausencia de concertación se desprende su dominio del hecho, lo que lo califica como autor de un delito patrimonial.

1933.

Coautoría

En la **coautoría** común el deber funcional es compartido normativamente por los empleados peculadores. La función de administración, percepción o custodia puede ser compartida por más de un funcionario (tribunales), por lo que su quebrantamiento necesitará de una intervención conjunta para que tenga validez. Entre ellos se define el acuerdo en común sobre la apropiación o la utilización del bien público, siendo que algunos ejecutarán la conducta típica y otros simplemente omitirán su deber de impedimento.

**Jurisprudencia:** «No puede concurrir la figura de la coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que este es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, se puede sostener que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores» (Sentencia del 11 de julio de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, Casación n.° 102-2016 Lima, considerando 18), <https://bit.ly/3m3MUD4>. El presente fallo sustenta la imposibilidad de compartir la función específica lo que, a su entender, imposibilita la coautoría.

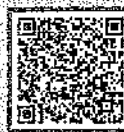


Los excesos en que incurren los autores ejecutivos durante la apropiación o la utilización no planificada en el acuerdo en común no podrán ser reprochados a los autores no ejecutivos. Por ejemplo, si el plan era la utilización del material logístico y no su destrucción; o si se recurre a la falsedad de documentos públicos para aparentar la existencia del bien público, cuando no formaba parte del plan criminal.

Al ser el peculado un delito de infracción de deber propio, las reglas de la participación del *extraneus* se resuelven con la tesis de la unidad del título de imputación, siendo estos cómplices o instigadores. No procede la remisión del tratamiento de los partícipes a los delitos patrimoniales porque no consideramos que el peculado sea un delito de infracción de deber impropio.

1934.  
Participación

**Jurisprudencias:** «El autor solo puede ser un *intraeus* —funcionario o servidor público— con la condición de garante de los bienes; los particulares, *extraneus*, no pueden responder por dicho título delictivo, al no poder quebrantar deberes especiales que los vinculan estrecha y directamente con el objeto material del delito» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2014 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 169-2014 San Martín, considerando 5), <https://bit.ly/3puEBCj>. «Se le atribuye al procesado la calificación jurídica de cómplice primario, es decir, *extraneus*, en razón a que la función que ejercía al momento de los hechos era de regidor, y no disponía del patrimonio del Estado, debido a que no tenía ni la custodia, ni percepción ni administración legítima de estos, por parte del Estado, siendo el caso, que quien disponía del patrimonio estatal era el ex alcalde y en razón de esas facultades es que entrega las sumas de dinero a los regidores, entre uno de ellos, al procesado. Por tanto, al encausado al no poseer una tenencia material directa, ni disponibilidad jurídica de dichos bienes, no se le puede atribuir la calidad de autor del delito» (Ejecutoria suprema del 6 de octubre de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 2134-2014 Loreto, considerandos 7-8), <https://bit.ly/3BbjsPL>.



1935.  
Instigación

El **instigador** es el que crea la determinación de apropiación o de utilización de los bienes públicos al empleado peculador. Puede ser tanto un particular como otro funcionario con evidente interés en la disponibilidad ajena del objeto material. En el supuesto del peculado por omisión, este tercero puede haber formado el dolo del peculado al funcionario en sus coordinaciones para, a continuación, proceder con la ejecución de la apropiación o la utilización.

1936.  
Complicidad

Son **cómplices necesarios** los que aportan (relevante) a la apropiación o la utilización no autorizada, ya sea facilitando la realización de los actos de disponibilidad (contribución activa) o evitando su descubrimiento u ocultándolos (contribución pasiva). El tercero ejecutor de la conducta típica en el peculado propio por omisión o el receptor de los fondos dispuestos en el peculado propio por comisión son clásicos ejemplos de cómplice primario. No son cómplices los que contribuyen a la realización del beneficio o ventaja, pero sí los que apoyen a la producción de la consecuencia desventajosa patrimonial contra la entidad pública.

**Jurisprudencias:** «No puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da cuando se hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose así, el peculado» (Sentencia del 23 de noviembre de 2004 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 2758-2004-HC, fundamento 11). <https://bit.ly/3GdWdbx>.



«La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público (...). La contribución del acusado se dio en un contexto delictivo. El acto de complicidad se dio durante la ejecución del delito: acto de apropiación que implicaba alejarlo del ámbito de custodia pública para transferirlo al ámbito privado del cómplice y, de ese modo, disponerlo atentando contra la finalidad estatal de su gestión. Su aporte o contribución como extraneus fue esencial, pues fue escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponda calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria» (Ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 546-2012 Lima, considerando 28). <https://bit.ly/3GniPGW>.



«El encusado en modo alguno participó en la realización y consumación del delito imputado, pues su intervención fue en un momento posterior a aquellos, al pretender colaborar de manera lícita en la recuperación de los bienes faltantes» (Ejecutoria suprema del 5 de febrero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1900-2012 Madre de Dios, considerando 3.4). <https://bit.ly/3E3QR0T>.



«A los acusados que tenían el cargo de regidores se les ha condenado a título de cómplices al haber prestado ayuda o auxilio para la realización del delito, por cuanto su función es de fiscalización y no tienen vínculo funcional con los caudales del Estado» (Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 838-2018 Áncash, considerando 4.9). <https://bit.ly/3m38mZ4>.





«Que si bien está acreditado el delito y la responsabilidad penal de los procesados, no se determinó adecuadamente el título de intervención delictiva de cada agente, que aun cuando los procesados en su condición de funcionarios públicos no tuvieron la disponibilidad jurídica de los caudales que recibieron como pago de dietas por las sesiones a las que no asistieron, esta cualidad específica —establecida en el delito de peculado— sí la tuvo el condenado, quien en su condición de alcalde de la institución agraviada estaba autorizado a controlar la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos, de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado, de acuerdo a lo previsto en el inciso ocho del artículo cuarenta y siete de la ley número veintitrés mil ochocientos cincuenta y tres —derogada, pero vigente al momento de los hechos realizados—, que como el citado alcalde autorizó el pago de esa suma de dinero por concepto de dietas de sesiones concejales a favor de los recurrentes, si los ubica en calidad de cómplices necesarios o primarios, debido a que sin su aporte voluntario y consciente no se hubiese realizado el egreso ilícito por la indicada suma de dinero, conforme se concluyó en la pericia contable» (Ejecutoria suprema del 19 de enero de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3067-2008 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3E9cQ6q>

«Respecto a la intervención del procesado en el peculado por apropiación esta se produjo desde antes de que se concrete la apropiación de caudales estatales, pues previamente a la entrega pactaron con el coprocesado la manera en que ésta se produciría, acordando los montos y la periodicidad, llegando incluso a ponerse en escenarios en los cuales cabrían aumentos y demás condiciones en las que se produciría dicha apropiación y la ulterior entrega al tercero, por lo que su intervención corresponde típicamente a la del cómplice primario, dado que ha sido necesario para la realización del ilícito» (Sentencia del 8 de agosto de 2006 de la Segunda Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 011-2001, considerando 69). <https://bit.ly/3GfcdKs>



Ciertos actos contributivos mantienen su neutralidad objetiva cuando constituyen conductas estándar y el partícipe no puede advertir la ilicitud de la apropiación o la utilización por desenvolverse en un contexto no delictivo (**prohibición de regreso**). Por más contributivo que sea el acto del partícipe para la disponibilidad del bien público, la neutralidad comprobada de la misma le resta significado penal. Ejemplo: el transportista que contribuye al empleado peculador a trasladar paquetes cerrados que contienen material sanitario de un hospital. Si el contexto es claramente delictivo, decae la neutralidad del acto objetivo y procede la imputación por participación dolosa. Ejemplo: el taxista que recoge a un empleado del banco estatal con bolsas visibles de dinero en altas horas de la noche.

1937.  
Aporte  
neutral

**Jurisprudencia:** «No existe prueba suficiente que establezca que integró y ejecutó, en lo que le correspondía, el plan delictivo para afectar el patrimonio de la empresa, obedeció las indicaciones precisas que en el momento de la entrega le cursaron quienes tenían competencia institucional para hacerlo. Siendo así, más allá de no haber seguido el curso de las disposiciones regulares que rigen toda entrega de material que sale del almacén —que podría sustentar una imputación subjetiva por peculado culposo, ya prescrito, sin embargo— su conducta no puede ser calificada de dolosa —ni siquiera eventual— y, por ende, que participó conscientemente, en concierto con



*sus computados en la afectación patrimonial a SEDAPAR S.A. Se trató de su parte, de una intervención neutral adecuada a su rol de auxiliar de almacén, no existiendo pruebas relevantes en contrario» (Ejecutoria suprema del 27 de julio de 2010, R. N. n.º 4746-2009 Arequipa)<sup>(536)</sup>. <https://bit.ly/3C6CjNp>.*

### 11.3. Concurso de imputaciones

- 1938.** Delito continuado. Una apropiación o uso sistemático de los bienes públicos conllevarán a la adecuación del caso a un **delito continuado** si el plan criminal comprende tantas acciones independientes de afectación plural de objetos materiales de una entidad pública. Se suele recurrir a esta modalidad a efectos de lograr la apropiación total del objetivo patrimonial sin ser descubierto. Compréndase además que la continuidad de las apropiaciones y/o utilizaciones corresponden a los bienes públicos sujetos a la responsabilidad funcional del autor; los demás no forman parte de dicha continuidad.
- 1939.** Concurso real homogéneo. Es factible que en el *iter* criminal el empleado peculador cometa consecutivamente la utilización y la apropiación de un bien público, lo que nos lleva a un **concurso real homogéneo**. Por ejemplo, el responsable del almacén de logística de una entidad edil que en un primer momento utiliza el material de construcción para ofrecerlo a terceros (uso) y en un segundo momento consigue venderlos (apropiación).
- 1940.** En relación con los delitos patrimoniales. Por otro lado, en relación con los **delitos patrimoniales**, la apropiación indebida (artículo 190, Código Penal) y el hurto de uso (artículo 187, Código Penal) son excluyentes frente al peculado propio por apropiación y utilización, respectivamente. Entre ellos hay un concurso aparente de leyes que se resuelve por la subsunción de los delitos patrimoniales en aplicación del principio de especialidad.
- Ahora bien, estos delitos patrimoniales pueden entrar en concurso con el peculado en sus modalidades de culpa y omisión dolosa. Para ello, debe concurrir un tercero que realizará la conducta de apropiación o uso, cuando el sujeto activo incurre en omisión; o el tercero procede con la sustracción, cuando el sujeto activo incurre en culpa. La intervención del empleado peculador siempre será la de facilitar la realización del delito patrimonial; por ello, la vinculación de los delitos es de concurso real medial.
- 1941.** En relación con el nombramiento ilegal. El peculado puede concursar con otros delitos contra la Administración Pública. Por ejemplo, quien busca formalmente la relación funcional con los bienes públicos mediante un **nombramiento ilegal al cargo público** (artículo 381, Código Penal) y luego procede con la apropiación o la utilización de los caudales ahora bajo su responsabilidad, configurará un concurso real del peculado con el mencionado delito.
- 1942.** Destrucción de sellos oficiales. Algunos bienes públicos se encuentran protegidos con envolturas o sellos oficiales que mantienen su intangibilidad y que solo pueden ser aperturados con la debida

<sup>(536)</sup> Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 151.

permisibilidad administrativa que muchas veces escapa de la disponibilidad del propio empleado peculador. Si la apropiación o la utilización de los bienes públicos requieren de la previa destrucción de estos, estaríamos ante un concurso ideal de delitos entre el peculado propio y la **destrucción de sellos oficiales** (artículo 370, Código Penal).

El empleado peculador puede instrumentalizar a la entidad pública para luego quedarse con los bienes públicos. Se trata de una primera conducta consistente en la obtención del bien del particular a través de la **concusión** (artículo 382, Código Penal), la misma que la ingresará al ámbito de dominio oficial. A continuación, la segunda conducta es la de la apropiación o la utilización del bien ya de titularidad estatal, esto es, el peculado propio. Entre ambos delitos hay un concurso real.

A fin de convencer al funcionario responsable de permitir que se expropie los fondos públicos de su ámbito de dominio oficial, el *extraneus* puede emplear al soborno, lo que configura un concurso real medial entre el **cohecho generalizado activo** (artículo 397, Código Penal) y el peculado propio. Se trata del empleo de los medios sugestivos para conseguir la apropiación indebida de los bienes públicos.

En una planificación sutil, para un peculado encubierto o disimulado, el empleado peculador recurrirá a medios fraudulentos como la falsedad. Entonces, el empleado peculador comete la **falsedad de documento público** (artículo 427, Código Penal) o la **falsedad ideológica** (artículo 428, Código Penal) para conseguir la apropiación o la utilización de los bienes públicos. Creará la apariencia de disposición regular del objeto material mediante la formación y empleo de documentos falsos. La relación concursal entre ellos será real medial.

**Jurisprudencia:** *«Esta Sala Suprema no comparte la teoría del delito medio propuesta en la sentencia, pues el delito de uso de documento falso es una conducta totalmente autónoma a la del peculado doloso, y no se ha originado una subsunción de delitos—concurso aparente—, pues no se trata de un único supuesto de hecho, sino más bien de un concurso real, pues son ilícitos independientes»* (Ejecutoria suprema del 27 de agosto de 2019 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2272-2018 Ancash, considerando 5.2). <https://bit.ly/3m46v68>



Existe una relación de concurso real entre el peculado propio y el **lavado de activos** (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106) en el caso de la concreción del beneficio ajeno. El objeto material del peculado forma parte del ámbito de dominio particular del beneficiado y este procede a la conversión o transformación del mismo para evitar su identificación.

## §12. JUSTIFICACIÓN

En una situación conflictiva de riesgos de bienes jurídicos protegidos, la inminencia y la existencia de un peligro grave contra el interés de mayor relevancia (*v. gr.*, vida, salud) podrá ser conjurada con los actos de apropiación o utilización del

1943.

En relación con la concusión

1944.

En relación con el cohecho

1945.

En relación con los delitos de falsedad

1946.

En relación con el lavado de activos

1947.

Estado de necesidad justificante

empleado público. En ese sentido, cabe invocar un **estado de necesidad justificante**<sup>(537)</sup> si la disponibilidad ajena del bien público sirve para evitar consecuencias mayores. Ejemplo: el director administrativo de un centro de salud que distribuye las medicinas a un centro poblado que se encuentra en estado de emergencia sanitaria. Entendemos que el problema también puede resolverse por la carencia del elemento subjetivo adicional del beneficio propio o de tercero.

No obstante, no es posible en todos los casos invocar esta causa de justificación por la situación de extrema necesidad del propio funcionario por contar con otros medios o vías para superarlo. Aun así, la superación de urgencias particulares configura el elemento subjetivo adicional del beneficio ajeno y, por consiguiente, el patrimonio público no tiene que ser malinterpretado como el respaldo financiero definitivo del servidor ante sus necesidades esenciales.

1948.  
Ejercicio  
legítimo  
de un  
derecho

Si el empleado público opta por hacerse con los fondos de la entidad pública para darse por pagados sueldos retrasados no podría alegar como causal de justificación el **ejercicio legítimo de un derecho**, puesto que la disponibilidad definitiva que realiza no tiene un amparo normativo ni constitucional. Es una justicia a propia mano de una deuda impaga que no desecha el carácter antijurídico del peculado.

### §13. IMPUTACIÓN PERSONAL

1949.  
Error de  
prohibi-  
ción

Hay posibilidad para discutir la presencia o la carencia de la conciencia de la anti-juridicidad en el empleado peculador motivado por un **error de prohibición indirecto**. Es la errada creencia de estar justificada aquella conducta de hacerse con los fondos públicos en un presunto ejercicio legítimo del derecho al salario ante la respuesta tardía de su empleadora. El error puede estar alimentado, por ejemplo, por una disposición superior o una directiva o normativa administrativa irregular o fraguada.

También se podría alegar defecto de comprensión sobre los alcances permitidos de los actos administrativos que la norma administrativa concede al empleado público sobre los bienes. Las evidentes falencias o defectos normativos podrían ocasionar un **error de prohibición directo** en el sentido de una inevitable interpretación que generó la disponibilidad del patrimonio público.

**Jurisprudencias:** «Las donaciones eran un modo de proceder constante de la administración y gobierno municipal de Pacaipampa, y de hecho contaba con el apoyo del Consejo Municipal, amén de constituir una pauta de relación de los ciudadanos con la Municipalidad, situada en un área de extrema pobreza. Ese modo de actuación, constante en el tiempo, y en un lugar alejado y de extrema pobreza, no puede sino resaltar que el alcalde imputado actuó sin el nivel de conocimiento del ordenamiento presupuestario y punitivo correspondiente — de su contenido material—. El imputado creía que actuaba legal (ignorantia legis) y diligentemente atendiendo las nece-



(537) Vid. ROCA AGAPITO, 1999, p. 311.

sidades de la población, pese a que la legislación presupuestal no lo permitía —legislación, por lo demás, de excesiva complejidad—. La imputación de conocimiento que puede hacerse al imputado está en función a varios factores socialmente aceptables: a) la lejanía del municipio distrital; b) su ubicación en un área de extrema pobreza; c) sus conocimientos deficientes en materia presupuestal y jurídico penal; d) la obvia ausencia de un equipo técnico de asesoramiento y administración que le indique los marcos jurídicos de su actuación; y e) la masiva solicitud de la población local en ese ámbito de actuación municipal» (Ejecutoria suprema del 7 de marzo de 2014 de la Sala Penal Transitoria, votos en discordia de los jueces supremos CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO y DUBERLÍ RODRÍGUEZ TINEO, R. N. n.º 1379-2013 Piura, fundamento 6). <https://bit.ly/3B9bl6t>.

«Los recurrentes en su defensa reseñada ratifican su inocencia y alegan haberse creído autorizados por ley para utilizar la indicada fuente de financiamiento, que podría justificarse por tratarse de un municipio geográficamente distante, lo que pone en cuestión la concurrencia del tipo subjetivo de dolo contenido en el precepto, máxime si se detecta un error de prohibición de carácter invencible implícito en el propio peritaje oficial en cuyas conclusiones se advierte intercalada la frase 'situación originada por la interpretación errónea de la normativa'» (Ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1362-2016 Puno, considerando 6.4). <https://bit.ly/3pxIHq>.



El tercero ejecutor que no logra persuadir al funcionario responsable de la custodia de los bienes públicos, podría recurrir a medios agresivos como la violencia o la amenaza. En tal sentido, si los mismos guardan una seria gravedad estaríamos ante un **miedo insuperable**, debido a que el empleado ejecuta la disponibilidad ajena bajo una situación condicionada extrema.

**1950.**  
Miedo insuperable

**Jurisprudencia:** «La alegación del miedo insuperable no es de recibo, puesto que no se da la nota de insuperabilidad y porque ante un pedido irregular de un director, el imputado estaba en la posibilidad de evitar lesionar el patrimonio de la empresa agraviada y la legalidad de la documentación oficial generada al efecto dando cuenta del hecho a la máxima autoridad y, además no pueda sostenerse que la defensa del puesto administrativo sea de igual o mayor entidad que la afectación a la hacienda pública y al acervo documental» (Ejecutoria suprema del 7 de julio de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 533-2005 Huancavelica, considerando 2). <https://bit.ly/3pxEohR>.



Hay órdenes de disposición de bienes públicos que el funcionario subordinado ejerce en la falsa creencia de estar debidamente autorizado para ello. Ejemplo: el superior jerárquico que ordena al empleado público a emplear los fondos para la compra de material logístico como sustento para sus viáticos fuera del país. La **obediencia jerárquica** constituiría una situación que condiciona la realización de una conducta debida del empleado público si este no puede prever la ilegitimidad de la orden sobre la disposición del bien público.

**1951.**  
Obediencia jerárquica

**Jurisprudencia:** «No opera la obediencia debida cuando la ilegalidad de la disposición es manifiesta, en tanto el encausado tenía pleno conocimiento de que no estaba actuando conforme con sus funciones, afectando con su accionar la correcta administración de los caudales cuya administración y custodia le fueron asignadas en razón de su cargo, más aún tal alegación no puede sostenerse cuando se trata de una pluralidad de oportunidades y suma de dinero tan considerable (pues durante los años que el encausado estuvo en el cargo veía que no se regularizaban los pagos e igual seguían pagando)». (Ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3549-2014 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/2Zb0TOv>.



## §14. PECULADO AGRAVADO

**1952.** El legislador nacional tipifica cuatro modalidades agravadas para el peculado circunscritas a condiciones o cualidades relacionadas al sujeto activo y al objeto material conglobadas en una misma valoración punitiva.

Modalidad-  
des agra-  
vadas

### 14.1. Modalidad agravada por la condición especial del sujeto activo funcional

**1953.** Se atiende la condición peligrosa del sujeto activo funcional, en cuanto integra una organización criminal, es una persona vinculada o actúa por encargo de ella. Téngase en cuenta que, desde la administración, el sujeto activo tiene una relación subalterna con un aparato organizativo criminal (sea estatal o particular) cuyo objetivo corrupto tiene que relacionarse con la comisión del peculado en sus diferentes modalidades.

Por la  
condición  
especial  
del sujeto  
activo

Hay tres condiciones especiales alternativas que ostenta el sujeto activo funcional para la aplicación de la agravante: *i*) ser integrante de una organización criminal, *ii*) estar vinculada a una organización criminal o *iii*) actuar por encargo de una organización criminal. En el primer supuesto, el empleado público integra formalmente el aparato criminal; en el segundo supuesto, hay una integración fáctica a la misma; y, en el tercer supuesto, no tiene vinculación participativa en la estructura organizativa del aparato criminal, pero realiza la apropiación o la utilización de los bienes por encargo de esta.

### 14.2. Modalidad agravada por la condición asistencial del bien público

**1954.** El fundamento de la agravante se halla en la condición especial que tiene el bien público en el sentido de ser un medio idóneo para la satisfacción de necesidades primarias y urgentes para un sector determinado de la Sociedad<sup>(538)</sup>. Debemos rescatar un reproche jurídico-social<sup>(539)</sup> al empleado peculador que da la espalda al deber de

Funda-  
mento

(538) Cfr. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 344.

(539) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 417.

solidaridad<sup>(540)</sup> que se le exige frente a quienes buscan el apoyo imprescindible del aparato administrativo. La agravante de la figura estriba en la frialdad e indiferencia del empleado público que es esquivo a la situación de emergencias de los necesitados<sup>(541)</sup> y que, por el contrario, se aprovecha para disponer de los bienes a su propio beneficio. Por ello, se le ha denominado también como **peculado miserable**<sup>(542)</sup>.

**Jurisprudencia:** «No se puede aceptar que exista en la jurisdicción del gobierno municipal una extrema pobreza y los encargados de atenuar ese hecho social se aprovechen y se apropien. (víveres destinados al programa de apoyo social vaso de leche) para beneficio personal en desmedro de sectores sociales tan sensibles como son las madres y los niños» (Ejecutoria superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad del 14 de junio de 1999, Expediente n.º 389-1997)<sup>(543)</sup>.  
<https://bit.ly/3C8CbWU>



Esta modalidad agravada permite su adecuación tanto para el **peculado propio doloso** como para el **peculado culposo**, lo que nos permite deducir la mayor gravedad de la figura frente a su similar al ampliar su cobertura a formas menores de peculado. Sin embargo, en relación con la punibilidad, el legislador nacional optó por equiparar los mismos marcos punitivos.

Por esa condición especial es que se lo considera como **bienes públicos asistenciales**. Los bienes que no se sujetan a dicho destino asistencial no configuran la agravante, aun si forman parte de estas acciones gubernamentales. Por ejemplo, no son bienes públicos asistenciales los fondos dinerarios que solventan los sueldos del personal asignado para la administración de los programas sociales. Cabe agregar que la condición especial asistencial debe ser comprendido en forma general por el dolo o la previsibilidad objetiva.

**Jurisprudencia:** «Si bien el dinero recibido en préstamo por la suma de doscientos dieciséis mil nuevos soles fueron primigeniamente depositados a la cuenta de FONCOMUN —Fondos de Compensación Municipal, Programa del Vaso de Leche—, también lo es, que se ha determinado que el destino de dicho dinero, no era para fines asistenciales, sino para la construcción de la primera planta del Palacio Municipal y la remodelación del parque Andrés Avelino Cáceres, en consecuencia, considerando que se logró establecer concretamente cual era el destino de dicho monto de dinero apropiado, cabe subsumir la conducta de los encausados en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal» (Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2558-2013 Amazonas, considerando 7).  
<https://bit.ly/3B6Agre>



**1955.**  
Agravante de los peculados doloso y culposo

**1956.**  
Bienes públicos asistenciales

(540) Cfr. HUGO VIZCARRO en Nakazaki Servigón *et al.*, 2016, p. 268.

(541) Cfr. ROCA AGARITO en Álvarez García III, 2013, p. 525.

(542) QUERALT, 2008, p. 790.

(543) Jurisprudencia Penal, 2003, p. 379.

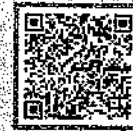
1957.  
¿valoración cuantitativa?

No es necesario verificar el **valor cuantitativo** de los bienes públicos asistenciales<sup>(544)</sup>. Si el objeto material tiene un valor mayor de las diez unidades impositivas tributarias, no es que confluayan las dos modalidades agravadas. Por su condición especial, los bienes públicos asistenciales cuentan con un significado social (utilidad de subsidio extremo) que va más allá de toda cuantificación.

1958.  
Previa situación de necesidad extrema

Previamente la agravante se apoya en la existencia de una **situación de necesidad extrema** que afronta una parte de la población que de todas maneras requerirá de la participación de la Administración Pública para superarla<sup>(545)</sup>. Entonces, el Estado impulsará **acciones o programas** para afrontar dicha situación, ya sea bajo planes inmediatos y temporales (fines asistenciales) o permanentes y sofisticados (programas sociales).

**Jurisprudencia:** *«La circunstancia agravante se encuentra acreditada con los informes de Indeci dirigidos al Director Regional de Defensa Civil de Loreto, a través del cual se pone en conocimiento el informe de evaluación de daños por erosión ocurridos en la Localidad de San Roque y en la comunidad de Bolívar del distrito de Maquta, señalándose las necesidades de apoyo logístico a favor de las familias damnificadas por dicho desastre natural, por lo que, encontrándose estos orientados a salvaguardar sus carencias, su conducta se encuentra dentro de la agravante específica para el tipo penal de peculado»* (Ejecutoria suprema del 1 de junio de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1229-2010 Loreto, considerando 5). <https://bit.ly/3BakOua>



En principio, la inexistencia de una situación de emergencia evita la configuración de la modalidad agravada. Pero si es simulada o falseada para aparentar urgencia de la disposición de fondos públicos ya predestinados a la atención especial asistencial se adecúa la modalidad agravada en concurso con un delito falsario.

**Jurisprudencia:** *«Las donaciones fueron realizadas bajo la apariencia de desastres naturales que nunca sucedieron, permitiendo que el sentenciado, en su calidad de teniente gobernador del caserío El Salitre, se apropie de bienes destinados a ayuda humanitaria»* (Ejecutoria suprema del 7 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2452-2015 Santa, considerando 4.11). <https://bit.ly/3Cc6KBO>



1959.  
Procedencia de acciones gubernamentales

La modalidad agravada requiere que el objeto material provenga o estén destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En cualquiera de ellas es importante que se verifique su procedencia. Estas se tratan de **acciones gubernamentales** para mermar la situación de necesidad extrema de una parte de la

<sup>(544)</sup> Así también lo resaltan el artículo 570.3 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 566 del Proyecto de Código Penal de 2016 con la expresión «independientemente de su valor».

<sup>(545)</sup> Vid. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 524.



población. Consideramos que previamente deben estar normativizadas o autorizadas administrativamente para así establecer la relación funcional entre el sujeto activo funcional y el bien público asistencial. Por ello, la exigencia de la especificación (evitar la generalidad) de los programas sociales o los fines asistenciales.

Los **bienes con destino a fines asistenciales** se corresponden con acciones gubernamentales espontáneas o temporales<sup>(546)</sup>. Cubren urgencias inminentes o auxilios por calamidades fortuitas<sup>(547)</sup>. Están más relacionadas a situaciones de necesidad extrema producidas por desastres naturales (*v. gr.*, sismos, huaycos, friajes) o provocados (*v. gr.*, incendios). Los recursos pueden provenir de la propia administración o de extranjeras, pero siempre gestionada por el Estado. Aquellas donaciones directas de procedencia extranjera no administradas por el Estado no califican la modalidad agravada.

1960.  
Fines asis-  
tenciales

**Jurisprudencias:** *«Respecto a lo alegado por el recurrente, respecto a la falta de existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, este Supremo Tribunal considera que a fin de comprender la relación funcional entre las donaciones como objeto del delito de peculado —caudales— y la posesión del encausado —sujeto activo—, en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública, debemos tener presente que los bienes entraron a posesión de la Administración Pública a través de un acto legalmente válido —donaciones—, con el que pasaron a formar parte del patrimonio del Estado, lo cual se encuentra corroborado con la copia certificada del documento Pedido Comprobantes de Salida-Almacén Adelantado de Huaytará, emitido por el INDECI, y el Comité Provincial Huaytará, en el cual figura el material logístico proporcionado por el INDECI-D.R.D.C. Huancavelica, para atender la emergencia producida por el sismo, en donde la dependencia solicitante fue el Comité Provincial de Huaytará, para entregar al alcalde, cuyos destinatarios finales serían los habitantes del distrito de San Francisco de Sangayaico. Por tanto, se puede colegir que sí existe relación funcional, pues estos productos de donación pasaron a posesión directa del Estado —Municipalidad Distrital de San Francisco de Sangayaico— a través del encausado, el cual ejercía administración temporal de los bienes, para fines institucionales o de servicio, y fue quien percibió los bienes producto de las donaciones del Comité Provincial de Huaytará e INDECI, a razón de su cargo» (Ejecutoria suprema del 18 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 1522-2015 Ica, considerando 7).* <https://bit.ly/3ptD3Jk>.



*«El fin asistencial de un caudal o efectos público no puede confundirse o identificarse con el ámbito de actividad concreta del órgano público involucrado, de modo que no basta el hecho que se trate de un hospital del Estado para reputar que todos los bienes asignados al cumplimiento de su finalidad como destinados a fines asistenciales. En ese sentido estricto conforme lo postula un sector de la doctrina nacional debe partirse en identificar aquellos bienes especialmente destinados a prestar socorro, favor o ayuda social, que al respecto, es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales»*



(546) Cf. MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.° 3, 2009, p. 149.

(547) Vid. PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 177.

*de la población necesitada —entre otras— en el área de salud, ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional» (Ejecutoria suprema del 19 de mayo de 2004, R. N. n.º 2664-2003 Arequipa). <https://bit.ly/3js88sP>*

1961.

Programas de apoyo social

Los bienes provenientes de programas de apoyo o inclusión social se relacionan con acciones gubernamentales planificadas o permanentes<sup>(548)</sup>. También cubren necesidades de situaciones extremas, pero cuyo empleo se realizará en forma programada y sistemática. Por esa razón son bienes administrados por una entidad pública especial y atenderá, en principio, urgencias básicas de un sector vulnerable (pobreza o carencias socioeconómicas) de la población (*v. gr.*, menores de edad, adultos mayores, desempleados)<sup>(549)</sup>. Por ejemplo, «Pensión 65» (Programa Nacional de Asistencia Solidaria a Adultos Mayores en Situación de Extrema Pobreza), «Juntos» (Programa de Apoyo Directo a los Más Pobres), SIS (Seguro Integral de Salud), PRONABEC (Programa Nacional de Becas y Créditos Educativos), «Trabaja Perú» (Promoción de Trabajo para Desempleados) y «Fondo Mi Vivienda» (Bono de Protección de Vivienda Vulnerable a los Riesgos Sísmicos).

**Jurisprudencia:** *«Las actividades que desarrolla en el país FONCODES son de ayuda solidaria que la población requiere para superar su estado de pobreza, es decir, ha sido creado con fines de apoyo social, tendientes a mejorar la calidad de vida de los pobladores de las zonas beneficiadas; en tal sentido, la conducta imputada a los procesados se encuentra dentro de la circunstancia agravante» (Ejecutoria suprema del 23 de junio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4921-2005 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3vzPcgB>.*



### 14.3. Modalidad agravada por la utilidad prioritaria del bien público

1962.

Por la utilidad prioritaria del bien público

En esta forma agravada se atiende a la utilidad especial de los bienes públicos por cuanto su destino es la atención de situaciones de calamidad o emergencia sanitaria o su disposición o uso para la defensa, seguridad o soberanía nacional. El sujeto activo funcional se aprovecha de las excepcionalidades que podrían darse en la administración o el manejo de los bienes de empleo urgente para hacerlo suyos en vez darle el destino social de emergencia o de seguridad nacional.

Importa previamente que la disposición o el empleo del objeto material tenga reconocimiento formal sobre su destino a colmar a las urgencias sociales o a la defensa nacional. Además, dicho reconocimiento formal tiene que ser conocido por el sujeto activo funcional al momento de ejercer la conducta típica.

<sup>(548)</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 509; SALINAS SICCHA, 2016, p. 411; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 501.

<sup>(549)</sup> Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 177; ROJAS VARGAS, 2007, p. 509; SALINAS SICCHA, 2016, p. 411; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 501.

#### 14.4. Modalidad agravada por cuantificación del resultado típico

El **fundamento** de esta modalidad agravada reside en el mayor desmedro patrimonial que acarrearía una consecuencia desventajosa para la entidad pública agraviada. No es que se atienda a la valoración cuantitativa del objeto material para medir la gravedad del peculado; sino, se está ante una agravante por un resultado típico más perjudicial, lo que podría considerar al peculado agravado como un **delito cualificado por el resultado**<sup>(550)</sup>.

1963.  
Fundamento

Esto se desprende de la expresión «valor de lo apropiado o utilizado» del artículo 387, que es una manera expresiva del resultado típico y no como lo refiere el artículo 570.2 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 566 del Proyecto de Código Penal de 2016 con la frase «valor de los caudales o efectos públicos».

El criterio de la cuantificación patrimonial implica una medición numérica que nos llevaría a cuestionables situaciones por mediciones periciales refutables. Sin embargo, tampoco podríamos invocar fórmulas genéricas interpretativas (por ejemplo, «grave daño al servicio»)<sup>(551)</sup> que terminen en arbitrarias o confusas salidas aplicativas.

En ese enfoque, adviértase una **sección patrimonial** en la naturaleza delictiva del peculado, lo cual no lo hace en puridad un delito de infracción de deber (como lo propugnan los infraccionistas). En la imputación típica no se puede ser ajeno a la cuantificación patrimonial del resultado, pues esto permitirá establecer si se está ante un peculado básico o agravado.

1964.  
Rasgo patrimonial del peculado

El legislador optó por reservar esta modalidad agravada para el **peculado propio doloso** en cualquiera de sus modalidades (apropiación o uso). Por ausentes razones no existe una tipificación de un peculado culposo en bienes públicos de mayor valor patrimonial, cuando en su estructura también se exige un resultado típico.

1965.  
Agravante del peculado doloso

El criterio de la **cuantificación patrimonial** del bien público se resuelve vía norma extrapenal que define la valoración del resultado típico conforme al baremo numérico de las diez unidades impositivas tributarias. La **unidad impositiva tributaria** es un valor de referencia anual (mayor que la remuneración mínima vital) utilizado en aplicaciones tributarias (artículo XV, Título Preliminar, Código Tributario). Este parámetro objetivo de valoración de los bienes apropiados o utilizados es una discreción del legislador penal, pues la toma como medida excepcional.

1966.  
Baremo de medición

La **aplicación del criterio cuantitativo** consistirá en establecer el valor de lo apropiado o utilizado en el momento de comisión del peculado. Téngase en cuenta que no se cuantifica el valor del objeto material en sí, sino la consecuencia del mismo luego de su apropiación o utilización. A continuación, se verificará si el mismo

1967.  
Aplicación del criterio de cuantificación

(550) Cfr. ROCA AGAPITO en Álvarez García III, 2013, p. 494.

(551) Algunos ejemplos legislativos: artículo 432.3 del Código Penal español («se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público») y artículo 336.2 del Código Penal cubano («los bienes apropiados son de considerable valor»).

sobrepasa o no el límite cuantificador de las diez unidades impositivas tributarias. De serlo, estaríamos ante la presente modalidad agravada. La aplicación del criterio cuantitativo determinará cuál de los injustos del peculado propio doloso (básico o agravado) será el invocable.

1968.  
Cuanti-  
ficación  
conforme  
a la apro-  
piación o  
utilización

En relación con la **conducta de apropiación** no hay dificultades en precisar la cuantificación del resultado por tratarse de una disposición definitiva. Sin embargo, en la **conducta de utilización** podría conllevar a confundir si lo que se debe cuantificar es el valor del bien empleado o el valor de la utilidad derivada del bien. Por ejemplo, cabe preguntarse si se configura la modalidad agravada si el empleado peculador utiliza indebidamente una maquinaria de un valor superior a las diez unidades impositivas tributarias, pero cuyo valor de disfrute o utilidad es mínimo. Adviértase que la opción del legislador nacional es la cuantificación del «valor de lo utilizado», es decir, la cuantificación de la utilidad derivada del bien público. Se interpreta como la valorización de la utilidad expresada del bien público, en el sentido de una consecuencia desventajosa patrimonial temporal.

Por nuestra parte, consideramos que se debió optar por una cuantificación valorativa de lo que implicaría que la administración no pudo obtener en el momento de la disposición temporal ajena, por más valor que ostente el objeto material en sí.

1969.  
Imputación  
subjetiva

Los **conocimientos mínimos** del empleado peculador deben abarcar el valor patrimonial de la consecuencia desventajosa patrimonial. El conocimiento no exige precisión de los elementos típicos, por lo que tampoco tendría que requerirse exactitudes numéricas al momento de la comisión delictiva. Es irrisorio si se le exigiera al sujeto activo hacer una medición cuantitativa en diez unidades impositivas tributarias de lo que generara con la apropiación o el uso de los bienes públicos. Por consiguiente, lo que importa es una apreciación subjetiva que se está perjudicando gravemente a la administración; quedando las valoraciones numerativas a las consideraciones punitivas.

## §15. PENA

1970.  
Pena del  
peculado  
propio  
doloso

La pena del **peculado propio doloso** (en cualquiera de sus modalidades de apropiación o de uso) es triple (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. *ii*) La pena de inhabilitación (accesoria), con el mismo plazo, de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). *iii*) La pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena del **peculado propio doloso agravado** es triple (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. *ii*) La pena de inhabilitación perpetua (principal) de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). *iii*) La pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

**1971.**  
Pena del  
peculado  
propio  
doloso  
agravado

La pena del **peculado culposo** es doble (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de dos días ni mayor de dos años. *ii*) La pena de prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

**1972.**  
Pena del  
peculado  
culposo

La pena del **peculado culposo agravado** es doble (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años. *ii*) La pena de ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

**1973.**  
Pena del  
peculado  
culposo  
agravado



## **TERCERA LECTURA**

**García Navarro, E. (2022).** Malversación de bienes públicos. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1048-1096.

Contemporáneamente se fundamenta el delito en la disciplina presupuestaria de los bienes públicos: se tiene que recurrir al poder penal para mantener una correcta reconducción oficial de las disposiciones patrimoniales dentro de la administración pública. Sin embargo, el autor considera que este delito es mantenido por el legislado peruano solo por cuestiones tradicionales, ya que en cuanto al grado de vulnerabilidad, no tendría asidero incluirlo como delito.





Edward García Navarro

Tomo II

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Delitos contra  
la Administración  
Pública cometidos  
por funcionarios  
y servidores públicos

  Clases  
**virtuales,**  
cuadros dinámicos,  
evolución legislativa  
y jurisprudencias  
con códigos QR y  
códigos QR en la obra



WOLFF  
LARRA



EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL



Delitos contra la  
Administración Pública  
cometidos por funcionarios  
y servidores públicos

Tomo II



IUSTITIA

Primera edición: abril de 2022

© 2022, Derecho Penal – Parte Especial – Tomo II

© 2022, Edward García Navarro

© 2022, Editorial Iustitia S.A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

Composición e Impresión

Editora Grijley E. I. R. L.

Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
eley\_grijley@hotmail.com

Diseño y diagramación

Libia Huartal Sánchez

Tiraje: 1 000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 202201700  
Registro del Proyecto Editorial: 31501012200122  
ISBN: 978-612-4362-37-8

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822  
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total  
o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial

## MALVERSACIÓN DE BIENES PÚBLICOS

(Artículo 389, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Descripción, fuentes y antecedentes legales. §3. Bien jurídico protegido. §4. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §5. Imputación subjetiva. §6. Ampliación de la imputación. 6.1. Consumación y tentativa. 6.2. Autoría y participación. 6.3. Concurso de imputaciones. §7. Justificación. §8. Imputación personal. §9. Pena.

### §1. GENERALIDADES

2038.  
Denominación y origen

La **definición etimológica** de la malversación se desprende de las palabras «*malus*» o «*malus*» (malo) y «*versatio*» o «*versare*» (volver) que se describe como una mal inversión de los bienes públicos<sup>(585)</sup>. Por ello, la malversación es una denominación adecuada a los alcances del presente delito<sup>(586)</sup>, ya que el sujeto activo justamente realizará una mala inversión o gestión del destino oficial del objeto material; aunque también se ha recurrido a otras como la aplicación o destino diferente, indebido o arbitrario de bienes públicos.

No debemos dejar de mencionar que, en el mismo **origen** romano del peculado, la malversación de bienes públicos también proviene del *crimen residuorum*, puesto que se acopla a una aplicación de destino diferente al que se le exige. Es clásica la afirmación del jurisconsulto PAULO al señalar que «se obliga el que retiene el dinero público destinado para algún uso, no dándole el mismo destino»<sup>(587)</sup>.

<sup>(585)</sup> Vid. QUINTANO RÍPOLLES II, 1958, p. 185; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 307; BAYALA BASOMBRÍO, 2008, p. 2; SOLER V, 1978, p. 177.

<sup>(586)</sup> Vid. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 307.

<sup>(587)</sup> Ley II, Título XIII, Libro XLVIII, Digesto.



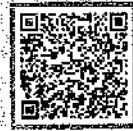
El delito que analizamos constituye una **forma de apropiación no autorizada**, pero siempre pública, de los bienes de la administración. No hay una utilización, menos una distracción, simplemente es una administración o gestión dispositiva de los bienes públicos, sin que ello implique la disponibilidad ajena en el círculo general de la Administración Pública. Los malversadores no pretenden buscar beneficios o ventajas sobre los bienes públicos, el reproche penal obedece por su deliberada actuación desviadora o la desorganización administrativa del patrimonio de la entidad, o quizá en beneficio de otra entidad pública.

Los márgenes interpretativos del **peculado** y la malversación se encuentran en el destino que el sujeto activo funcional otorga al bien público; por ello, también se subraya su diferenciada punibilidad. En el peculado, el sujeto activo busca conseguir los beneficios que pueda obtener del objeto material, esto es, le otorga un destino ajeno al oficial; pero, en la malversación, el sujeto activo no busca hacer suyos los beneficios del objeto material, persiste en un destino administrativo, aunque diferente a lo precisado por la Ley. En resumen, en el peculado hay una apropiación de destino estrictamente privado; mientras que en la malversación hay una apropiación de destino público incorrecto, es decir, a favor de la administración, pero desvinculada a su objetivo oficial<sup>(588)</sup>. En esta comparación, es valedero la reducción significativa de la gravedad punitiva de la malversación frente al peculado.

**2039.**  
Definición

**2040.**  
Diferencia  
con el  
peculado

**Jurisprudencias:** *«Los delitos de malversación de fondos y peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado; y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito, no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del peculado. En el caso de autos los hechos constituirían una probable apropiación, pero de ninguna manera un cambio de destino de los caudales públicos»* (Ejecutoria suprema del 10 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1336-2012 Apurímac, considerando 5). <https://bit.ly/3E3YjZV>.



*«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 otro 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 de 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»* (Ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999, Expediente n.º 1524-1998 Arequipa)<sup>(589)</sup>.

(588) Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 358; CUELLO CALÓN II.1, 1980, p. 460; VIADA Y VILASECA, 1874, p. 562; VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ II, 1848, p. 300; SOLER V, 1978, p. 178; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 322; TAZZA III, 2018, p. 256; PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 207; ETCHERRY IV, 2019, p. 244; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 540; VILLAMOR LUCÍA II, 2007, p. 44; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 187.

(589) Revista Peruana de Jurisprudencia n.º 3, 2000, p. 396.

La presencia de ambos delitos en el rubro de los delitos funcionariales nos lleva a dicha interpretación delimitadora. Sin embargo, se ha indicado que la malversación sería una figura penal más amplia que el peculado (una forma de relación género a especie)<sup>(590)</sup>, debido a que el destino es estrictamente particular, mientras que en la malversación no hay precisión alguna sobre su destino no autorizado que podría ser también uno particular. No obstante, la presencia del peculado en el catálogo de los delitos, nos sujeta a interpretar a la malversación cuya aplicación diferenciada es con respecto a un destino no particular, es decir, siempre público, pero no permitido.

2041.  
Fundamento  
tradicional

Ahora bien, la **fundamentación tradicional** para la criminalización de la figura residía en su consideración como una forma de abuso funcional, aunque de menor gravedad por la distracción del destino oficial del bien público. Ese es el parecer de FRANCISCO JOAQUÍN PACHECO que señalaba que «cuando hay separación de fondos en poder de un mismo depositario para aplicarlos a diferentes servicios, falta aquel a su obligación si los confunde, o si emplea los unos en lugar de los otros. No es esto ciertamente tan grave como lo penado en los artículos anteriores; pero no carece de importancia ni deja de ser en realidad un abuso punible»<sup>(591)</sup>. También se le ha entendido como una especie de desobediencia por no acatar con destinar al bien público a su disposición oficial encomendada. Así lo entiende JOSÉ VICENTE Y CARAVANTES al indicar que «cuando el empleado malversa los caudales públicos, dándoles una inversión distinta de aquella a que estaban destinados, pero que tiene también por objeto el servicio público, no comete abusos tan graves como en los casos de los artículos anteriores; pero como no por eso deja de ser este un acto de desobediencia»<sup>(592)</sup>.

2042.  
Fundamento  
contemporáneo

La **fundamentación contemporánea** de la figura se sostiene en la disciplina presupuestaria de los bienes públicos. Se considera que, de todas maneras, se tiene que recurrir al poder penal para mantener una correcta reconducción oficial de las disposiciones patrimoniales dentro de la administración pública (sujeción al presupuesto preestablecido) y, con ello, evitar el caos o la desorganización económica en la estructura administrativa<sup>(593)</sup>. Al respecto, CARLOS MOLINA ARRUBLA afirma que con este delito se «pretende regular y disciplinar, particularmente, la ejecución del gasto en y por parte de la Administración Pública, o dicho en términos más amplios, que los bienes de la Administración sean efectivamente utilizados para lo cual están destinados»<sup>(594)</sup>.

(590) Cf. GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015.

(591) PACHECO II, 1881, p. 513.

(592) VICENTE Y CARAVANTES, 1851, p. 372.

(593) Así también: DONNA, 2002, p. 267; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 227; PAGANO/RODRÍGUEZ GRONDONE, 1979, p. 207; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 642; FERREIRA DELGADO, 1995, pp. 42-43; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 136; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 149; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 311.

(594) MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 142.



Asimismo, JESÚS BERNAL PINZÓN sostiene que «si quedara al antojo o criterio del funcionario ejecutor distribuir las partidas presupuestales sin atenerse a lo dispuesto en las respectivas normas que han inspirado su elaboración, ello conduciría al caos más absoluto»<sup>(595)</sup>. También importa resaltar lo señalado por MARCO ANTONIO TERRAGNI que señala que «la previsión legal de la malversación, como delito, se asienta en la necesidad que no exista desorden en el desenvolvimiento patrimonial del Estado; que el mismo realice conforme a las previsiones adoptadas por la ley de presupuesto, siguiendo las pautas contables de observancia obligatoria»<sup>(596)</sup>.

A nuestro parecer, la malversación de bienes públicos es un **viejo delito funcional** que prácticamente mantiene el legislador peruano por cuestiones tradicionales; pero, en cuanto al grado de vulnerabilidad, no tendría asidero incluir en el catálogo de delitos. La poca gravedad del injusto se aprecia porque la Administración Pública no se ve afectada; se está ante una mala administración de los fondos públicos que, algunas veces, ocasiona un conflicto patrimonial entre entidades públicas, puesto que una se ve perjudicada al disponerse sus bienes a favor de otra. Aun si se pretendiese agregar elementos subjetivos adicionales o incorporar resultados típicos más lesivos<sup>(597)</sup>, ello nos llevaría a desnaturalizar la estructura típica de la malversación, por lo que o se destipifica o se crea un nuevo delito. El tratamiento de esta realidad infractora tendría mayor legitimidad con el Derecho Administrativo sancionador<sup>(598)</sup>; sin embargo, actualmente el Derecho Penal peruano criminaliza hasta una dolosa desorganización perjudicial de los fondos públicos sin determinación apropiativa. No obstante, podríamos llegar a conclusiones incongruentes como lo resaltado por ALFREDO ETCHEBERRY, «pues ocurre que la inversión pública diferente se ha traducido en un positivo beneficio para el Estado, desde el punto de vista administrativo, y ocasionalmente hasta desde el económico, y en tales casos parece suficiente una sanción administrativa»<sup>(599)</sup>.

La malversación de bienes públicos tiene su **origen moderno criminalizador** en el **Derecho Penal español**. No es de clara identificación autónoma en el **Código Penal de 1822** (Capítulo III «*Del extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo*»; Título VI «*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*») que, entre sus artículos 464<sup>(600)</sup> y

2043.

Tendencia  
discrimi-  
nadora

2044.

En el Có-  
digo Penal  
español

<sup>(595)</sup> BERNAL PINZÓN, 1965, p. 10.

<sup>(596)</sup> TERRAGNI III, II, 2012, p. 474.

<sup>(597)</sup> Véase propuestas modificatorias: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 380; DEL ÁGUILA GONZALES/FERNÁNDEZ RAMÍREZ/RIVERA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 179, 2008, p. 148.

<sup>(598)</sup> Así también: RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 408; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 652; LABATUT GLENA II, 1983, p. 32; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 159; LOMBANA VILLALBA en Castro Cuéncia II, 2011, p. 246; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 379; ROJAS VARGAS, 2007, p. 549. Vid. VILLADA, 1999, p. 399.

<sup>(599)</sup> ETCHEBERRY IV, 2019, p. 244.

<sup>(600)</sup> «Si fuera del caso del artículo precedente extraviare o sabiendas, usurpare o malversare caudales o efectos, cuyo importe no exceda del de las fianzas que tenga dadas para ejercer aquel destino (...)».

465<sup>(601)</sup>, se limita a ejemplificar la malversación de caudales o efectos como formas de peculado (entre el extravío a sabiendas y la usurpación).

Recién con el **Código Penal de 1848** (Código PACHECO) se llega al prototipo tradicional que se mantendrá en larga data e influenciará a las legislaciones latinoamericanas. Adviértase la figura de la malversación de caudales públicos (Capítulo XIV «*Malversación de caudales públicos*»; Título VIII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*») en el artículo 311<sup>(602)</sup> que por vez primera tiene una fórmula penal más concentrada y autónoma; y plasma, como su tipo básico, a la aplicación pública diferente de caudales o efectos con daño o entorpecimiento al servicio y sin daño o entorpecimiento al servicio.

Este modelo persistirá en el artículo 320<sup>(603)</sup> del **Código Penal de 1850** (Capítulo XIV «*Malversación de caudales públicos*»; Título VIII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*»); el artículo 408<sup>(604)</sup> del **Código Penal de 1870** (Capítulo X «*Malversación de caudales públicos*»; Título VII «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*»); el artículo 483<sup>(605)</sup> del **Código Penal de 1928** (Capítulo IX «*Malversación de caudales públicos*»; Título V «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos*»); el artículo 402<sup>(606)</sup> del **Código Penal de 1932** (Capítulo X «*Malversación de caudales públicos*»; Título VIII «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*»); el artículo 397<sup>(607)</sup> del **Código Penal de 1944** (Capítulo X «*De la malversación de caudales públicos*»; Título VII «*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio*

<sup>(601)</sup> «Si en otros casos que los expresados en los dos artículos que preceden, extravía a sabiendas, o usurpa o malversa alguna cantidad de dinero o efecto de los que estén a su cargo (...)».

<sup>(602)</sup> «El empleado público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare daño o entorpecimiento».

<sup>(603)</sup> «El empleado público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare daño o entorpecimiento».

<sup>(604)</sup> «El funcionario pública que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare».

<sup>(605)</sup> «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare».

<sup>(606)</sup> «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare».

<sup>(607)</sup> «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare».

de sus cargos); y el artículo 397<sup>(608)</sup> del **Código Penal de 1973** (Capítulo XI «De la malversación de caudales públicos»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»). Con el **Código Penal de 1995** queda suprimida del catálogo de delitos funcionariales haciendo eco lo debatible que era mantener la tipificación de una figura formalista y de poca gravedad<sup>(609)</sup>.

En el **Derecho Penal argentino** se adopta el modelo español de la malversación de bienes públicos. Aun cuando el artículo 84 de la Ley n.º 49 del 14 de setiembre de 1863 ya tipificaba el delito en estudio, es el **Proyecto de la Parte Especial del Código Penal de 1868** de CARLOS TEJEDOR, en su artículo 1<sup>(610)</sup> (Parágrafo 9 «Malversación de caudales públicos»; Título Segundo «De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos»), que se forman los cimientos estructurales típicos del delito. En ella se evidencia la influencia del Código Penal español de 1850 y el artículo 194 del Código Penal peruano de 1863.

El planteamiento de TEJEDOR se mantiene en el **Proyecto de 1881** (Proyecto VILLEGAS-UGARRIZA-GARCÍA) (artículo 159) y en el **Código Penal de 1886** (artículo 266).

Más adelante, con el artículo 306<sup>(611)</sup> (Capítulo VII «Malversación de caudales públicos»; Título X «Delitos contra la Administración Pública») del **Proyecto de Código Penal de 1891** (Proyecto PIÑERO-RIVAROLA-MATIENZO) el legislador argentino retoca sus propias modificaciones y consigue su fórmula definitiva que influenciará además a otras legislaciones latinoamericanas. Se trata de una malversación de caudales o efectos que se administra en el sentido de una aplicación diferente a lo destinado. A parte, se agrava la pena si de dicha aplicación resulta un daño o entorpecimiento al servicio. El **Código Penal de 1921** en el artículo 260<sup>(612)</sup> (Capítulo VII «Malversación de caudales públicos»; Título XI «Delitos contra la Administración Pública») acoge esta fórmula definitiva.

En otras legislaciones latinoamericanas, son pocos los códigos que persisten con criminalizar esta figura penal. Entre los que siguen directamente la influencia tradicional española, se tiene al artículo 236 del **Código Penal chileno** (Apartado

**2045.**  
En el Código Penal argentino

**2046.**  
En otros códigos latinoamericanos

<sup>(608)</sup> «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas (...) si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados; y en la (...) si no resultare».

<sup>(609)</sup> Vid. PUIG PEÑA III, 1955, p. 358; QUINTANO RIPOLLÉS II, 1958, p. 188; RODRÍGUEZ DÉVESA, 1995, p. 1187; ENTRENA FABRÉ, 1999, p. 22; CATALÁN SENDER, 1999, p. 247.

<sup>(610)</sup> «El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será condenado (...), si resultare daño o entorpecimiento del servicio público».

<sup>(611)</sup> «El funcionario público que diere los caudales o efectos, que administrare una aplicación diferente de aquella para que estuvieren destinados (...) Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio a que estuviere consignados (...)».

<sup>(612)</sup> «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados (...). Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados (...)».

5. «Malversación de caudales públicos»; Título V «De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos») y el artículo 372 del **Código Penal hondureño** (Capítulo VI «Malversación de caudales públicos»; Título XIII «Delitos contra la Administración Pública»). Entre los que siguen el modelo argentino, se encuentran el artículo 399 del **Código Penal colombiano** (Capítulo I «Del peculado»; Título XV «Delitos contra la Administración Pública»), el artículo 144 del **Código Penal boliviano** (Capítulo I «Delitos cometidos por funcionarios públicos»; Título II «Delitos contra la función pública»), el artículo 363 del **Código Penal costarricense** (Sección V «Peculado y malversación»; Título XV «Delitos contra los deberes de la función pública») y el artículo 447 del **Código Penal guatemalteco** (Capítulo IV «De los delitos de peculado y malversación»; Título XIII «De los Delitos contra la Administración Pública»). Por último, no debemos dejar de referirnos al artículo 342 del **Código Penal panameño** (Capítulo I «Diferentes formas de peculado»; Título X «Delitos contra la Administración Pública») que adoptó el modelo peruano.

Adviértase que la tendencia en la legislación comparada es por la descriminalización la malversación de fondos<sup>(613)</sup>. No obstante, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) se insiste en la recomendación de su criminalización conforme al artículo 17: «cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo».

## §2. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

2047.  
Art. 389

El delito de **malversación de bienes públicos** está tipificado en el artículo 389 del Código Penal conforme al siguiente texto legal:

*«El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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

*1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*

Evolución  
legislativa



<https://bit.ly/3ymjEa>

(613) Cfr. LOMBANA VILLALBA en Castro Cuenca II, 2011, pp. 252-253.

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

La primera forma legislativa del delito de malversación de bienes públicos (en quechua podría decirse «*Suyu qulqi q'aruy*») puede hallarse en los **Códigos Penales de Santa Cruz de 1836**, que sigue la influencia del Código Penal español de 1922. La malversación se identifica en los artículos 353<sup>(614)</sup> y 354<sup>(615)</sup> (Capítulo II «*Del extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo*», Título VI «*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*») y se le reprocha la forma desordenada y no clara en su tipificación, como también sucedió con su fuente legal.

**2048.**  
Códigos  
Penales  
de SANTA  
Cruz

Siguiendo la influencia española, en esta ocasión la de su Código Penal de 1848, el **Código Penal de 1863** tipifica la malversación en el artículo 194<sup>(616)</sup>. Téngase en cuenta que se incorpora el delito en el Título IX que denomina «*De la Malversación de caudales públicos*». El legislador hace referencia como conducta típica a una aplicación pública distinta, sin distinguir si es definitiva o temporal y adiciona como condición de punibilidad al daño o entorpecimiento del servicio. Más adelante, mediante la Ley del 24 de octubre de 1896<sup>(617)</sup>, al reformarse el marco punitivo, se deja sin efecto la mencionada condición de punibilidad. Lo criticable de la modificatoria era la pena del reintegro de bienes mal aplicados, por resultar incompatible la restitución de un bien público ya aprovechado por la propia administración y no por el malversador<sup>(618)</sup>.

**2049.**  
Código  
Penal de  
1863

En esta etapa legislativa, son de interés el artículo 237 del Anteproyecto de Código Penal de 1877 y el artículo 345 de Proyecto de Código Penal de 1916.

(614) «*Si fuera del caso del artículo precedente extraviare a sabiendas, usurpare o malversare caudales o efectos o rentas cuyo importe no exceda del de las fianzas que tenga dadas para ejercer aquel destino (...)*».

(615) «*Si en otros casos, que los expresados en los dos artículos que preceden, extravia a sabiendas o usurpa o malversa alguna cantidad de dinero, o efecto de los que estén a su cargo (...)*».

(616) «*El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses, y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público.*».

(617) «*El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será condenado a la pena de destitución y al reintegro de los bienes mal aplicados.*».

(618) Vid. VITERBO ARIAS 2, 1898, p. 461.

2050.

Código  
Penal de  
1924

El **Código Penal de 1924**, conforme al artículo 348<sup>(619)</sup>, sigue la influencia española y prácticamente reproduce la fórmula legal de su antecesor. No hay modificación relevante que comentar, lo figurativo es la actualización de la frase que describe al objeto material: «caudales, efectos o bienes de Estado».

En esta etapa legislativa se identifican el artículo 634-2 del Anteproyecto de Código Penal de 1927, el artículo 471.1 del Proyecto de Código Penal de 1928, el artículo 379<sup>(620)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1984, el artículo 373<sup>(621)</sup> del Proyecto de Código Penal de 1986 y el artículo 382<sup>(622)</sup> de Proyecto de Código Penal de 1991.

2051.

Código  
Penal de  
1991

El texto original del artículo 389<sup>(623)</sup> del **Código Penal de 1991** toma como fuente legal al artículo 260 del Código Penal argentino de 1921. Aun cuando ambos cuerpos penales siguen la influencia española y sus fórmulas no estaban tan diferenciadas, el legislador peruano consideró dejar de lado su tradicional modelo de la malversación y transcribir *ad litterem* el del argentino. Esto genera los siguientes cambios: *i)* se modifica la descripción de la relación funcional: de «*teniendo a su cargo*» a «*que administra*». *ii)* se modifica la descripción del objeto material: de «*caudales, efectos o bienes del Estado*» a «*dinero o bienes*». *iii)* se modifica la descripción del sentido de la conducta típica: de «*distinta de la señalada por las leyes*» a «*diferente de aquella a la que están destinadas*». Adicionalmente, se incorpora como modalidad agravada el supuesto en que la malversación trae como consecuencia el daño o el entorpecimiento del servicio, lo que permitiría entender que la forma básica de la malversación se correspondía con la aplicación temporal y la forma agravada con la aplicación definitiva.

2052.

Modifi-  
caciones  
legales

El artículo 389 ha tenido hasta cinco modificaciones que comentar. Así, una **primera modificación** sucede con la Ley n.º 26198<sup>(624)</sup> del 13 de junio de 1993 que incorpora la modalidad agravada por la condición asistencial del bien público: «*si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas*

(619) «El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo, caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes».

(620) «El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes».

(621) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados. Si resulta daño o entorpecimiento del servicio respectivo (...)».

(622) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinadas (...) La pena será (...) si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo».

(623) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años».

(624) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años. Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieron destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años».

de apoyo social». Una **segunda modificación** proviene de la Ley n.º 27151<sup>(625)</sup> del 7 de julio de 1999 que descriminaliza la aplicación temporal diferente de los bienes públicos. Para ello, precisa la conducta típica con la expresión «*aplicación definitiva diferente*» e incorpora al daño o entorpecimiento del servicio como resultado típico (lo que antes era una modalidad agravada). Esta modificación resulta acertada tomando en cuenta el menor grado de lesividad de la figura. Además, se precisa, como marco punitivo de la privación de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, en un sentido proporcional frente al marco penal del peculado propio. Una **tercera modificación** proveniente de la Ley n.º 30111<sup>(626)</sup> del 26 de noviembre de 2013 consiste en la adición de la pena de multa de ciento ochenta a trescientos setenta y cinco días multa para la modalidad básica y trescientos setenta y cinco a setecientos treinta días multa para la modalidad agravada por la condición asistencial del bien público. Una **cuarta modificación** derivada del Decreto Legislativo n.º 1243 del 22 de octubre de 2016 incorpora la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, numerales 1, 2 y 6, del Código Penal a las modalidades básica y agravada. Una **quinta modificación** proviene de la Ley n.º 31178 del 28 de abril de 2021 precisa el marco temporal de la inhabilitación de cinco a diez años e incorpora nuevas formas agravadas (*i.* por la condición especial del sujeto activo funcional y *ii.* por la condición utilitaria del objeto material).

En relación con los proyectos legislativos, se pueden mencionar al artículo 573<sup>(627)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2015 y al artículo 568<sup>(628)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2016.

(625) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años».

(626) «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».

(627) «1. El funcionario o servidor público que da a los caudales o efectos públicos que administra una aplicación pública definitiva y diferente de aquella a los que están legalmente destinados, afectando el servicio o la función encomendada, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42. 2. Si el dinero o bienes que administra corresponde a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente afectando el servicio o la función encomendada, la pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42».

(628) «El funcionario o servidor público que da a los caudales o efectos públicos que administra una aplicación pública definitiva y diferente de aquella a los que están legalmente destinados, afectando el servicio o la función encomendada, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de

### §3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2053.  
Objeto  
genérico  
de protec-  
ción

El **bien jurídico protegido genérico** en la malversación de bienes públicos es la correcta actuación del aparato administrativo siempre relacionada con el buen servicio a la Sociedad. Su correcto funcionamiento tendrá que sostenerse sin duda de un ordenado desenvolvimiento o correcto funcionamiento patrimonial del Estado<sup>(629)</sup> o el ordenamiento patrimonial de la Administración Pública<sup>(630)</sup>.

2054.  
Objeto  
específico  
de protec-  
ción

Para conseguir aquello, basta con reafirmar la regularidad en la actividad de inversión y/o la correcta aplicación o gestión razonada y disciplinada de los bienes públicos dentro del ámbito presupuestario prestablecido por la Administración Pública<sup>(631)</sup>. He aquí el **objeto jurídico específico de protección**. No es el funcionario quien determinará el destino oficial de los bienes públicos dentro del ámbito de los gastos generales; es la administración, la que prefiere su disposición presupuestal a determinadas necesidades estatales. Por ello, lo que se le reprocha al malversador es hacer suya la determinación de los destinos presupuestales de los bienes públicos consiguiendo, con la aplicación definitiva diferente, un desorden patrimonial interno en el sentido de llegar a un desabastecimiento al servicio público.

*ocho años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si los caudales o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad es no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».*

<sup>(629)</sup> Cf. TAZZA III, 2018, p. 256; VILLADA, 1999, p. 398; GHERSI en Arce Aggeó/Báez 3, 2013, p. 1225; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 607.

<sup>(630)</sup> Cf. CREUS, 1981, p. 313; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 656; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 188.

<sup>(631)</sup> Así tab.: SOLER V, 1978, p. 178; CREUS, 1981, p. 312; TERRAGNI III. II, 2012, p. 474; TAZZA III, 2018, p. 255; BAYALA BASOMBRÍO, 2008, pp. 56-57; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 409; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015; MALDONADO en Levene, 1978, p. 552; GÓMEZ V, 1941, p. 523; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 237; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 837; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 244; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 408; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 42; MOLINA ARRUELA, 2000, p. 144; FRANCO, 1987, pp. 155-156; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 136; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 216; ROJAS VARGAS, 2007, p. 550; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 188; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 180-181; SALINAS SICCHA, 2016, p. 460; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 345; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 328; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 116; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZÁLEZ CIEZA, 2020, p. 21; SALAZAR MARTÍNEZ, 2015, p. 163; SOTOMAYOR TAPIA en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2020, p. 392; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 191; ENCO TIRADO, 2020, p. 179; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 196; SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1729; CORSO MASTAS IV, 1958, p. 278; JIMÉNEZ LIZAMA en Actualidad Penal n.º 37, 2017, p. 127; FLORES CHÁVEZ en Actualidad Jurídica n.º 276, 2016, p. 114.



**Jurisprudencias**<sup>(632)</sup>: «El delito de malversación de fondos busca preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos o el principio de legalidad presupuestal entendido como la disciplina y racionalidad funcional en el servicio» (Ejecutoria suprema del 29 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3777-2012 Cajamarca, considerando 4.2.4). <https://bit.ly/3pxM3wD>.



«No se le imputa a los encausados haberse apropiado de fondos o caudales provenientes del tesoro público, sino haberse dado a una partida presupuestal una aplicación diferente o indebida para la que estaba destinada; más aún, si la doctrina establece respecto al delito de malversación de fondos, que el objeto de su tutela penal es solo preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos» (Ejecutoria suprema del 21 de noviembre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1363-2011 Callao, considerando 7). <https://bit.ly/3jpTZfK>.



«El bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución de gastos y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos» (Ejecutoria suprema de 14 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3045-2009 Madre de Dios, considerando 5). <https://bit.ly/2Zptffn>.



«El bien jurídico es de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la Administración Pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado —con un claro sentido instrumental— para que esta pueda cumplir los fines que le son propios —correcta gestión del patrimonio público—» (Sentencia del 26 de octubre de 2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 21-2003-A.V., considerando 21.A). <https://bit.ly/2Zm14a3>.



«La norma pretende regular el uso del dinero o bienes de la administración pública para que sea destinados o utilizados para lo cual fueron autorizados ya sea por acuerdo, por convenio, por ley u otros y evitar que los funcionarios o servidores públicos realicen un arbitrario manejo de estos» (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3755-2005 Piura, considerando 4). <https://bit.ly/3CbG6Jh>.



«En el tipo penal de malversación de fondos el bien jurídico tutelado es el buen manejo o uso correcto de los recursos y bienes puestos a su custodia y/o administración» (Ejecutoria suprema del 28 de junio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4683-2005 Apurímac, considerando 2). <https://bit.ly/3GcT2RK>.



«La acción típica consiste en dar a los fondos públicos una aplicación distinta de la que corresponde dentro de la misma esfera pública —el perjuicio es de orden funcional o administrativo—; que lo que se tutela es la eficacia y buena marcha en la utilización de los bienes o dinero de Estado, en tanto conlleva una planificada ejecución del gasto público» (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1920-2005 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3vBPbIN>.



(632) Así tab.: Ejecutoria suprema del 7 de abril de 2010, R. N. n.º 2702-2009 Lima Norte

2055.

No es un delito funcional

A diferencia del peculado, no podemos formar un bien jurídico protegido dual, debido a que el aspecto material-patrimonial no tendría efecto vulnerante con la malversación cuando la disposición definitiva no es particular, sino pública, aunque mal gestionada. La significación penal recae en lo administrativo, mas no en lo patrimonial<sup>(633)</sup>. Si bien, hay una afectación al servicio público, esta no se confunde con el resultado lesivo patrimonial a la administración<sup>(634)</sup>, la cual no ocurre si los bienes públicos más adelante serán aprovechados por el Estado en sus diferentes organismos.

2056.

en jurídico administrativo

Entonces, prevalece el **aspecto administrativo-normativista** del enfoque tutelar penal, puesto que se espera una correcta gestión patrimonial interna en la administración y solo se conseguirá ello cuando el funcionario sujeta su proceder a los alcances de los principios administrativos de la legalidad, objetividad y eficacia porque lo conducen a una correcta disposición de los fondos públicos. Se descartan los deberes de probidad o lealtad como objetos de protección<sup>(635)</sup>.

Sobre el **principio de regularidad y legalidad** se establece que los funcionarios públicos deben disponer o emplear los recursos públicos conforme al destino previamente establecido por la norma y no por otros conductos: se trata de la correcta o disciplinaria aplicación administrativa de los fondos públicos (legalidad presupuestaria)<sup>(636)</sup>. Sobre el **principio de eficiencia o eficacia**, la directiva para los empleados públicos consiste en la optimización de los recursos públicos en el sentido de su administración o gestión ajustada a las necesidades administrativas para un debido servicio público. Por último, el **principio de objetividad o imparcialidad** establece como criterio rector que el empleado público tiene que efectuar sus atribuciones sujeto a los fines establecidos por la norma sobre lo que la Administración Pública busca conseguir de su patrimonio. No caben inclusiones o determinaciones de disposición o uso de los recursos públicos guiados por fines particulares del empleado público o ajeno a los administrativos.

**Jurisprudencia:** «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» (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003, Expediente n.º 3630-2001 Ucayali)<sup>(637)</sup>. <https://bit.ly/3jv5nHb>



<sup>(633)</sup> Cfr. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 244; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 408.

<sup>(634)</sup> Vid. SOLER V, 1978, p. 178; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARLAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 837.

<sup>(635)</sup> En sentido contrario: ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 538.

<sup>(636)</sup> Así tab.: ROJAS VARGAS, 2007, p. 550; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 181; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 458; SALINAS SICCHA, 2016, p. 460; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 22; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 191; FLORES CHÁVEZ en Actualidad Jurídica n.º 276, 2016, p. 114.

<sup>(637)</sup> SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 208.

#### §4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

El **sujeto activo** en la malversación es el empleado público responsable de la administración de los bienes públicos. Es el encargado o asignado por la entidad pública para la correcta gestión de sus bienes públicos en el sentido de su disposición definitiva sujeta a los designios legales; sin embargo, en el contexto de una malversación, decide desviar su destino oficial y, por ello, que se le identifique como el **malversador**.

2057.  
Sujeto activo

A este malversador se le exige cumplir **dos características imprescindibles**: *primera*, una **descriptiva**, la de ser un empleado público; y, *segunda*, una **funcional**, la de tener bajo su responsabilidad funcional a los bienes públicos. Es menester la concurrencia de ambas condiciones; de no suceder ello durante la ejecución de la malversación se estará ante una atipicidad objetiva.

**Jurisprudencias:** «El sujeto activo debe reunir dos cualidades concretas; ha de ser un funcionario o servidor público, y ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan» (Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4295-2009-Santa, considerando 3). <https://bit.ly/3psByux>.



«El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar, ha de ser un funcionario o servidor público, a cuyo efecto debe estarse a las definiciones legales del artículo 425 del Código Penal. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan; esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos» (Sentencia del 26 de octubre de 2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 21-2003-A.V., considerando 21.º). <https://bit.ly/2Zm14a3>.



La **característica descriptiva** establece que el sujeto activo es un empleado público integrante de la Administración Pública, lo que hace de la presente figura una **malversación propia**. El artículo 389 lo resalta como «funcionario o servidor público». En principio, la norma penal no hace discriminación jerárquica, pudiendo ser sujeto activo cualquier empleado público. No obstante, la exigencia de ser responsable en la administración de los bienes públicos delimita el círculo de posibles infractores penales; por lo que aquellos servidores públicos asemejados a auxiliares o dependientes de las actuaciones de los funcionarios públicos quedan descalificados como malversadores. Es necesario hallar en el sujeto activo funcional la facultad dispositiva para que pueda realizar la aplicación definitiva diferenciada y solo lo podrá realizar quien tiene responsabilidad funcional para administrar los bienes públicos<sup>(638)</sup>.

2058.  
Característica descriptiva del sujeto activo

(638) Cfr. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 321; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015.

**Jurisprudencia:** «El procesado fue servidor público; sin embargo, no tuvo la capacidad de disposición que el tipo penal lo exige, pues su función era de apoyo al Sistema Integrado de Administración Financiera. Conviene precisar que el SIAF es un sistema informático que permite administrar, mejorar y supervisar las operaciones de ingresos y gastos de las entidades del Estado; sin embargo, esta función administrativa no puede ser confundida con el deber de garante otorgado a un funcionario responsable o jefe de área. Es de subrayar que toda asignación económica se realiza a través de una directiva u otro documento del mismo valor legal, y dirigido a una entidad, que a su vez da en administración al departamento encargado de realizar en este caso la obra. El funcionario es el encargado de administrar esos fondos, coligiéndose con ello que el encausado no tuvo dominio sobre el dinero del Estado, ni la administración de este» (Ejecutoria suprema del 9 de febrero de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2086-2015 Santa, considerandos 7-8). <https://bit.ly/3b4AeWc>.

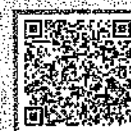


2059.

Delito de  
infracción  
de deber  
propio

La malversación es un **delito de infracción de deber propio** cuyo fundamento de punibilidad se encuentra en la infracción de los deberes funcionariales extra-penales de la regularidad, imparcialidad y eficiencia en la aplicación oficial de los bienes públicos en torno a la cobertura de los gastos para los servicios públicos. La expectativa institucional que se desprende de la actuación de los funcionarios es que se ejecute una aplicación correcta del presupuesto de la entidad pública amoldada a lo preestablecido administrativamente.

**Jurisprudencia:** «El delito de malversación es uno de infracción de deber —situaciones de responsabilidad por competencias—. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional —la fuente del deber es la propia ley de la materia—. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado (Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial) y, en su caso, corregirlo o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión» (Sentencia del 5 de febrero de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 503-2018 Madre de Dios, fundamento 7). <https://bit.ly/3juTbWJ>.



2060.

particulares

Con ello, los **particulares** (*extraneus*) no son sujetos activos de la malversación de bienes públicos, salvo que no cumplan con los requisitos típicos de la malversación impropia (artículo 392, Código Penal) que son particulares malversadores excepcionales. Los *extraneus*, a lo mucho, podrán considerarse partícipes en la malversación, si tienen conocimiento de la condición funcional del bien.

Por lo pronto, los **usurpadores** no pueden ser considerados sujetos activos, mas sí los **funcionarios de hecho**.

El **sujeto pasivo del delito** es la Administración Pública como organismo (Estado) por ser la titular del bien jurídico protegido. Específicamente lo será la entidad pública integrante del aparato administrativo (sea de los poderes de Estado, los organismos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales) y beneficiada en la aplicación correcta de los bienes públicos que están destinados a su presupuesto.

2061.  
Sujeto pasivo

**Jurisprudencia:** «El sujeto pasivo del delito es únicamente el Estado o la entidad estatal afectada, pues como se anotó se trata de fondos públicos, que indefectiblemente pertenecen al ente estatal y en ningún caso pueden ser de particulares» (Ejecutoria suprema del 15 de setiembre de 2005 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1920-2005 Apurímac, considerando 4) <https://bit.ly/3vBPbIN>



El **objeto material** de la malversación lo es todo bien apreciable para el cumplimiento de los servicios públicos, y debidamente asignada a una entidad pública. El artículo 389 lo identifica con la expresión «dinero o bienes». El legislador no emplea los tradicionales caudales o efectos del peculado propio (artículo 387, Código Penal) —como si se optó en los Código Penales de 1863 (artículo 194) y 1924 (artículo 348)—<sup>(639)</sup>, quizá por motivo a la mixtura de fuentes legislativas de este grupo de delitos, lo que *de lege ferenda* es conveniente una uniformidad descriptiva del objeto material.

2062.  
Objeto material

Todo **objeto material** de la malversación debe contar con los tres aspectos relevantes y relacionados a lo descriptivo, valorativo y aspecto funcional. Todas ellas tienen que ser verificadas en el bien que el malversador aplica indebidamente. La ausencia de una de ellas hace atípica la imputación.

2063.  
Aspectos relevantes del objeto material

El **aspecto descriptivo** consiste en determinar las características físicas o estructurales susceptibles de materializar al bien jurídico protegido o ser receptora de los efectos injustos de la aplicación definitiva diferenciada. Sobre ello, el legislador opta por los **bienes** que son indiscutiblemente cualquier valor apreciable patrimonialmente para la satisfacción de necesidades. Ya hemos indicado que los bienes son tan amplios que abarcan a los caudales y los efectos. Además, se hace referencia al **dinero** que es la moneda (metálica, papel o electrónica) o todo valor equiparado como tal de curso legal como medio para las transacciones comerciales, sea de elaboración oficial nacional o extranjera.

2064.  
Aspectos descriptivos: dinero y bienes

<sup>(639)</sup> La vuelta de la descripción de los caudales y los efectos se aprecia en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 573) y 2016 (artículo 569). La descripción del objeto material en otras legislaciones: artículo 260 del Código Penal argentino («caudales o efectos»); artículo 236 del Código Penal chileno («caudales o efectos»), artículo 399 del Código Penal colombiano («bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte»), artículo 144 del Código Penal boliviano («caudales»), artículo 363 del Código Penal costarricense («caudales, bienes, servicios o fondos»), artículo 447 del Código Penal guatemalteco («caudales o efectos»), artículo 372 del Código Penal hondureño («caudales, bienes o efectos») y artículo 342 del Código Penal panameño («caudales o efectos»).

El rasgo de la **traslación o movilidad** (material y/o jurídica) —antes que la corporeidad— define mejor al objeto material de la malversación. Una aplicación definitiva de los bienes requiere que estos sean factibles de ser traslativos para una disposición definitiva del mismo. Por consiguiente, pueden perfectamente ser malversados los bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales y fungibles e infungibles.

2065.

Aspectos  
valorati-  
vos: eco-  
nómico

El **aspecto valorativo** consiste en la cuantificación patrimonial. Es la determinación que solo se malversa lo que es medible económicamente para sostener la realización de un servicio público. Por ello, deben tratarse de bienes dotados de dicho valor que se ajustan sin problemas a ser presupuestados en la partida de gastos y planificaciones. No hay otro criterio valorativo más que el **económico**<sup>(640)</sup>, el cual es neutral y se acopla a los alcances tutelares del aspecto patrimonial del bien jurídico.

No hay delimitación legislativa cuántica del objeto material, lo que obliga al intérprete a rescatar casos de malversación de gravedad relevante en el sentido de afectar considerablemente el servicio público al que estaba destinado mediar el bien. Consideramos que toma relevancia interpretativa la evaluación de **riesgos significantes** que motiven la intervención del poder penal. No cualquier bien malversado puede ser tenido como objeto material, los de poca monta económica tienen que ser rechazados como ejemplos típicos.

2066.

Aspectos  
funciona-  
es: público

El **aspecto funcional** nos remite a sostener que no se trata de cualquier bien o dinero, sino de aquel que está asignado para su debida administración a una entidad que integra la Administración Pública. Por ello, se indica que son **públicos**, pues corresponden a la administración para que esta los emplee para solventar o sufragar los servicios públicos bajo su cargo<sup>(641)</sup>.

Si bien, el artículo 389 no hace mención expresa de dicho adjetivo —como si se observa en los Códigos Penales de 1863 (artículo 194: «de la Nación») y 1924 (artículo 348: «de Estado») —<sup>(642)</sup>, pero esto no implica *ad litterem* la cobertura amplia para incluir a los bienes privados o de titularidad particular.

<sup>(640)</sup> Cfr. CREUS, 1981, p. 313; DONNA, 2002, p. 263; GONZÁLEZ en Balcarré II, 2014, p. 237; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 385; SALINAS SICCHA, 2016, p. 450; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 639; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 531; ENCO TIRADO, 2020, p. 177; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorrés/Calderón Valverde, 2012, p. 187; FLORES CHÁVEZ en Actualidad Jurídica n.º 276, 2016, p. 116; CHANJAN DUCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 23.

<sup>(641)</sup> Cfr. NÚÑEZ, 2008, p. 461; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 408; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 385; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 462; CHANJAN DUCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 23.

<sup>(642)</sup> La vuelta de la descripción pública se aprecia en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 573) y 2016 (artículo 569).

Los bienes públicos están relacionados con una entidad pública o que forma parte de la Administración Pública. En tal sentido, son objetos materiales los que corresponden al Estado, los Gobiernos regionales y locales o a los Organismos Autónomos. Se incluyen también los bienes de empresas mixtas. Quedan descartados los bienes de gobiernos extranjeros y organismos internacionales.

2067.  
Bienes de una entidad pública

**Jurisprudencia:** *«Merece la calificación de pública el dinero que pertenece a la Administración, a cualquiera de sus órganos o instituciones que la integran, para el cumplimiento de sus fines. Esta concepción amplia de Administración, incluye por cierto las empresas del Estado, solo requiere que sean de propiedad pública, para lo cual basta que se hallen en el círculo público afectos a una determinada finalidad»* (Sentencia del 26 de octubre de 2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 21-2003-A.V., considerando 21-B). <https://bit.ly/2Zm14a3>.



Estos bienes tienen que estar asignados al presupuesto de una entidad pública o encontrarse seleccionados en una partida presupuestada (**predisposición a su aprovechamiento administrativo: fondos reservados**). Los bienes públicos sin designación o destino oficial previo no califican como objeto material<sup>(643)</sup>, puesto que su no selección dispositiva le da liberalidad al funcionario para determinar su disposición a los fines de la entidad pública. Estamos hablando del destino predeterminado del bien público que constituye un **requisito típico previo** a la realización de la conducta típica. Es una caracterización necesaria del objeto material para que, a continuación, se proceda con los efectos injustos de la aplicación definitiva diferente; por lo que su ausencia conlleva la atipicidad objetiva. «Las afectaciones o asignaciones de partidas realizadas a criterio del funcionario (por inexistencia del destino o imputación) no quedan alcanzadas por el tipo penal siempre que no salgan de la órbita de la administración»<sup>(644)</sup>.

2068.  
Previa asignación presupuestal

<sup>(643)</sup> Cfr. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 320; DONNA, 2002, p. 267; BOUMPADRE III, 2003, p. 243; ABOSO, 2018, p. 1393; TAZZA III, 2018, p. 258; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 658; GHERSI en Ace Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1227; DAYENOEF, 1998, p. 668; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 902; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 227; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 409; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, pp. 541-542; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 201; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 138; BERNAL PINZÓN, 1965, pp. 12 y 14; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 49; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 384; ROJAS VARGAS, 2007, p. 552; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 319; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 464; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 634; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 117; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 532; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 195; DEL ÁGUILA GONZALES/FERNÁNDEZ RAMÍREZ/RIVERA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 179, 2008, p. 146.

<sup>(644)</sup> BOUMPADRE III, 2003, p. 244.

**Jurisprudencias:** «Si bien se ha determinado el uso del treinta por ciento del dinero del Fondo de Compensación Municipal en distintas obras y gastos administrativos, no obstante dicho dinero no tenía un destino específico, fijado previamente a la utilización de dicho dinero, en ese sentido, no puede atribuirse a los encausados haber malversado o desviado el uso del dinero, justamente por la falta —requisito previo— de un destino establecido» (Ejecutoria suprema del 16 de junio de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1814-2009 Ancash, considerando 4). <https://bit.ly/3b2hreh>



«La comisión de la malversación de fondos no se encuentra probada, toda vez que no se ha demostrado en autos si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio, pues de lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la Municipalidad agraviada y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, cuestionándose en el presente caso el hecho de haber sido mal utilizado, generándose perjuicio a la entidad edil, pero en modo alguno se acredita que se hayan malversado fondos» (Ejecutoria suprema del 7 de abril de 2009 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1719-2007 Puno, considerando 6). <https://bit.ly/2ZcdrW3>



Esa designación debe estar asentada o establecida por la Ley, el reglamento o una orden superior competente (bienes públicos de designación legítima específica: normatividad presupuestal); asimismo, la designación puede ser genérica, esto es, con destino presupuestario a una entidad pública (*v. gr.*, la asignación anual que realiza el Ministerio de Economía a favor del Poder Judicial); o, específica, cuando la entidad pública procede a destinarlo a necesidades concretas de su rubro (*v. gr.*, asignado los fondos para la adquisición de vehículos)<sup>(645)</sup>. El destino de los fondos indiscutiblemente es lícito. La pauta normativa presupuestaria brinda la obligatoriedad al funcionario en cuanto a la finalidad que debe lograr con los bienes públicos; por ello, su carencia hace atípica la imputación, ya que sin ella no hay infracción de deber funcional que reprochar.

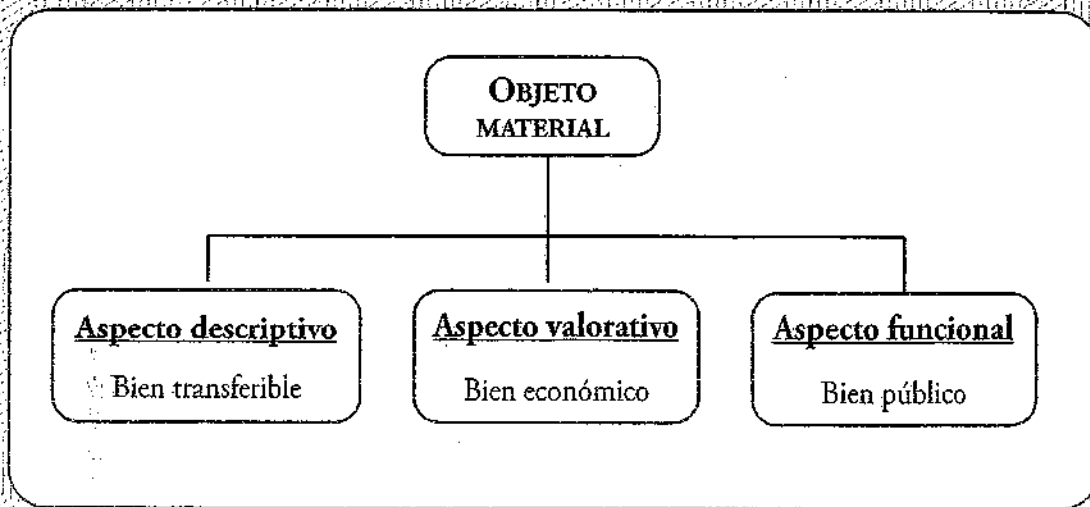
Es evidente que los bienes privados no forman parte del ámbito de objeto materiales de la malversación. Aun si los mismos se encuentran temporalmente en simple custodia o depósito a cargo del Estado (*v. gr.*, bienes embargados), la no posibilidad de su administración evita hablar de una aplicación definitiva diferente al destino oficial, porque no están catalogados en el presupuesto de la entidad pública<sup>(646)</sup>.

2069.  
Bienes privados de custodia pública

<sup>(645)</sup> Vid. SOLER V., 1978, p. 179; CREUS, 1981, p. 316; BOUMPADRE III, 2003, p. 244; DONNA, 2002, p. 266; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 411; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 237; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 384; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 642.

<sup>(646)</sup> Vid. FERREIRA DELGADO, 1995, pp. 47-48; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 219; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 385; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 321; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 462. Consideran posible malversar bienes privados bajo disposición temporal estatal: DEL ÁGUILA GONZALES/FERNÁNDEZ RAMÍREZ/RIVERA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 179, 2008, p. 146.





La **relación funcional** del malversador con el bien público es el requisito normativo que complementa la característica típica del sujeto activo; pero que también brinda el sentido penal a la figura, pues de ella se desprende su fundamento de punibilidad por la deliberada disponibilidad desviada de los bienes públicos.

**2070.**  
Relación funcional

El artículo 389 lo identifica con la expresión «*que administra*»<sup>(647)</sup> y permite anotar que previamente a la aplicación definitiva diferenciada de los bienes públicos, el sujeto activo funcional debe tener al bien público bajo su administración en favor de la entidad pública de la que depende; por ello que se le considere el administrador de los bienes públicos. Esta expresión legal es más concreta y supera la descripción genérica e inadecuada «*teniendo a su cargo*» de los Código Penales de 1863 (artículo 194) y 1924 (artículo 348), puesto que un malversador no es tal si simplemente tiene a su cargo un bien público y no pueda siquiera disponer de este.

El legislador opta por la **función de la administración** que consiste en la disponibilidad o la gestión de los bienes públicos para los fines oficiales establecidos. Se conecta con la realización de todo tipo de actividades que impliquen el aprovechamiento de la utilidad del bien público para los servicios que brinda la entidad pública. El acto de administrar es tan amplio que perfectamente puede contener los actos dispositivos (funcionarios que ordenan) como los actos ejecutivos (funcionarios que ejecutan lo ordenado) y configurar la malversación<sup>(648)</sup>. Así, todo bien público ya predispuesto en una planilla presupuestaria puede perfectamente ser desviado por una nueva dispo-

**2071.**  
Función de administración

<sup>(647)</sup> En la legislación comparada, además de la administración, algunos incluyen otras funciones específicas: artículo 260 del Código Penal argentino (administrar), artículo 236 del Código Penal chileno (administrar), artículo 399 del Código Penal colombiano (administrar, tener y custodiar), artículo 144 del Código Penal boliviano (administrar, percibir y custodiar), artículo 363 del Código Penal costarricense (administrar, custodiar y explotar), artículo 447 del Código Penal guatemalteco (administrar), artículo 372 del Código Penal hondureño (administrar) y artículo 342 del Código Penal panameño (administrar).

<sup>(648)</sup> *Vid.* MORENO VI, 1923, p. 230.

sición del funcionario o simplemente ser ejecutado a otro destino no preestablecido. Lo importante es que tiene que haber una identidad como malversador entre quien ejerce la administración del bien público y quien aplique o cambie definitivamente su destino oficial<sup>(649)</sup>. No es sujeto activo el funcionario no administrador.

**Jurisprudencias:** «El sujeto activo es el funcionario o servidor público, que en razón de su cargo tenga bajo su administración dinero o bienes, esto es, que en razón de su cargo esté facultado para gobernar, regir los bienes y disponer de ellos, esto es, aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, no siendo necesario que los tenga materialmente, esto es, en forma directa, pero sí que tenga la disponibilidad jurídica a los fines del destino oficial» (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 6). <https://bit.ly/3C2FJka>.



«Administrar es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas» (Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2117-2013 Lambayeque, considerando 5). <https://bit.ly/2XAKWkb>.



La confluencia de varios empleados públicos en la ejecución de los fondos presupuestados, además del responsable de su administración, obliga a aplicar las reglas de **principio de confianza** en un ámbito de división de trabajo donde el resto espera que el que impute o disponga de los bienes públicos lo haga conforme al parámetro de riesgo funcional. No se libera por la confianza quien tiene todavía una responsabilidad de supervisión o control.

**Jurisprudencia:** «La Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no exime de responsabilidad —en el marco del Derecho Presupuestario— a la autoridad delegante. Pero, como mantiene su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no le es ajeno lo que la autoridad delegada puede realizar no puede desentenderse de lo que haga—. El conocimiento se le atribuye —el debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un suceso riesgoso para el patrimonio institucional, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni implícitamente sostener que estaba al margen de toda función de vigilancia o supervisión—» (Sentencia del 5 de febrero de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 503-2018 Madre de Dios, fundamento 7). <https://bit.ly/3juTbWJ>.



2072.  
No es  
custodio o  
perceptor

Al encontrarnos ante una relación funcional más cerrada, en comparación con el peculado, la administración no podría abarcar los actos de percepción y custodia. Lo que interesa en la malversación es el aprovechamiento oficial de los bienes públicos en el sentido de una disposición administrativa del mismo. Por consiguiente, si el sujeto activo se limita a la custodia, depósito o a la percepción no cumple los

(649) Cfr. GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1228.

requisitos típicos para ser malversador<sup>(650)</sup>. Así, es entendible mejor al sujeto activo como un administrador malversador que tiene mínimamente una facultad dispositiva de los bienes públicos. Esto descarta a los empleados públicos que simplemente son tenedores del objeto material, pero no ejercen actos de administración sobre este.

El cambio del destino parte de una función administrativa, y no de otra. Así, por ejemplo, si quien tiene la función de custodia no puede confundir que su aprovechamiento califique una aplicación definitiva diferente; a lo mucho, el caso se adecúa al delito de abuso de autoridad (artículo 376, Código Penal).

Esta relación funcional se asienta en las bases descriptivo-normativo. Una **base descriptiva** se define por la detención que ejerce el malversador de los bienes públicos sin que se describa siempre como material, bastando con una disponibilidad jurídica de los mismos. El ejercicio de la administración de los bienes públicos puede perfectamente realizarse sin la necesaria tenencia o cercanía, ya que, desde los medios tecnológicos, se puede disponer o cambiar su destino. Entiéndase también que esa tenencia del bien público tiene que ser estrictamente lícita o regular, puesto que el delito parte de ella para luego volverla irregular con la aplicación definitiva diferenciada.

**2073.**  
Base descriptiva de la relación funcional

**Jurisprudencia:** «El delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional: esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública» (Ejecutoria suprema del 22 de enero de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2117-2013 Lambayeque, considerando 5). <https://bit.ly/2XAKWkb>



Una **base normativa** se explica en el deber funcionarial que tiene el malversador ante el bien público y se desarrolla bajo una competencia administrativa conglobante de atribuciones específicas. Se comprende mejor en el sentido que el sujeto activo funcionarial tiene entre la gama de sus atribuciones administrativas la relacionada a la administración de los bienes públicos.

**2074.**  
Base normativa de la relación funcional

(650) Cf. CREUS, 1981, p. 319; DAYENOFF, 1998, p. 668; MARÍN, 2008, p. 798; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1228; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Aléssio II, 2004, p. 837; ÉTCHEBERRY IV, 2019, p. 244; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 408; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 188; ROJAS VARGAS, 2007, pp. 550-551; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 381; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 346; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 325; SALINAS SICCHA, 2016, p. 451; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 461 y 464; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, pp. 637-638; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 117; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 194; DEL AGUILA GONZALES/FERNÁNDEZ RAMÍREZ/ROVERA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 179, 2008, p. 145.

**Jurisprudencias:** «La descripción que subyace en este tipo penal —como delito especial propio— nos indica que el autor de ese injusto es el funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra el dinero o bienes del Estado que ulteriormente malversa en forma indebida; que, en ese sentido, el agente infractor no solo tiene que ser un funcionario o servidor público, sino además tiene que mantener una relación funcional con los caudales y bienes, en función a la posesión en administración que ostenta —fijada en una disposición con fuerza legal— y que le permita manejar y disponer de forma efectiva o material de los mismos para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente —disponibilidad jurídica—» (Ejecutoria suprema del 30 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2881-2010 Ica, considerando 3). <https://bit.ly/3E5KOst>



«Según lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades, entre las atribuciones y obligaciones de los regidores se encuentra la de fiscalizar la gestión municipal, toda vez que el Alcalde es el titular del pliego y quien maneja el presupuesto; no teniendo aquellos la potestad de administrar el patrimonio comunal, así como tampoco gozaban del poder de decisión sobre el destino del dinero, por lo tanto, la conducta atribuida a los absueltos no configura el tipo penal de malversación de fondos» (Ejecutoria suprema del 14 de mayo de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3555-2012 San Martín, considerando 10). <https://bit.ly/3GcTY8I>



2075.

Conducta  
típica

La **conducta típica** de la malversación es la aplicación definitiva diferenciada del malversador sobre los bienes públicos que tienen destino oficial previamente establecido<sup>(651)</sup>. La conceptualizamos como la disposición definitiva de los bienes públicos, vía conversión de destinos no autorizada en el ámbito propio de la administración.

2076.

Aplicar

El artículo 389 hace mención al verbo rector «dar una aplicación» o simplemente **aplicar**, el mismo que se interpreta como el aprovechamiento o la disposición utilitario-patrimonial del bien público. Así, no es aplicación la simple tenencia o la mera posesión porque no acontece el aprovechamiento. En tal sentido, la retención sin destinación no es una aplicación. Hasta que el bien no sea empleado para la satisfacción de necesidades administrativas no podría hablarse de una aplicación. Si el bien no cumple su objetivo previsional, la conducta ejercida sobre ella es atípica.

(651) En otras legislaciones también se acoge similar modelo-conductual: artículo 260 del Código Penal argentino («diere una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados»), artículo 236 del Código Penal chileno («diere una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados»), artículo 144 del Código Penal boliviano («diere una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados»), artículo 363 del Código Penal costarricense («den una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados»), artículo 447 del Código Penal guatemalteco («diere una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados»), artículo 372 del Código Penal hondureño («destine un fin distinto del que les corresponde») y artículo 342 del Código Penal panameño («de una aplicación distinta de aquella a la cual estuvieran destinados»). El artículo 399 del Código Penal colombiano describe tres modalidades conductuales: *i*) aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados. *ii*) comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto. *iii*) invertir o utilizar en forma no prevista en el presupuesto. En los antecedentes de nuestra legislación, tanto el artículo 194 del Código Penal de 1863 como el artículo 348 del Código Penal de 1924 describían la conducta típica con la expresión «dar una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes».

La aplicación solo tiene cabida con actos positivos, lo que hace de la malversación un **delito de acción**. No es posible configurar una malversación por omisión<sup>(652)</sup>. La razón se halla en la necesaria intervención activa del funcionario responsable para impulsar la disponibilidad definitiva del bien público, que no sucede con un proceder omisivo. No se concibe que las restricciones o no entregas de los fondos públicos consigan el aprovechamiento patrimonial a destinos oficiales diferenciados. El legislador ha tipificado formas asimiladas omisivas consistentes en no entrega de bienes públicos en los artículos 390 y 391 del Código Penal.

**2077.**  
Delito de acción

Si un tercero se aprovecha de la inercia deliberada del funcionario para disponer el bien a otro destino oficial, no cabría imputar omisión, debido a que el acto dispositivo del tercero no tiene efectos administrativos, al carecer de competencia funcional. Lo mismo se podría decir en los casos de coadministración donde solo uno de los funcionarios ejecuta la aplicación diferenciada ante la omisión del otro, si es que se requiere indisolublemente de ambos para la disponibilidad de los bienes públicos.

Los alcances conceptuales de la aplicación abarcan tanto los actos de asignación o imputación como los de disposición o ejecución. En la primera, hay una declaración sobre el destino administrativo que tendrá el bien público (**aplicación impropia**); en la segunda, hay una ejecución de lo declarado oficialmente como destino (**aplicación propia**). Es un *iter* de la disposición de los bienes públicos que perfectamente cualquiera de ellas podría calzar como conducta típica; con la salvedad que, en el caso de la aplicación impropia, se necesitará siempre de su respectiva ejecución, pues no basta con la simple orden<sup>(653)</sup>.

**2078.**  
Imputación y ejecución

**Jurisprudencia:** «El verbo rector en este tipo penal es el de aplicar que comprende dos etapas, la primera de decisión o deliberación de los bienes y la segunda de ejecución» (Ejecutoria suprema del 14 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1791-2012 Ancash, considerando 3.2).  
<https://bit.ly/3E56ZiD>.



En torno a esta diferenciación de formas de aplicación, es posible diferenciar dos tipos de malversaciones. Así, estamos ante una **malversación ejecutiva**, cuando el sujeto activo decide efectuar los gastos o los pagos en necesidades administrativas no relacionadas a su previsión presupuestaria.

**2079.**  
Malversación ejecutiva

Si concurren las facultades de asignación y ejecución de fondos públicos en el mismo sujeto activo, no habría problemas de imputación por malversación. Pero, si solo concurren en este las facultades ejecutivas y, no obstante, previamente modifica la previsión presupuestaria del bien público para facilitar u ocultar la malversación,

<sup>(652)</sup> Cf. TAZZA III, 2018, p. 259; ABOYO, 2018, p. 1392.

<sup>(653)</sup> Cf. ETCHIBERRY IV, 2019, p. 244; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 410; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 543; CANCINO MORENO, 1983, p. 154.

el presente delito entrará en concurso real medial con los delitos de usurpación de funciones (artículo 361, Código Penal) y falsedad (documental o ideológica).

**2080.**  
Malversación imputativa

Habrà una **malversación asignativa o imputativa**, cuando el sujeto activo varía la previsión presupuestaria de los fondos públicos, antes de su ejecución. Es menester que haya logrado la ejecución del pago con nueva previsión presupuestaria. En tal sentido, si el malversador tiene facultades administrativas de asignación, mas no de ejecución, requerirá de otro funcionario (competente). En lo común, este **segundo funcionario** competente, realizará la ejecución del pago en una condición de intermediario irresponsable, mientras que el malversador asignador será imputado por autoría mediata. Inclusive, el segundo funcionario actúa bajo la confianza en que la asignación del destino oficial de los fondos se corresponde con lo ya presupuestado por la administración (**principio de confianza**). De acreditarse la connivencia entre el malversador asignador y el funcionario ejecutor, se les atribuirá a ambos la condición de coautores y la malversación se considerará un delito plurisubjetivo o de intervención dual.

**2081.**  
Requisitos de la aplicación

Toda malversación o aplicación de bienes públicos, conforme al artículo 389, requerirá ostentar **tres requisitos ineludibles**: definitiva, diferenciada y pública. La carencia de uno de estos requisitos hace atípica la imputación por el presente delito y deja a salvo la posibilidad de analizar la configuración de otro delito funcional (*v. gr.*: abuso de funciones, peculado).

**2082.**  
Aplicación definitiva

Una **aplicación definitiva** implica una disponibilidad concluyente del bien público. Se podría ajustar al concepto del aprovechamiento definitivo administrativo que se ejerce del bien y no a una utilización o disposición temporal. Hay una especie de apropiación de los fondos para otros objetivos administrativos. Toma relevancia la noción de gasto o consumo del bien público; mas no los préstamos. Una aplicación definitiva impide la posibilidad jurídico-penal de la retrospección o inversión al destino oficial anterior autorizado administrativamente, por lo que no modifica la imputación típica si el malversador restituye, reintegra o reemplaza lo dispuesto para otro destino público<sup>(654)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«Advertimos que el dinero de los fondos del Programa Asistencial del Vaso de Leche fue utilizado como depósito en garantía, los mismos que se devolvieron dentro del mismo año fiscal, lo que implica que la aplicación distinta no fue definitiva, no configurando por tanto el delito de malversación de fondos»* (Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1743-2009 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3B6lot3>.



(654) *Vid.* ROJAS VARGAS, 2007, p. 554; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 465; SALINAS SICCHA, 2016, p. 455; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 326; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 532; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chotres/Calderón Valverde, 2012, p. 191; DEL ÁGUILA GONZALES/FERNÁNDEZ RAMÍREZ/RIVERA VARGAS en Actualidad Jurídica n.º 179, 2008, p. 147; FLORES CHÁVEZ en Actualidad Jurídica n.º 276, 2016, p. 115.

«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 son relevantes penalmente las destituciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad» (Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3641-2011 Lima, considerando 13. B). <https://bit.ly/3Ge69Sn>.



«Es cierto que en las actas de OIOE y de COFIDE se consignó que el aporte sería temporal. Pero también es verdad que, al final de cuentas, la anunciada temporalidad no se concretó, pues COFIDE no saneó al Banco Latino ni recuperó su inversión. No obstante que lo último operó, finalmente, cuando el acusado ya no era Ministro de Economía y Finanzas, el concepto de definitividad incorporado en el tipo legal está vinculado al carácter de los bienes, quiere decir que se trata de aquellos que por su naturaleza importen su devolución al estado original, que no implique consumo o la disminución de su idoneidad» (Sentencia del 26 de octubre de 2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 21-2003-A.V., considerando 22. A). <https://bit.ly/2Zm14a3>.

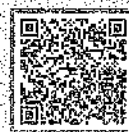


La aplicación temporal, entendida en los usos temporales o de mero desgastes (conversiones transitorias), no calza en una malversación<sup>(655)</sup>. Por ejemplo, si el vehículo de transporte destinado al recojo del personal en la jornada de trabajo es aplicado para que otra entidad pública transporte sus instrumentos de trabajo. Si el uso temporal afecta el servicio público en el que estaba destinado no habría malversación, debido a que no proviene de una disposición definitiva, por más desgaste que sufra el bien público, aunque no implique su inutilización. Ejemplo: el empleo de máquinas de construcción para la remodelación de un colegio que es trasladado para la restructuración de un edificio del municipio. La inserción del carácter definitivo de la aplicación con la Ley n.º 27151 del 7 de julio de 1999 descriminaliza la aplicación temporal y retrocede los marcos intervencionistas del poder penal.

**Jurisprudencias:** «No emerge de autos que con dicha disposición dineraria se haya afectado algún servicio o función propia de la entidad, ni aun que la naturaleza de la disposición sea definitiva como exige el tipo penal, pues los recursos fueron asignados con cargo a su devolución» (Ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4463-2009 Cajamarca, considerando 3). <https://bit.ly/3jv4QoG>.



«Se advierte de autos que la disposición distinta de los fondos públicos tenía la naturaleza temporal y no definitiva como exige el tipo penal, pues los recursos se utilizaron para cubrir gastos de primer orden —sueldos y gratificaciones— con cargo a los recursos que se captaban directamente para ser devueltos a la cuenta de origen. Por lo que, si bien la proyección de posteriores ingresos no fue la más acertada,



(655) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 383.

*ello no merma en la naturaleza y finalidad de la decisión de disposición inicial que siempre tuvo un carácter temporal» (Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4295-2009 Santa, considerando 4). <https://bit.ly/3psByux>.*

2083.  
Aplicación  
diferen-  
ciada

La **aplicación diferenciada** está resaltada en el artículo 389 con la expresión *«diferente de aquella a los que están destinados»*. Los doctrinarios le han dado diversos conceptos. Así, se le considera como el cambio o variación de destino de su disposición al que no corresponde o distinto al asignado originariamente por la administración<sup>(656)</sup>; o el destinar a los fondos a fines o modos distintos a los indicados por la ley<sup>(657)</sup>; o la inversión de los bienes dentro de la esfera administrativa para satisfacer fines distintos a los asignados por la ley<sup>(658)</sup>; la desviación de las partidas asignadas<sup>(659)</sup> o la alteración o modificación interna del destino oficial<sup>(660)</sup>.

**Jurisprudencias**<sup>(661)</sup>: *«Se requiere la constatación de un desvío al interior del ámbito estatal, es decir, viabilizar una utilización pública distinta, un cambio de destino, pero que sigue siendo público, lo cual no se presenta si se parte de la premisa que se desconocen los destinos dados al dinero» (Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1363-2010 Arequipa, considerando 3 E). <https://bit.ly/3vyJUSs>.*



*«Para la materialización del delito de malversación de fondos se exige un cambio del delito público de un bien, esto es, que el agente le otorgue un fin distinto al cual estaba dirigido, afectando con ello el servicio o la función encomendada. Que, siendo así, no se acreditó que el encausado, en su calidad de alcalde, haya dado un uso diferente a los fondos destinados para la construcción de un local comunal, esto es, ha-*



<sup>(656)</sup> Así: FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 319; CREUS, 1981, p. 316; GONZÁLEZ ROURA III, 1922, p. 323; BOUMPADRE III, 2003, p. 252; DONNA, 2002, p. 266; MARÍN, 2008, p. 798; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 227; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2015; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 46; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 14; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 138; PARRA GUTIÉRREZ, 1997, p. 1187; RUBIO ÁNGULO, 1985, p. 125; PEÑA OSSA, 1995, p. 121; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 190; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 382; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 642; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 532.

<sup>(657)</sup> Así: TERRAGNI III, II, 2012, p. 477; DONNA, 2002, p. 262; TAZZA III, 2018, p. 257; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1228.

<sup>(658)</sup> Así: NÚÑEZ, 2008, p. 461; ETCHEBERRY IV, 2019, p. 244; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 409; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 542; BALMACEIDA HOYOS, 2018, p. 651; ROJAS VARGAS, 2007, p. 552.

<sup>(659)</sup> Así: DONNA, 2002, p. 262.

<sup>(660)</sup> Así: LAJE ANAYA III, 1981, p. 116; PABÓN PARRA, 1995, p. 329.

<sup>(661)</sup> Así tab.: Ejecutoria suprema del 18 de marzo de 2008, R. N. n.º 4678-2006 Madre de Dios; Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 2002, R. N. n.º 430-2002 Áncash; Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002, R. N. n.º 4050-2001 Cono Norte; Ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 1998, Expediente n.º 6151-1997 Piura; Ejecutoria suprema del 18 de noviembre de 1997, Expediente n.º 2846-1996 Ucayali; Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 1996, Expediente n.º 1364-1996-B Lima.



bertos utilizados en la construcción del palacio municipal, por lo que válidamente se logra colegir que no se dan los presupuestos que exige el tipo penal de malversación de fondos» (Ejecutoria suprema del 11 de enero de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3705-2010 San Martín, considerandos 7-8). <https://bit.ly/3vDETbh>.

«Se configura el tipo legal cuando el funcionario o servidor público facultado para la administración de los bienes, trasgrede el destino oficial de los bienes asignados, destinándolos a fin diferente, dentro del ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos de dichos bienes» (Sentencia del 9 de setiembre de 2005 de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, Expediente n.º 2022-2003, considerando 6). <https://bit.ly/3C2FJka>.



Por nuestra parte, estimamos que la aplicación diferenciada se define como una **conversión** presupuestal o previsional preestablecida de su disposición definitiva a fines administrativos no autorizados. El malversador decide por no concretizar el destino oficial presupuestado del objeto material y lo convierte (transforma) en otro destino administrativo, pero no permitido (conversión del destino), lo que hace a una aplicación ilegal. La conversión de destino es una deliberación propia del sujeto activo que no hace más que resaltar su esencia arbitraria en la figura penal. El incremento del riesgo permitido se halla en el momento mismo en que el malversador sale de su parámetro de actuación normativa sobre la aplicación debida de los fondos públicos e impone su propia determinación que es contraria a los fines administrativos permitidos.

2084.  
Conversión

Por ello que se diga que la aplicación diferenciada es una irrestricta **actuación arbitraria** del malversador que se aleja de las pautas presupuestales preestablecidos para los bienes públicos e impone su determinación en la disponibilidad administrativa<sup>(662)</sup>. Como elemento restrictivo en la identificación de la aplicación diferenciada, permite cerrar las barreras a cualquier forma de aplicación que esté legitimada por la administración. No darle el destino legalmente preestablecido implica entonces un acto arbitrario del malversador que asemeja la presente figura a un abuso de funciones. Es en él que recae la ordenación previamente establecida del bien público, por ello, como malversador toma la determinación de vulnerarla o alejarse de ella. En ese parecer, en el artículo 236 del Código Penal chileno, se recurrió a la mención expresa «*arbitrariamente*» para subrayar —aunque, sin ser necesaria— la ilicitud de la aplicación diferenciada y demarcarlo de las conductas justificadas<sup>(663)</sup>.

2085.  
Actuación arbitraria

(662) Vid. DONNA, 2002, p. 262; TAZZA III, 2018, p. 259; LAJE ANAYA III, 1981, p. 116; VILLADA, 1999, p. 399; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1228; GONZÁLEZ en Balcarec II, 2014, p. 237; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 902; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 227; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 49; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 346; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 634; ENCO TIRADO, 2020, p. 178; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 194.

(663) Vid. ETCHEBERRY IV, 2019, p. 245; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 410; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 201; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 543.

**Jurisprudencias:** «El comportamiento lleva consigo un grado de arbitrariedad por parte del funcionario público al desviar de manera indebida el patrimonio estatal de su destino oficial, no cumpliéndose así con el fin previsto para tales recursos, siendo que en el presente caso, conforme lo señala la propia imputación, se utilizaron recursos del Programa del Vaso de Leche en chocolatadas, lo cual implica no solo su uso en una labor de índole social, sino que resulta acorde a la finalidad que posee el programa presuntamente afectado, más aún si dichas chocolatadas fueron repartidas a niños beneficiarios del Programa del Vaso de Leche en las fiestas navideñas» (Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1363-2010 Arequipa, considerando 3.E). <https://bit.ly/3vyJUSs>.



«El tipo exige que la conducta se haya cometido arbitrariamente, por ende, es posible excluir del tipo penal a los funcionarios que cambian de destino a los fondos en virtud de órdenes superiores y procediendo con arreglo a la ley. Al respecto, la doctrina entiende que ella alude a la antijuridicidad de la conducta y que en cuanto asume la condición de elemento normativo del tipo, determina que las causas excluyentes de la ilicitud funcionen como situaciones de atipicidad; que, sin embargo, aunque es un elemento que subraya la ilicitud, puede interpretarse como una exigencia mayor en cuanto significa que solo será punible la conducta del funcionario que actúe antijurídicamente y por mero capricho, sin razones que avalen su decisión, lo cual permite la restricción del ámbito típico, dejando fuera de él conductas en que la alteración del destino de los caudales es formalmente antijurídica, pero viene impuesta por las exigencias de la gestión del servicio público o bien obedece a razones estrictamente económicas, pues puede llegar a ser, incluso, beneficiosa para el fisco» (Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 787-2012 San Martín, considerando 5). <https://bit.ly/3GdMn9O>.



2086.  
interpretación  
extra  
penal

La determinación de la aplicación diferenciada siempre nos llevará a la verificación del destino previo oficial vía las disposiciones normativas extrapenales. La aplicación es un acto administrativo y su desborde del parámetro normativo de función tendrá que ser establecida vía remisión a las normas administrativas, por lo que el artículo 389 se vuelve una **ley penal en blanco**, cuyos alcances típicos interpretativos de la conducta requerirán ser verificados con la evaluación de la existencia o no de la infracción de las normativas presupuestarias.

**Jurisprudencias:** «Cuando el tipo legal señala una aplicación diferente a los que estaban destinados, forzosamente el representante del Ministerio Público —para construir el objeto del proceso delimitado en la acusación— tiene que remitirse a los parámetros establecidos en la ley, la ordenanza municipal, el reglamento, el presupuesto de gastos u otros instrumentos legalmente válidos que determinen y especifiquen la finalidad preestablecida o destinación debida de la partida presupuestal para afirmar que se subyace técnicamente en la hipótesis fáctica contemplada en la norma».



la malversación de fondos» (Ejecutoria suprema del 28 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 3115-2010 Piura, considerando 3). <https://bit.ly/3m7WlkQ>  
 «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» (Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.° 3641-2011 Lima, considerando 13. B). <https://bit.ly/3jsSfIN>.



La aplicación diferenciada no puede ser conocida por cuestiones formales o secundarias en vez de ser atendida en la esencia misma de la finalidad administrativa del bien público. La conversión no estriba en la variación del procedimiento o la formalidad con la que se ejecutará la aplicación definitiva<sup>(664)</sup>. Ejemplo: se procede a la compra de insumos de escritorio vía pago por cheque en vez de transferencia bancaria, o se decide por la construcción de parques en otra zona distinta a la predeterminada.

2087.  
 Conversión de formalidades

**Jurisprudencia:** *Se debe destinar el dinero o los bienes administrados a una aplicación distinta a aquella para la cual fueron destinados. Una correcta interpretación de esta norma evidencia que el dinero o bien ya tuviera, antes de su disposición, una finalidad ya determinada normativamente. (...) No se cumple con este elemento típico, pues era posible que los uniformes sean consignados en la partida presupuestal del Fondo de Compensación Municipal, en la medida de que se trata de gastos corrientes. Por tanto, no estamos frente a una afectación indebida de una partida presupuestal. Si bien —dentro de la partida del FONCOMUN— no debió considerarse estas compras como gastos de inversión, sino como gastos corrientes (específicamente, gastos operativos), ello no constituye en modo alguno un acto ilícito»* (Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.° 1308-2012 Cajamarca, considerandos 14 y 15). <https://bit.ly/3C93h79>.



Lo indiscutible en la malversación reside en la aplicación diferenciada para cobertura de necesidades administrativas menores a las presupuestadas. No creemos que la aplicación diferenciada tenga relevancia penal si obedece a necesidades administrativas mayores, si esta obedece a la urgencia administrativa, ya que, en todo caso, el malversador habría obrado para **disminuir el riesgo** de otro interés oficial. Los casos complejos se notan en la confluencia de necesidades administrativas de imposible valoración o medición entre ellas; por lo pronto, existe la malversación por el desorden presupuestario que implica la conversión del destino oficial.

2088.  
 Conversión de necesidad diferente

(664) Vid. BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 658.

Deben ser descartadas las interpretaciones subjetivas en la determinación de la aplicación diferenciada, por lo que, si el malversador actuó, por ejemplo, por solidaridad, nobleza o amistad en la conversión del destino, no tiene asidero en la adecuación típica de la conducta.

2089.  
Aplicación  
pública.

La aplicación diferenciada es limitada y debe ser manejada siempre, por lo menos, dentro de la órbita administrativa en general: una irrestricta **aplicación pública**, mas no privada. El nuevo destino escogido por el malversador es público y está sujeto a una disponibilidad administrativa. Así, los fondos no salen del ámbito de disponibilidad administrativa; si fuera así estaríamos, más bien, ante el peculado<sup>(665)</sup>, ya que el destino dado ya no es uno gubernamental, sino privado. No cabe entonces en la malversación la sustracción o la apropiación particular del empleado público.

**Jurisprudencias:** «La aplicación que se hizo del dinero o bienes no se efectuó dentro de la misma administración pública —la norma penal prevista en el artículo trescientos ochenta y nueve exige que el dinero o bien no salga de ámbito de dominio de ente público en cuanto debe ser aplicado en beneficio de alguna dependencia estatal o cualquier otro destino ligado al ámbito de la administración pública—, pues las sumas pecuniarias fueron otorgadas en calidad de préstamos personales a los regidores de la municipalidad agraviada» (Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2105-2005 Ucayali, considerando 3). <https://bit.ly/3njnm4f>.



«Conforme a la acusación fiscal, los hechos imputados no configuran el delito de malversación de fondos —previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal—, pues objeto de imputación no es el hecho que los encausados dieran al dinero una aplicación diferente a la que estaba destinado en el ámbito público, sino el empleo en su beneficio de tal dinero» (Ejecutoria suprema del 2 de octubre de 2007 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 4118-2006 Cusco, considerando 9). <https://bit.ly/2ZdVWFe>.



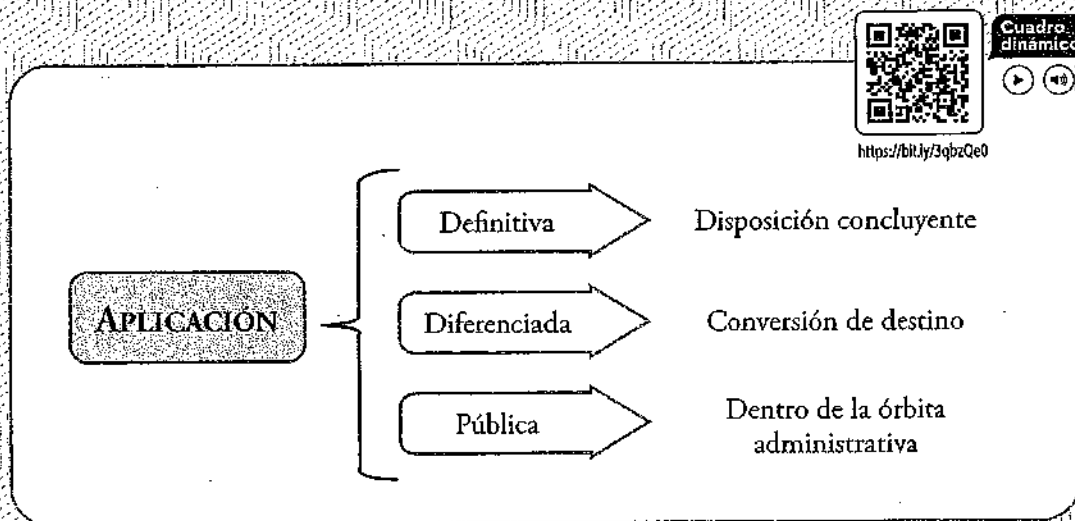
Los Códigos Penales de 1863 (artículo 194) y 1924 (artículo 348) resaltaban en sus fórmulas que la aplicación diferenciada debe ser «pública» para entender mejor el mensaje preventivo general del reproche penal de una disponibilidad administrativa

<sup>(665)</sup> Cfr. CREUS, 1981, p. 317; BOUMPADRE III, 2003, p. 243; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 320; DONNA, 2002, p. 262; TAZZA III, 2018, p. 257; TERRAGNI III.II, 2012, p. 476; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 657; Aboso, 2018, p. 1392; VILLADA, 1999, p. 399; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1228; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 410; LAJE ANAYA III, 1981, p. 116; DAYENOFF, 1998, p. 668; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 237; PARMA/MANGIATICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 642; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 902; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 409; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 151; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 138; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 190; ROJAS VARGAS, 2007, p. 552; FRISANCHO AFRICIO, 2011, p. 346; SALINAS SICCHA, 2016, p. 453; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 642; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 465; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 533; ENCO TIRADO, 2020, p. 178; MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 118; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 190; SOTOMAYOR TAPIA en Calcina Harcco/Paredes Vera 2, 2020, p. 398; MONTES FLORES en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 31, 2012, p. 194.

y no privada. Esta descripción legal ha sido rescatada en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 573) y 2016 (artículo 568).

Podríamos describir hasta dos límites aplicativos de los fondos públicos. Por un lado, un **límite amplio** que implica una aplicación diferenciada más allá del ámbito dispositivo de la entidad pública y que pueda beneficiar a otra entidad de la administración; y, por otro lado, un **límite cerrado** que configura una aplicación diferenciada circunscrita al ámbito dispositivo de la entidad pública, pero desviada a otras necesidades no previstas para ello. Cualquiera de estas aplicaciones diferenciadas configura la malversación.

2090. Límites de la aplicación pública



Los **medios** de los que se puede valer el malversador son variados y el tipo penal no exige uno específico. Para la aplicación diferenciada, por lo común, tendría que recurrir a la falsedad o al fraude, para facilitar administrativamente la disponibilidad de los bienes públicos fraguando los registros o las anotaciones contables o presupuestarias del verdadero destino.

2091. Medios delictivos

La aplicación pública definitiva diferenciada requiere contar con una **gravedad relevante** que la constituya una infracción penal. Recuérdese que es criticable el mantenimiento sancionador punitivo de la malversación y para siquiera acoplarse a los alcances del principio de lesividad y *ultima ratio*, es menester identificar un grado significativo de gravedad en su injusto y así evitar toda equiparación a simples defectuosas aplicaciones de fondos públicos no consecuentes. Por ello, mediante la Ley n.º 27151 se modifica los alcances de la aplicación al exigirse ahora que debe conseguir afectar al servicio o a la función pública. Entonces, con ello, no basta con la imputación de los fondos, es menester su ejecución o gasto<sup>(666)</sup>; sino no tendría sentido la exigencia de la afectación al servicio o función pública.

2092. Aplicación con gravedad relevante

(666) Cfr. SOLER V., 1978, p. 178; GARRIDO MONTT III, 2010, p. 452; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 14; CANGINO MORENO, 1983, p. 154; GÓMEZ MENDEZ/GÓMEZ PAVAJBAU, 2004, p. 221.

2093.  
Modifica-  
ción de la  
Ley 27151

Antes de la Ley n.º 27151, el tratamiento legal habitual de la malversación se dividía en una **malversación básica** que no requería de ningún resultado producto de la conversión del destino de los bienes públicos (delito de actividad) y una **malversación agravada** que sí exigía un daño o entorpecimiento al servicio público (delito agravado por el resultado)<sup>(667)</sup>. Todas las objeciones doctrinales recaían en la malversación básica, puesto que se asemejaba a una infracción administrativa y quebrantaba los principios penales esenciales ya informados. Actualmente, solo se tipifica una única forma de malversación de bienes públicos producto de la fusión de las anteriores modalidades que mínimamente pretende superar las objeciones sobre su criminalización.

**Jurisprudencia:** «El tribunal de instancia en la sentencia recurrida apreció el incumplimiento de los elementos objetivos exigidos por el delito: i) la aplicación definitiva diferente del dinero o bienes que administró el funcionario público; y ii) la afectación al servicio encomendado, los cuales resultan ser elementos típicos indispensables —referidos a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad— para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dichos elementos originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del Derecho Penal como *ultima ratio*» (Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 787-2012 San Martín, considerando 4). <https://bit.ly/3jN2mSP>.



2094.  
Afectación  
como  
resultado  
típico

Ahora, esta afectación al servicio o a la función pública constituye un **elemento objetivo del tipo penal**, es una consecuencia inevitable de la aplicación definitiva, por lo que se ajusta a ser un resultado<sup>(668)</sup> y no a una posibilidad de su producción. Así se describe en el artículo 389 con la expresión «*afectando el servicio o la función encomendada*». No debe ser considerado un condicionamiento a la punibilidad<sup>(669)</sup>, ya que el resultado no se identifica como requisito previo a la aplicación de la pena<sup>(670)</sup>, sino como un producto ligado a la aplicación definitiva. Obsérvese que se describe en el texto legal como un elemento consecuencia de la realización de la conducta típica.

<sup>(667)</sup> Identifican al daño o entorpecimiento al servicio público como una modalidad agravada por el resultado: artículo 260 del Código Penal argentino, artículo 144 del Código Penal boliviano, artículo 363 del Código Penal costarricense, artículo 447 del Código Penal guatemalteco y artículo 372 del Código Penal hondureño.

<sup>(668)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 386; SALINAS SICCHA, 2016, p. 455; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 645; CALDERÓN VALVERDE en Benavente Chorres/Calderón Valverde, 2012, p. 192. El artículo 342 del Código Penal panameño lo identifica como un resultado típico: «y resulta afectado el servicio o función encomendada».

<sup>(669)</sup> Los que lo califican como condición objetiva de punibilidad: ROJAS VARGAS, 2007, p. 556; HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 318; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 466.

<sup>(670)</sup> El artículo 236 del Código Penal chileno describe al daño o entorpecimiento como condición objetiva de punibilidad. Así también lo hacía el artículo 194 del Código Penal peruano de 1863 y el artículo 397 del Código Penal español de 1973.

**Jurisprudencias:** *«La acreditación de una afectación del servicio encomendado — como expresamente establece el tipo penal — es un elemento típico indispensable — referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad — para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del Derecho Penal como ultima ratio. Así pues, no es suficiente que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo, además que tiene que afectar el servicio o función encomendados, lo que no se acredita en la presente causa»* (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1589-2015 Junín, considerando 8) <https://bit.ly/3Ggp2UM>.



*«Si bien el dictamen pericial contable estableció que el Gobierno Regional de Ancash efectuó pagos por concepto de 'spots publicitarios — prensa escrita, televisiva y radial —, que fueron cubiertos con la fuente de financiamiento de Canon y Sobre canon minero, sin embargo no se indicó qué obras habrían sido afectadas, en consecuencia no se precisó el perjuicio, elemento objetivo cuya ausencia incide en un juicio negativo de tipicidad»* (Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1348-2012 Ancash, considerando 5). <https://bit.ly/3mdkTcB>.



*«La acreditación de una afectación al servicio encomendado es un elemento típico indispensable referida a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad, para configurar el delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del Derecho Penal como ultima ratio»* (Ejecutoria suprema del 12 de setiembre de 2007, R. N. n.º 4690-2005 Lima)<sup>(671)</sup>. <https://bit.ly/3vzAshH>.



*«La afectación al servicio o a la función constituye una condición objetiva de punibilidad por su incidencia en la afectación a la viabilidad del servicio estatal comprometido (...) Se advierte la ausencia de uno de los elementos del tipo penal, necesario para realizar un juicio de subsunción adecuado, tal como lo ha señalado la resolución de alzada, en donde si bien se yerra al realizar juicio de valor respecto del informe técnico de la Dirección Regional de Salud y la pericia contable que señala que los gastos realizados por la gestión de los acusados no han sido apreciados teniendo en cuenta la necesidad de los servicios prestados, también es verdad que de la acusación no emerge la existencia del perjuicio causado»* (Ejecutoria suprema de 25 de setiembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2013-2011 Lambayeque, considerando 5)<sup>(672)</sup>. <https://bit.ly/30TT2pu>. El presente fallo se contradice en cuanto a la identidad de la afectación operacional: o es un elemento del tipo penal o es una condición objetiva de punibilidad.



(671) Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 4, 2009, p. 144.

(672) Así tab.: Ejecutoria suprema del 7 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1107-2010 Ucayali, considerando 3; Ejecutoria suprema del 24 de junio de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1111-2010 Santa, considerando 3.

2095.  
Naturaleza  
de la afectación

Sobre la **naturaleza de la afectación** es importante aclarar que no se debe confundir con un daño, perjuicio o lesión patrimonial<sup>(673)</sup>, ya que la aplicación definitiva diferenciada a bienes públicos podría acarrear una consecuencia desventajosa patrimonial para la entidad pública específica, pero ello no forma parte del fin de protección de la norma penal, más aun si siempre la Administración Pública percibirá los beneficios de sus bienes públicos, aunque para otros destinos oficiales no fijados por esta. Por tal motivo, no interesa si el desvío de los bienes públicos haya generado beneficios o réditos a un sector o a otra entidad de la administración<sup>(674)</sup>. Consideramos que la afectación es **operacional** o funcional de las actividades de la entidad pública; mejor dicho, es un menoscabo a la funcionalidad del aparato administrativo que se ve obstruida en el cumplimiento de sus objetivos. Esta precisión inhabilita la duplicidad del plazo prescriptorio de la acción penal que indica el artículo 80 del Código Penal en casos de afectación al patrimonio público.

**Jurisprudencias:** «No se necesita para su configuración de la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, solo que en forma no debida ni preestablecida» (Ejecutoria suprema del 11 de enero de 2012 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3705-2010 San Martín, considerando 4). <https://bit.ly/3vDETbh>.



«El delito de malversación de fondos no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la duplicidad de plazo prescriptorio, puesto que la finalidad de la norma es salvaguardar la eficacia, la buena marcha, la disciplina y organización en la ejecución del gasto y la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos, debiendo precisar que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito de dominio de la administración pública» (Ejecutoria suprema del 14 de enero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1791-2012 Áncash, considerando 3.3). <https://bit.ly/3E56ZiD>.



«El delito de malversación, en cuanto a su resultado típico (afectación al servicio o a la función encomendada), no importa lesión real al patrimonio público, pues este cumple de todas maneras sus finalidades sociales, pero en forma no debida, el perjuicio patrimonial no es parte de dicho tipo legal. Siendo así, en el presente caso —desde la propia configuración típica— no puede estimarse que la desviación de esa suma de dinero lesionó realmente el patrimonio público, lo que es diferente, desde luego, al posible riesgo en la ejecución del servicio, al perjuicio en los plazos de ejecución o al incremento de los costos o decrecimiento de la calidad del servicio



<sup>(673)</sup> Cfr. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 320; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 657; CREUS, 1981, p. 318; MARÍN, 2008, p. 799; GALLARDO en Riquelme III, 2018, p. 2016; GODÓY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 411; TAZZA III, 2018, p. 260; PARMA/MANGIÁFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 643; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; TOLA FERNÁNDEZ, 2012, p. 149; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 386; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 466; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 612; CHANJAN DUCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 23.

<sup>(674)</sup> Cfr. DONNA, 2002, p. 271; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1230; NAVAS RÍAL/ÁLVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 232; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 387.



*prestado que se requieren para la tipicidad de la conducta atribuida»* (Ejecutoria suprema del 3 de abril de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2936-2015 Ancash, considerando 4). <https://bit.ly/2XD1Lev>.

*«Advirtiéndose que el contenido de injusto del delito de Malversación de Fondos no es de índole perjudicial al patrimonio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80º del Código Penal, cuya aplicación solo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducta atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por estos»* (Ejecutoria suprema del 3 de mayo de 2018 de la Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 295-2017 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3vEdaHC>.



*«El delito requiere para su configuración, además de la irreversibilidad del uso indebido y de la cualidad especial del agente, el perjuicio estatal, es decir, que, debido al desvío definitivo, el Estado se haya visto perjudicado, perjuicio que puede manifestarse en términos de patrimonio como en el retraso de la consecución de un determinado fin para el cual los fondos hubieran estado destinados»* (Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3267-2009 Piura, considerando 4). <https://bit.ly/3E5n6g6>.



*«La conducta típica ha de afectar al servicio o la función encomendada. No hace falta, por cierto, una lesión patrimonial, solo se requiere la generación de un inconveniente en la prestación de servicio o función encomendada, cuyo origen es precisamente la indebida aplicación del dinero o bienes. Las dificultades en el servicio de intermediación financiera de COFIDE son obvias a partir de la ingente asignación de recursos que realizó en una operación sin amparo legal y, que más tarde, determinó el apoyo directo del Estado para viabilizar su función de intermediación financiera, con la dación del Decreto de Urgencia número 117-2000»* (Sentencia del 26 de octubre de 2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente n.º 21-2003-A.V., considerando 22.B). <https://bit.ly/2Zm14a3>.



Los alcances amplios de una afectación permiten graduar dos consecuencias típicas básicas: el daño y el entorpecimiento. El malversador puede afectar el servicio o la función pública, en el sentido del daño o del entorpecimiento, como se entendía tradicionalmente, y que puede perfectamente ahora sostenerse. Un **daño** es una afectación considerable o lesiva al servicio o la función que implica la paralización, conclusión o suspensión de la misma. El servicio o la función pública dejan de operar en forma permanente o temporal conforme a la gravedad del daño ocasionado con la conversión del destino de los bienes. Es un perjuicio operativo latente, pues no hay prestación administrativa<sup>(675)</sup> y, por ende, la generación de todas las consecuencias que ello

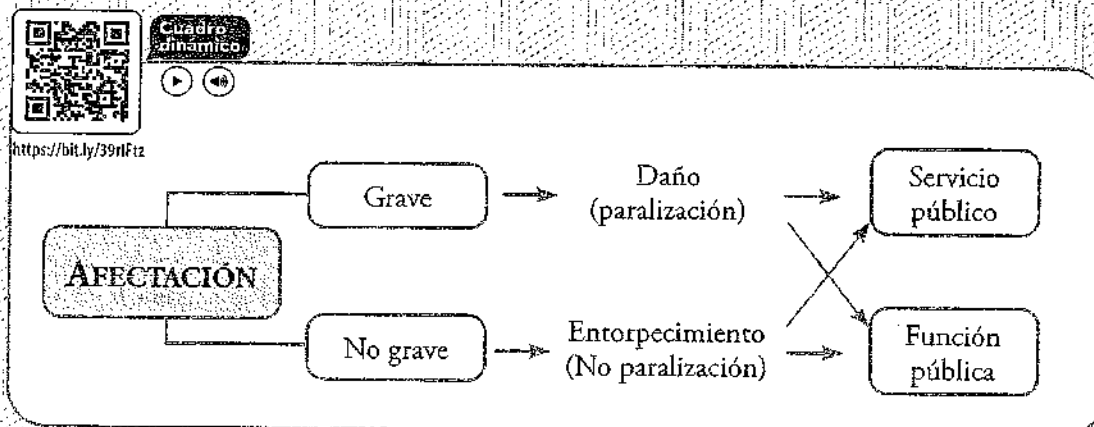
**2096.**  
Alcances de la afectación

(675) Cfr. NÚÑEZ, 2008, p. 461; BOUMFADRE III, 2003, p. 250; TAZZA III, 2018, p. 260; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 411; ABOSO, 2018, p. 1394; DONNA, 2002, p. 270; MALDONADO en Levene, 1978, p. 552; MARÍN, 2008, p. 799; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2016; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 232; BAYALA BASOMBERIO, 2008, p. 75; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; BASILICO/

puede acarrear (*v. gr.* no percepción de ingresos, pérdida de la credibilidad social). Un **entorpecimiento** es una afectación perturbadora u obstruccionista al servicio o la función que no logra su paralización, sino que las hace de difícil o complicada realización. No hay inoperatividad en el servicio o la función pública, sino que su prestación se turba o demora por la carencia de los bienes públicos que la efectivizan. Se trata de inconvenientes relevantes a los no previstos si se hubiera contado con los bienes asignados<sup>(676)</sup>. Al final de cuentas, se realiza el servicio, pero con complicaciones administrativas producto de la carencia de la logística preestablecida.

2097.  
Alcances  
de la afectación

Con la exigencia del resultado típico, la malversación deja de ser un delito de actividad y, a nuestro parecer, se constituye en un **delito de resultado** conforme al grado de la afectación. Así, si la malversación es de afectación dañosa, se está ante un **delito de lesión**; pero, si la malversación es de afectación perturbadora, se configura un **delito de peligro concreto**. Toma importancia entonces si el servicio o la función pública se vieron paralizadas o perturbadas para sindicar el resultado.



2098.  
Objetivos  
de la afectación

La afectación debe recaer a un **servicio** o a una **función** de la entidad pública a la cual estaba destinada los bienes públicos. Así, la malversación que se perfilaba como un ataque a la prestación social, se amplía a actividades internas en la administración. Por consiguiente, cuando se afecta al servicio público se compromete el acto de función dirigido directamente a la Sociedad como, por ejemplo, las obras públicas, los servicios comunitarios o los trámites a la ciudadanía. La afectación a la

VILLADA, 2019, p. 904; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 191.

(676) *Vid.* NÚÑEZ, 2008, p. 461; BOUMPADRE III, 2003, p. 250; TAZZA III, 2018, p. 260; ABOGO, 2018, p. 1394; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos:3, 2000, p. 411; DONNA, 2002, p. 270; MALDONADO en Levene, 1978, p. 553; MARÍN, 2008, p. 799; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2016; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal 1, 2004, p. 232; GONZÁLEZ en Balcárcé II, 2014, p. 238; BAYALA BASOMBRÍO, 2008, p. 75; PARMÁ/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 643; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Aléssio II, 2004, p. 839; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 904; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 191.

función pública debe ser interpretada a los actos internos o propiamente administrativos que no impliquen directamente un servicio comunitario. Por ejemplo, estarían los honorarios a los empleados públicos o la adquisición de material de trabajo.

**Jurisprudencias:** «Solo podrá existir malversación de fondos cuando la disposición del caudal público afecte a la función a la que originalmente hubiera estado asignada. La comprobación de este elemento normativo requiere necesariamente de una pericia que determine cual es el daño sufrido» (Ejecutoria suprema del 29 de agosto de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1308-2012 Cajamarca, considerando 14). <https://bit.ly/3C93h79>.



«El delito de malversación está probado, en tanto en cuanto se distrajo definitivamente fondos de una cuenta que no correspondía afectando de este modo la operatividad de las tareas de inteligencia estratégica encomendadas a la institución» (Ejecutoria suprema del 23 de febrero de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 5077-2008 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3aZPfbW>.

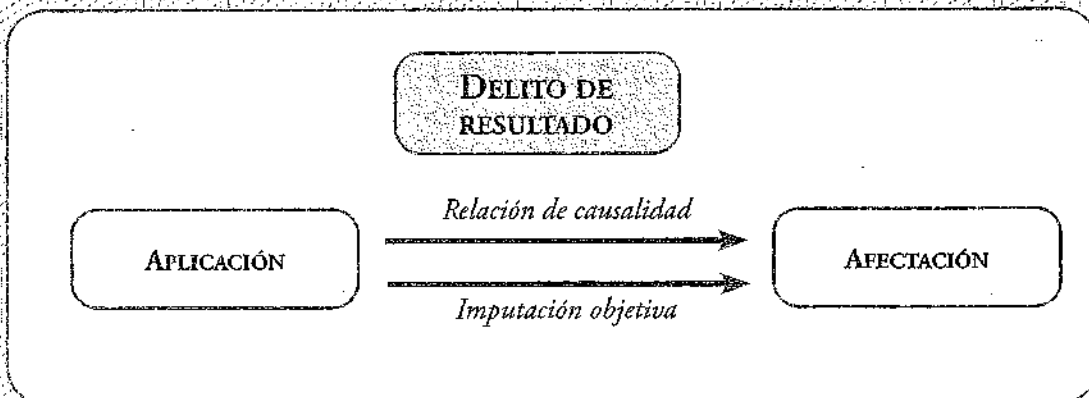


«No se ha verificado ni precisado el perjuicio que causó con el desvío de fondos, lo cual constituye un supuesto necesario para la concreción del tipo penal de malversación de fondos, no resultando suficiente la corroboración de la aplicación distinta de bienes estatales ni la determinación de su origen de modo genérico, sino que, a efectos de emitir sentencia condenatoria, debe acreditarse la afectación concreta que se produjo como consecuencia de la aplicación pública distinta de los bienes desviados» (Ejecutoria suprema del 4 de marzo de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3737-2012 Pasco, considerando 5). <https://bit.ly/3aZl7Q1>.



La producción de la afectación al servicio o la función pública es consecuencia directa de la aplicación definitiva diferenciada de los bienes públicos que han sido asignados para su realización. Si el bien público asignado no es aprovechado en la realización del servicio público producto de la conversión de su destino, se configura la malversación. Existe una **relación causal** entre la aplicación definitiva diferenciada y la afectación al servicio o a la función pública bajo las reglas de la *conditio sine qua non*.

**2099.**  
Relación de causalidad



2100.  
Imputación objetiva

Pero, puede suceder que el daño o el entorpecimiento al servicio proviene de otras causas no imputables al malversador (*v. gr.*, demora del proveedor en la entrega de los insumos requeridos por el funcionario o destrucción de los mismos por desastres naturales) o habiéndolas no son tan preponderantes para lograr el resultado<sup>(677)</sup>. Por ello, además del nexo causal, se aplican las reglas de la imputación objetiva del resultado. Entonces, hay **imputación objetiva de la conducta** cuando la aplicación incrementa el riesgo administrativo permitido al convertir el destino oficial en otro no autorizado, logrando el peligro jurídicamente desaprobado consistente en el desorden presupuestal; asimismo, hay una **imputación objetiva del resultado**, si el referido desorden presupuestal logra concretizarse en una afectación relevante a la operatividad del servicio o la función pública, ya sea paralizándola o entorpeciéndola.

**Jurisprudencias:** *«No basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada, que, en el presente caso, si bien los acusados usaron el dinero de la construcción de la carretera para el pago de las planillas de los trabajadores, empero, después la Municipalidad alquiló maquinarias para trabajos en dicha obra por el monto de más de treinta y cuatro mil nuevos soles, cantidad de la que se dedujo dinero que fue objeto de transferencia, que, aunado a ello la construcción de la indicada carretera se realizó conforme al proyecto inicial, es decir, se llegó a terminar y entregar sin inconvenientes y fue recepcionada por las autoridades competentes sin ninguna observación, que en tal sentido el servicio encomendado —que fue la culminación de la carretera en mención— no llegó a alterarse, razón por la cual no se puede sostener que se haya configurado el delito de malversación de fondos»* (Ejecutoria suprema del 4 de marzo de 2010 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 91-2009 Apurímac, considerando 5). <https://bit.ly/2XG2n30>



*«No resulta suficiente el planteamiento fáctico del Ministerio Público sobre la acreditación del resultado típico del delito de malversación de fondos, ya que el hecho de que no se realizaran algunas actividades relacionadas al servicio, cuyas partidas presupuestales se desviaron, no permite sostener necesariamente que se produjo una afectación al servicio, sobre todo si este cumplió con sus metas programadas, como se sostuvo en el presente caso, y se resaltó en la sentencia recurrida —y fue parte de las conclusiones del informe pericial contable—. Es así, puesto que —como se desprende de los pronunciamientos citados en el considerando noveno— el resultado típico requiere la acreditación de que la referida desviación ilegal de fondos generó una situación concreta de inconveniente en la prestación del servicio, demora o incumplimiento de plazos, incremento de costos, disminución de la calidad de servicios, entre otros a determinarse según el caso concreto o la naturaleza del servicio. Los referidos efectos perjudiciales en el servicio público (cuyas partidas presupuestales fueron desviadas) se refieren, entonces, a situaciones específicas y verificables, que deben ser suficientemente sustentadas y acreditadas por el fiscal como titular de la acción penal, y de las que se desprenda la afectación del servicio en conjunto —cuyo origen sea, precisamente, la indebida desviación de sus fondos—. No basta, por tanto, que se indique no se llevaron a cabo algunas actividades relacionadas*



<sup>(677)</sup> Cf. NÚÑEZ, 2008, p. 461; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 839.

al servicio, sino que se acredite cómo dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico» (Sentencia del 4 de julio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 544-2018 Lima Norte, fundamento 11-12). <https://bit.ly/3b0n8fR>

«La Sala Superior refirió que si bien el dinero destinado al proyecto no debía usarse en este luego de la deshabilitación, ello configura solo una renuencia a cumplir con lo dispuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas, mas no un desvío de fondos, y que para la configuración del ilícito se requiere afectación a la función encomendada, la cual no se habría constatado en el presente caso» (Ejecutoria suprema del 7 de junio de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2525-2016 Cajamarca, considerando 21). <https://bit.ly/2Ze1T52>.



«No se ha demostrado la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo de la malversación como es la afectación al servicio de la función encomendada, ya que en autos no obra observación, reclamo, queja, requerimiento o algún acto administrativo de cuestionamiento o incriminación al respecto, es decir, no se encuentra acreditado el perjuicio requerido por el tipo penal, pues con la conducta de los procesados no se ha afectado el servicio de limpieza de la entidad agraviada, al no existir entorpecimientos ni daños materiales en dicha administración» (Ejecutoria suprema del 15 de diciembre de 2005 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1663-2005 Huancavelica, considerando 2). <https://bit.ly/3BiApbr>.



Hay situaciones en las que la función pública ya se encuentra suspendida por otros factores y, en esas circunstancias, recién se procede con la aplicación definitiva diferenciada. La conducta carece de idoneidad injusta y no puede ser imputable objetivamente por adelanto del nexo causal. En otro caso, si el servicio público se encuentra entorpecido por circunstancias fortuitas, una aplicación diferenciada dañosa puede perfectamente **interrumpir el nexo causal** anterior y ser objetivamente imputable. Un servicio o función pública entorpecida se puede dañar, puesto que hay afectación considerable penalmente; mas no al revés.

**2101.**  
Interrupción del nexo causal

Si el malversador se proyectó a la perturbación temporal del servicio público que luego derivó en un daño permanente del mismo, le es imputable objetivamente el delito, ya que de todas maneras se trazó como objetivo la afectación del mismo independientemente de los márgenes del riesgo que existan en el desarrollo de la perturbación. En vista de ello, el **desvío del nexo causal** no juega en contra de la tipicidad si de todas maneras hubo la determinación de la afectación aun en sentido de entorpecimiento.

**2102.**  
Desviación del nexo causal

### §5. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

No hay cobertura penal para aplicaciones definitivas realizadas por falta de cuidado debido en la concreción de un destino no autorizado. La **malversación culposa** no tiene previsión legislativa ni la debería tener, debiendo ser analizada la falta de previsibilidad e infracción de las normas de cuidado en temas presupuestarios en el Derecho Administrativo sancionador. Por consiguiente, solo cabe imputar subjetivamente una malversación dolosa.

**2103.**  
¿Malversación culposa?

**Jurisprudencia:** *«No puede apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo del dolo en el actuar de los acusados, pues si bien es cierto admiten que se giraron cheques duplicados, no puede concluirse que ello se realizó con la voluntad de realizar un doble pago a la empresa contratista, sino que ello se realizó por una negligencia funcional que no corresponde ser objeto de evaluación por un tribunal penal, sino del derecho administrativo cuya función es entre otras determinar las responsabilidades por inconductas funcionales»* (Ejecutoria suprema del 8 de junio de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1482-2011 Junín, considerando 5) <https://bit.ly/3C6RbuZ>



2104.

Dolo

El **dolo** consiste en los conocimientos mínimos del malversador sobre la condición pública y el destino oficial concreto de los bienes públicos y la voluntad de aplicarlos definitiva y diferenciadamente en otro no autorizado y generar la afectación al servicio o a la función pública.

2105.

Conocimientos mínimos

Los **conocimientos mínimos** deben abarcar, entre otros, las responsabilidades administrativas que tiene el sujeto activo sobre el bien, la condición pública del bien, su destino oficial previamente asignado y la conversión del destino que implica la conducta típica<sup>(678)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«Se requiere para la configuración la presencia del elemento subjetivo, esto es, dolo en su actuar, en virtud del cual, los encausados debieron tener la conciencia y la voluntad de desviar en forma definitiva los fondos destinados a la partida presupuestaria 'alimentos para trabajadores' para pagar la asignación denominada 'canasta de víveres' afectándose con ello el servicio»* (Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 787-2012 San Martín, considerando 5). <https://bit.ly/3jN2mSP>



*«El dolo en la conducta del agente implica el conocimiento que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos establecidos en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos no corresponde con ellos»* (Ejecutoria suprema del 23 de octubre de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 787-2012 San Martín, considerando 5). <https://bit.ly/3jN2mSP>



(678) Vid. CUELLO CALÓN II.I, 1980, p. 460; SOLER V, 1978, p. 179; NÚÑEZ, 2008, p. 461; CREUS, 1981, p. 321; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 321; DONNA, 2002, p. 268; BOUMPADRE III, 2003, p. 250; LAJE ANAYA III, 1981, p. 127; TERRAGNI III.II, 2012, p. 480; ABOSO, 2018, p. 1394; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 238; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2016; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 230; PARMA/MANGIAFICO/ALVAREZ DOYLE, 2019, p. 642; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 410; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 14; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 52; PEÑA OSSA, 1995, p. 125; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 191; FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 347.

Toma importancia la precisión antelada del destino oficial del bien público y la necesaria puesta en conocimiento —por los conductos regulares— de dicha asignación al funcionario público responsable de su administración. Se trata de los **conocimientos previos exteriorizados** al sujeto activo vía comunicación oficial que, por lo común, se realiza en forma escrita o virtual. Los comunicados previos no formales o que carecen de validez no confirman la imputación de los conocimientos al malversador.

**2106.**  
Conocimientos previos exteriorizados

Con el comunicado previo del destino oficial del bien público, al empleado no le queda más que proceder a ejecutar la disponibilidad definitiva a favor de la entidad pública beneficiada. En el proceso ejecutivo de la aplicación prevalecen los **conocimientos especializados** en el sujeto activo por su condición funcional y su sujeción a los deberes extrapenales de regularidad en el correcto manejo presupuestario de los bienes públicos. Se trata de los conocimientos sobre la aplicación establecida en el presupuesto en torno al bien público y la imposibilidad de convertirlo a dicha destinación oficial.<sup>(679)</sup>

**2107.**  
Conocimientos especializados

Pueden ocurrir casos de defectos de los conocimientos sobre el destino oficial de los bienes públicos. Ya sea que se deba por una errada comunicación oficial del destino oficial o una confusa determinación del mismo en el presupuesto, el sujeto activo se ve imposibilitado de salirse del error y así aplicar en desconocimiento sobre el verdadero destino del bien público. Se trata de un **error de tipo inevitable** que recae en la condición del destino oficial del bien público.

**2108.**  
Error de tipo

En los casos de aplicación definitiva en servicios públicos pueden ocurrir errores en el objeto material relevantes. Por ejemplo, el personal de salud que dispone de insumos médicos a personas ajenas a las beneficiadas por la administración debido a su condición de emergencia. Se cree erradamente que está aplicando el destino oficial al bien público, pero objetivamente se está favoreciendo a un tercero. Procede la atipicidad subjetiva.

Lo mismo sucede cuando yerra en la identidad del bien en relación con un servicio o función pública. El malversador pretende afectar una función pública de una entidad pública concreta, pero se equivoca en el bien público y realiza la conversión de otro no relacionado con la entidad que pretendía perjudicar. De todas maneras hay tipicidad subjetiva, ya que no hay discriminación penal sobre la entidad pública afectada ni sujeción sobre la particular determinación del malversador sobre a quién agraviar.

La **voluntad** del malversador consiste en la determinación de ejercer una aplicación definitiva y diferenciada sobre el bien público en otro destino administrativo no autorizado, además de conseguir con ello la afectación relevante al servicio o a la función pública. Se trata de una voluntad de conversión o desvío del destino oficial con consecuente afectación administrativa.

**2109.**  
Voluntad

(679) FERREIRA DELGADO, 1995, p. 49.

**2110.** No se exige la concurrencia de elementos subjetivos adicionales que refuercen el dolo del malversador. Si el sujeto activo tuvo la determinación de buscar el máximo beneficioso para la administración en la conversión del destino oficial, dicha intención especial no modifica la imputación subjetiva<sup>(680)</sup>. No obstante, las intenciones patrimoniales personales podrían modificar la configuración del hecho a un peculado, si es que el malversador actuó al final con la intención de obtener su propio beneficio o de un tercero con la aplicación definitiva diferenciada<sup>(681)</sup>. No cabe requerir de fines de lucro<sup>(682)</sup>.

**2111.** Se suele considerar que, en la malversación, la imputación subjetiva requiere de un **dolo directo**<sup>(683)</sup> por el nivel de exigencia de los conocimientos que no basta con la aplicación definitiva diferenciada, sino también con la generación del resultado perjudicial al servicio o a la función pública. Con ello, sería dificultoso sostener que se pueda imputar el dolo eventual<sup>(684)</sup>.

## §6. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 6.1. Consumación y tentativa

**2112.** La malversación de bienes públicos se **consume** formalmente con la afectación del servicio o la función pública cuyo bien estuvo destinado a su disposición oficial. Al ser un delito de resultado, no es suficiente la aplicación diferenciada de los bienes públicos, es importante que el malversador consiga con ello la afectación operativa.

**2113.** Además, es un **delito instantáneo**<sup>(685)</sup>, ya que la consumación ocurre en el momento mismo de la afectación definitiva diferenciada, sin necesidad que exista o no restitución del bien público para evaluar un estadio temporal de antijuridicidad.

**2114.** Los **actos ejecutivos** se dan inicio con la imputación —de tratarse de la malversación asignativa— o la ejecución —de tratarse de la malversación ejecutiva— de

<sup>(680)</sup> Cfr. PACHECO OSORIO I, 1972, p. 138; ROJAS VARGAS, 2007, p. 556.

<sup>(681)</sup> Vid. PACHECO OSORIO I, 1972, p. 139; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 158.

<sup>(682)</sup> Cfr. CREUS, 1981, p. 317; DONNA, 2002, p. 268; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 903; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 230; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 470; SALINAS SICCHA, 2016, p. 461.

<sup>(683)</sup> Así: BOUMPADRE III, 2003, p. 250; VILLADA, 1999, p. 402; GHERSI en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1229; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 238; MALDONADO en Levene, 1978, p. 552; NAVAS RIAL/ALVERO en Revista de Derecho Penal I, 2004, p. 230; PARMA/MANGIAFICO/ALVAREZ DOYLE, 2019, p. 642; GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 545; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 652; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 380.

<sup>(684)</sup> Cfr. ABOYO, 2018, p. 1394. En sentido contrario: TAZZA III, 2018, p. 260; GALLARDO en Riquert III, 2018, p. 2016; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 838; ROJAS VARGAS, 2007, p. 556; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 469; SALINAS SICCHA, 2016, p. 461.

<sup>(685)</sup> Cfr. SALINAS SICCHA, 2016, p. 463; ENCO TIRADO, 2020, p. 179; SOTOMAYOR TAPIA en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2020, p. 404; FLORES CHÁVEZ en Actualidad Jurídica n.º 276, 2016, p. 118.



la disposición de los fondos públicos. Todo acto anterior a ello (actos preparatorios) carecen de relevancia penal.

Hay indiscutiblemente imputación por **tentativa**<sup>(686)</sup>. No es tanto por la posibilidad de esquematizar por etapas el desarrollo de la aplicación presupuestaria de los bienes públicos, sino porque la aplicación debe concluir sí y solo sí en afectación operativa. Al no conseguirlo, se estará ante un acto tentado. Si la interrupción sucede en el momento mismo de la aplicación de los bienes públicos, se estará ante una **tentativa inacabada**; pero si, acontece luego de ello sin lograr la afectación del servicio o la función pública, habrá una **tentativa acabada**.

Esa interrupción puede darse por el propio malversador (**desistimiento**) o por terceros (**interrupción externa**). Ejemplo: el subsidio oportuno del responsable del servicio público desabastecido o el funcionario ejecutor que no acata la nueva imputación malversadora del bien público.

## 6.2. Autoría y participación

La malversación ejecutiva es un delito de propia mano y solo cabe la **autoría inmediata**; a diferencia de la malversación asignativa, donde el malversador requerirá al funcionario competente la ejecución de la nueva imputación arbitraria de los fondos públicos. En este último supuesto se adecua una **autoría mediata** siempre que el funcionario ejecutor se desenvuelva irresponsablemente. Lo contrario nos llevaría a una coautoría.

Los casos de coadministradores se tratan por **coautoría**. Son malversadores que comparten la misma responsabilidad administrativa de los bienes públicos, por lo que su aplicación no tendrá validez si es que no hay una intervención conjunta de estos por el dominio funcional en la malversación.

En la participación, el **instigador** es quien determina en el malversador la conducencia a la aplicación definitiva diferenciada de los bienes bajo su administración. Crea el dolo de malversar bienes a fines públicos no autorizados. El instigador, por lo común, estará relacionado con la entidad o el sector beneficiado por la conversión del destino de los fondos.

El **cómplice primario** es quien facilita la concreción de la aplicación o la afectación del servicio o la función pública. Es evidente que siempre será un *extraneus*, por lo que el aporte no solo es comisivo, sino omisivo. Así, por ejemplo, el funcionario supervisor que omite evitar la aplicación diferenciada.

<sup>(686)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 388; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 468; SALINAS SICCHA, 2016, p. 463; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 647; ENCO TIRADO, 2020, p. 179; SOTOMAYOR TAPIA en *Calcina Hancco/Paredes Vera 2*, 2020, p. 404; MONTES FLORES en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 31, 2012, p. 195; FLORES CHÁVEZ en *Actualidad Jurídica* n.º 276, 2016, p. 118.

2115.  
Tentativa

2116.  
Autoría

2117.  
Coautoría

2118.  
Instigación

2119.  
Complicidad

### 6.3. Concurso de imputaciones

**2120.** Si se está ante un proceso sistemático de aplicaciones definitivas de diferentes bienes de una entidad pública concreta, estaremos ante un **delito continuado**. Es menester verificar que todos los actos malversadores forman parte del plan criminal del sujeto activo contra una entidad pública. Dicho plan puede abarcar tanto malversaciones asignativas como ejecutivas, lo que importa al final es la afectación del servicio o la función pública.

**2121.** Entre la malversación y el **abuso de funciones** (artículo 376, Código Penal) hay una relación *via* concurso aparente de leyes. Podríamos decir que el abuso de funciones se subsume a la malversación por el principio de especialidad. Recuérdese que la aplicación diferenciada es una expresión arbitraria del malversador que tendrá como perjuicio la afectación al servicio o la función pública.

**2122.** La malversación y el **peculado** (artículo 387, Código Penal) no pueden convivir en un concurso delictivo. Son figuras penales excluyentes. El punto diferenciador reside en el destino final del objeto material: si no sale del ámbito administrativo, se estará ante una malversación; si ingresa al ámbito privado, se estará ante un peculado.

En todo caso, si el plan del sujeto activo es más complejo y hay una cadena de disposiciones, podríamos hablar de un concurso real entre la malversación y el peculado. Así, en una primera disposición, el sujeto activo consigue convertir el destino oficial de los bienes a favor de otra entidad (malversación); luego, en una segunda disposición, se dispone los mismos a su favor.

## §7. JUSTIFICACIÓN

**2123.** No se puede alegar la justificación de la conversión del destino oficial de los bienes públicos a lo que resulte más conveniente económicamente a la administración o a la comunidad receptora del beneficio o al cumplimiento de deudas o pendientes atrasados<sup>(687)</sup>. La justificación, por lo menos, un **estado de necesidad justificante**, requerirá verificar si previamente existía una situación de peligro que motiva la urgencia económica en otro sector u organismo gubernamental, cuya acción necesaria no es más que la aplicación definitiva diferenciada de los bienes públicos. «La conducta debe estar determinada por una situación objetiva de gravísimos caracteres, con peligro inminente individual o colectivo de orden excepcional, porque tras la justificante no ha de ocultarse la indebida decisión del empleado de elegir según su criterio personal los renglones que deben atenderse, desplazando los mecanismos legales y so pretexto de graves urgencias sociales»<sup>(688)</sup>.

<sup>(687)</sup> Cfr. LAJE ANAYA III, 1981, p. 119; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 389.

<sup>(688)</sup> FRANCO, 1987, p. 176.

**Jurisprudencias**<sup>(689)</sup>: «Si bien se ha determinado que la Municipalidad realizó préstamos internos de terceros sin la debida aprobación de Concejo Municipal, destinándolo a gasto corriente, causándose —como perjuicio— la falta de culminación de las obras, no obstante, la conducta efectuada por los encausados —destino distinto del dinero al presupuestado— se realizó en base a la huelga incontrolable de los trabajadores de dicha comuna, siendo el caso que el dinero que habría sido prestado tuvo como destino final el pago de las remuneraciones de los trabajadores» (Ejecutoria suprema de 1 de junio de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1719-2009 Lambayeque, considerando 4). <https://bit.ly/3ptyCOd>.



«Las desviaciones de los caudales no se efectuaron con interés propio o de terceros sino atendiendo razonablemente las necesidades urgentes de reubicar a poblados enteros que sufrieron las consecuencias de los desmanes de la época del terrorismo; más aún si los acusados para efectuar las transferencias se ampararon en el Reglamento del Programa Naciones Unidas» (Ejecutoria suprema del 3 de febrero de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1449-2003 Apurímac, considerando 4). <https://bit.ly/3Bbx1i9>.



«Cuando el imputado argumentó que su conducta (desviación de fondos) fue por la variación de precios, ampliación de mayores metrados y algunos rubros como transporte rural, no previstos en el expediente técnico aprobado por el Gobierno Regional, que agotaron el presupuesto de la obra, en realidad no connota auténticamente una causa de justificación de la conducta ilícita puesto que la obra estuvo financiada por el Gobierno Regional y, pese a ello, autorizó la utilización del dinero del FONCOMUN, afectando de esta forma el presupuesto de la Municipalidad con un desvío no programado, lo que genera mayor reproche a su conducta» (Ejecutoria suprema del 6 de abril de 2016 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 218-2014 Áncash, considerando 3.3). <https://bit.ly/2ZdgMo9>.



«La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de pruebas idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo legal correspondiente a la parte acusada probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad. No es obstáculo apelar al estado de necesidad justificante cuando concurra provocación imprudente derivada de una ineficiente gestión pública. Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración Municipal —a sus agentes responsables— que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito —pero penalmente atípico— a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro» (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4009-2011 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/3nkgjff>.



Si se afectó el servicio o la función pública por el desvío, se tendrá que analizar si con ello se superó la urgencia de un interés de mayor relevancia que el sacrificado. Ejemplo: desviar los fondos salariales para la adquisición de medicamentos en un hospital ante la carencia de presupuesto o la conversión de los fondos destinado

<sup>(689)</sup> Así también: Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1997, Expediente n.º 2147-1996 Lambayeque.

para la construcción de parques recreativos a la compra de maquinaria para paliar los desastres de un huayco. No importa el perjuicio menor de la entidad afectada si se salvaguardó un interés mayor.

No obra la justificante si es el propio malversador el que produjo la situación de emergencia al desabastecer inicialmente de fondos a la población vulnerable y ahora pretende recurrir con la conversión del destino de otros fondos públicos. De todas maneras procede la imputación por la primera conducta, sea una malversación o un peculado agravado.

2124.  
Legitimi-  
dad oportu-  
na de la  
aplicación  
diferen-  
ciada

Si el malversador procede a la conversión del destino oficial de los bienes, pero una autorización administrativa se anticipa oportunamente y la legitima, no habría el referido delito. La reconducción presupuestal formal y legítima del funcionario responsable elimina la antijuridicidad del malversador y reconduce su conducta a un ejercicio regular de su deber funcionarial<sup>(690)</sup>. Las correcciones presupuestarias posteriores podrían también justificar la conversión del destino si es evidente el error administrativo en el momento de la asignación; pero no debe esto implicar la legitimidad de una conversión de la propia determinación del malversador. Las rectificaciones presupuestarias posteriores que amparan sin sustento las aplicaciones diferenciadas no deben ser consideradas como actos de amnistia o perdón al malversador<sup>(691)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La conducta del procesado deviene en atípica, toda vez que, el cambio de destino de fondos destinados a la cuenta corriente del Hospital hacia el pago de planillas del sector educación, no configura el delito de malversación, por existir una autorización legal y legítima para ello, en tanto y en cuanto se ha señalado que la ley autoritativa fue anterior a la dación de la resolución regional que autorizó el cambio del destino de los fondos —que como causa de justificación existe la orden o autorización legítima, pero esto en realidad supone ya una atipicidad de la conducta, pues tal orden legítima implica un cambio de destino de los bienes—; en ese contexto, no concurren los elementos de tipicidad para la configuración del delito de malversación de fondos, además las autorizaciones formalizadas de los desplazamientos de dinero, otorgados por funcionario competente dentro de los criterios de legalidad y los principios de actuación de la administración pública, le quitan tipicidad al hecho, descartándose de esta manera que la conducta del encausado constituya delito» (Ejecutoria suprema del 1 de junio de 2011 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3697-2009 Piura, considerando 5). <https://bit.ly/3m5pWLW>



## §8. IMPUTACIÓN PERSONAL

2125.  
Obedien-  
cia jerár-  
quica

Si el superior jerárquico comete la malversación asignativa, la orden que dirija al funcionario ejecutor de la disposición definitiva de los bienes públicos lo exculpará de la responsabilidad penal por un condicionamiento de **obediencia jerárquica** al no poder verificar la ilegitimidad de la misma.

<sup>(690)</sup> Cf. GUZMÁN DALBORA en Reyna Alfaro, 2009, p. 544.

<sup>(691)</sup> Vid. CREUS, 1981, p. 321; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 389.

**Jurisprudencia:** «Los encausados, en su calidad de Director de Administración y Director de Economía del Instituto Materno Perinatal, respectivamente, dispusieron el pago en comento, previa coordinación, comunicación y aprobación de la Dirección General, así como de la Dirección General Adjunta del Instituto Materno Perinatal, lo que configura una causal de justificación de dichos desembolsos debido a una situación de Obediencia jerárquica y por ende, no se advierte una conducta dolosa tipificada como de malversación de fondos» (Ejecutoria suprema del 26 de febrero de 2014 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2194-2013 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/2ZgeB2v>



## §9. MALVERSACIÓN AGRAVADA

Se cuenta con tres modalidades agravadas organizadas por la condición especial del sujeto activo o el objeto material: *i)* Cuando el sujeto activo integra una organización criminal o tenga relación con ella, *ii)* Cuando el objeto material es un bien con destino asistencial de valor económico considerable, *iii)* Cuando el objeto material tiene por destino atender urgencias derivadas de situaciones de calamidad o emergencia sanitario o necesidades de defensa y seguridad nacional.

En cuanto a la **primera modalidad agravada**, el fundamento de la agravante se centra en la condición peligrosa del sujeto activo funcional, en cuanto se relaciona con una organización criminal. Dicha relación se describe en tres situaciones alternativas: *i)* ser integrante de una organización criminal, *ii)* estar vinculada a una organización criminal o *iii)* actuar por encargo de una organización criminal. En el primer supuesto, el empleado público integra formalmente el aparato criminal; en el segundo supuesto, hay una integración fáctica a la misma; y, en el tercer supuesto, no tiene vinculación participativa en la estructura organizativa del aparato criminal, pero realiza la malversación por encargo de esta.

La **segunda modalidad agravada** fundamenta la mayor punibilidad de la malversadora por la condición especial del bien público; esto es, la de ser asistencial para la atención de personas en situaciones extrema o de urgencia y que la administración no debe dejar de coberturar por el fin social que debe cumplir. Pero, además, se malversa bienes de una cuantía considerable legalmente cuantificada. Desamparar al sector vulnerable de la población que lo reclama con la conversión de su destino a otros sectores de la administración que no tienen la misma urgencia justifica la agravante.

Téngase en cuenta que la aplicación definitiva diferenciada conlleva una conversión dispositiva a otro destino administrativo que no es el amparo directo a la población vulnerada. Los bienes públicos ya han sido determinados para la atención de la emergencia (**determinación presupuestaria asistencial de los bienes**) y, no obstante, el malversador lo desvía a otros destinos. Dicha determinación debe provenir de la administración y no de otra entidad no gubernamental. Por consiguiente, si las donaciones son asignaciones de estados extranjeros u organismos internacionales,

**2126.**  
Modalidad  
desagravada

**2127.**  
Primera  
modalidad  
agravada

**2128.**  
Segunda  
modalidad  
agravada

**2129.**  
Previa  
determinación  
asistencial  
de los  
bienes

hasta que no se tenga la asignación administrativa de las mismas, no podrá configurarse la malversación.

2130.  
Afectación  
al servicio  
público  
asistencial

Esa conversión de destino puede también entenderse en atender requerimientos desvinculados a la asistencia o apoyo social, pero derivados a necesidades administrativas internas. Ejemplo: cuando los fondos públicos son empleados para pagar los salarios del personal administrativo en vez de invertirlo en la compra de víveres. Nótese que la agravante exige como resultado típico la afectación de un **servicio público** que es la asistencia vivencial de los afectados, lo que impide imputar afectaciones a funciones públicas internas.

2131.  
Limite  
cuántico  
económico  
del bien  
asistencial

Asimismo, no cualquier bien asistencial califica como objeto material de la malversación agravada. Se adiciona a la condición asistencia del objeto material un **límite cuántico económico** en el sentido que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere las diez unidades impositivas tributarias. Dicha valoración económica tiene que ser tasada al momento de la malversación; de no superar dicho límite cuántico, corresponde evaluar el caso en el tipo penal base.

2132.  
Tercera  
modalidad  
agravada

En relación con la **tercera modalidad agravada**, el fundamento de la agravación se encuentra en la utilidad especial de los bienes públicos por cuanto su destino es la atención de situaciones de calamidad o emergencia sanitaria, su disposición o uso para la defensa, seguridad o soberanía nacional. El sujeto activo funcional se aprovecha de las excepcionalidades que podrían darse en la administración o el manejo de los bienes de empleo urgente para hacerlo suyos en vez darle el destino social de emergencia o de seguridad nacional.

## §10. PENA

2133.  
Pena de  
la mal-  
versación  
básica

La pena de la **malversación básica** es triple (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. *ii*) La pena de inhabilitación (accesoria), con el mismo plazo, de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). *iii*) La pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

2134.  
Pena de la  
malversa-  
ción agra-  
vada

La pena de la **malversación agravada** es triple (conjunta): *i*) La pena de privación de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. *ii*) La pena de inhabilitación (accesoria), con el mismo plazo, de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular) y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; además de la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). *iii*) La pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

## **CUARTA LECTURA**

**García Navarro, E. (2022).** Tráfico de influencias. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1502-1595.

En la labor de representatividad de las pretensiones ante los funcionarios públicos de decisiones jurisdiccionales o administrativas, existe un mercado relacionado a la explotación o la utilización corrupta de influencias funcionariales que superan la práctica social permitida de las entrevistas o las exposiciones permitidas de los ciudadanos frente a los funcionarios de decisión. Este es el contexto en el que se desarrolla el presente delito.





Edward García Navarro

Tomo II

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Delitos contra  
la Administración  
Pública cometidos  
por funcionarios  
y servidores públicos



INSTITUTO  
DE ESTUDIOS  
JURÍDICOS



EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL



Delitos contra la  
Administración Pública  
cometidos por funcionarios  
y servidores públicos

Tomo II



IUSTITIA

Primera edición: abril de 2022.

© 2022, Derecho Penal - Parte Especial - Tomo II

© 2022, Edward García Navarro

© 2022, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima  
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

Composición e Impresión

Editora Grijley E. J. R. L.  
Jr. Azángaro 1075, Lima  
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

Diseño y diagramación

Libia Huamali Sánchez

Tiraje: 1.000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 202201700  
Registro del Proyecto Editorial: 31501012200122  
ISBN: 978-612-4362-37-8

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822  
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total  
o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

## TRÁFICO DE INFLUENCIAS

(Artículo 400, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Naturaleza delictiva. §3. Antecedentes. §4. Clasificaciones. §5. Descripción, fuentes y antecedentes legales. §6. Bien jurídico protegido. §7. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §8. Imputación subjetiva. §9. Ampliación de la imputación. 9.1. Consumación y tentativa. 9.2. Autoría y participación. 9.3. Concurso de imputaciones. §10. Justificación. §11. Imputación personal. §12. Pena.

### §1. GENERALIDADES.

3127.  
Ámbito del  
tráfico de  
influencias

En la labor de representatividad de las pretensiones ante los funcionarios públicos de decisiones jurisdiccionales o administrativas existe un mercado relacionado a la explotación o la utilización corrupta de influencias funcionariales que superan la práctica social permitida de las entrevistas o las exposiciones permitidas de los ciudadanos frente a los funcionarios de decisión. Terceras personas se anticipan a todo comunicado corruptivo y recurren a los particulares interesados a ofrecer sus influencias o relaciones de prevalimiento frente a los funcionarios de decisión. Así, estos brindan su servicio de crear o fortalecer la línea comunicativa del mensaje corruptor que espera el particular interesado sea recepcionada y ejecutada por el empleado público. Este es el contexto en el que se desarrolla el presente delito.

Pero, el tráfico de influencias tiene una variedad de esquemas y modelos delictivos. Establecer cual es el modelo asumido por el legislador nacional nos permitirá no solo comprender la tendencia político-criminal asumida para combatirla como expresión de la corrupción, sino también los alcances dogmáticos aplicados en su casuística. A lo que nos interesa, por lo pronto, es enfocarnos al momento preliminar formativo a todo comunicado corruptivo, en donde los *extranei* como el particular interesado y el traficante de influencias se ponen de acuerdo en que el segundo pro-



cederá a asumir —bajo su responsabilidad— el traslado comunicativo del mensaje corruptor al empleado público determinado recurriendo a las influencias que ostenta. El meollo del delito se enfoca en la predisposición del traficante en ejercer el convencimiento de la imposición del interés del particular interesado en los actos de decisión del empleado público por medio de sus influencias.

En este panorama criminal, se han establecido varias denominaciones a la presente figura. La denominación romanista es la de **venta de humo** que se relaciona con el ofrecimiento y la aceptación de influencias simuladas o inexistentes. Otra es la influencia jactanciosa o **atribución de influencias** (*millantato crédito*) de los penalistas italianos, en el que se busca abarcar toda forma de influencia (real o simulada). También se le ha atribuido el *nombre* de **explotación del prestigio** a fin de resaltar el abuso ejercido por los traficantes en el empleo desmedido del prestigio o la reputación de las autoridades para conseguir sus propios beneficios. Por último —y de empleo mayoritario— se tiene al **tráfico de influencias**<sup>(602)</sup> (asimilado también a venta de influencias) que se acopla al instante de las tratativas y las propuestas por la labor de intermediación mediante influencias, esto es, la negociación dada entre el particular interesado y el traficante para que este último ejecute la representatividad de los intereses del particular interesado. Se considera la denominación más ajustada a un esquema de definiciones sobre el inicio de la actividad del traficante<sup>(603)</sup>.

Podría decirse que el tráfico de influencia tendría su lugar dentro de los **delitos de corrupción** si es que el empleado público pone a disposición sus actos de decisión y se beneficia o se proyecta a beneficiarse a través del patrimonio del particular interesado o del traficante de influencias. Pero, si se criminaliza el tráfico de influencias en una etapa formativa, en la que no tiene intervención alguna el empleado público, no habría razón alguna para considerarlo propiamente un delito de corrupción. Un tráfico de influencias en etapa de ejecución o realización de la labor de representatividad es indiscutiblemente una figura de corrupción; en cambio, el legislador peruano se ha detenido en dicho estadio y pone en duda si lo que criminalizó constituye o no una corrupción. ¿Una coordinación entre privados, sin el mínimo conocimiento por parte del empleado público sobre ello, tendría que considerarse una corrupción?

**Jurisprudencia:** «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» (Sentencia del 26 de abril de 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de Lima, Expediente n.º 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, considerando 8.1). <https://bit.ly/3HaTvV5>



(602) También podemos atildarla como la venta de influencias, ya que la descripción legal del delito siempre nos lleva a un negocio perfeccionado.

(603) Así lo consideran: CUGAT MAURI en Álvarez García III, 2013, p. 483; CUGAT MAURI en Córdoba Roda/García Arán II, 2004, p. 2052; CRESPO BARQUERO en Serrano Buitraguano, 1999, p. 1709; ROMERO DE TEJADA en Cuadernos de Derecho Local n.º 24, 2010, p. 70.

3128.  
Denominaciones

3129.  
¿Es una forma de corrupción?

En principio, técnicamente no correspondería darle tal rango; sin embargo, excepcionalmente se hace una proyección del tráfico de influencias como delito de corrupción, al ser formativo o reforzador de delitos graves de corrupción tradicionales como el cohecho. Por lo pronto, en las recomendaciones internacionales (v. gr. artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) se afirma al tráfico de influencias (en etapa de ofrecimiento o venta) como una forma de corrupción.

3130.  
Corrupción  
excepcional

Podríamos considerarlo una **corrupción extensiva o excepcional** y, en vista de ello, novedosa. Se elástica los alcances de la corrupción a situaciones no previstas para ella. La extensión de las barreras de punición nos lleva a la preparación a los actos de cohecho o el empleo desviado del acto de función a los intereses del particular interesado. El sentido político-criminal que tendría que rescatarse de ella estaría en su **potencialidad formativa de profesionales** o habituales a la intromisión de los ámbitos neutrales decisorios de la Administración Pública. Es una lucha a la génesis del profesionalismo hacia la corrupción. Nótese que se está criminalizado a quien ofrece su dominio, sin ser particular interesado, en el traslado comunicativo del mensaje corruptor o el convencimiento de su aceptación por parte del empleado público. Es claro que esa finalidad política se encuentra desligada de toda legitimidad punitiva.

3131.  
Modelo de  
tráfico de  
influencias  
recomen-  
dable

Por nuestra parte, somos críticos a dicha excepcionalidad. Esto no quiere decir que seamos contrarios a las recomendaciones internacionales, sino que debemos reforzar su justificación dogmática para, con ello, legitimar la intervención del poder penal y no dejarnos convencer con el facilismo represivo de una política populista antes que racional. Esto se podría conseguir si reconducimos los alcances del tráfico de influencias a la **etapa de ejecución** de las labores de intermediación del traficante frente al empleado público, lo que es más cercana a la vulneración al objeto funcional de protección<sup>(604)</sup>; y puede equipararse a un proceso comunicativo corruptivo, debido a que la labor del traficante ya impacta al proceso formativo del acto de función de decisión. La ejecución de las influencias consigue darle a la figura penal legitimidad represora, ya que pone en riesgo considerable a la neutralidad decisoria funcional sometiendo a las comunicaciones corruptas entre el traficante y el empleado público, lo que no sucede con un tráfico de influencias de etapas previas.

3132.  
¿Figura  
penal  
dependiente?

Ahora, cabe analizar si estamos ante un delito autónomo o dependiente de otras formas de corrupción. Si optamos por la **dependencia delictiva**, tendría que sostener que el tráfico de influencias requerirá complementarse o definirse con los elementos típicos de otros delitos de corrupción como, por ejemplo, el cohecho. En tal sentido, el tráfico de influencias resultaría un delito facilitador, de proyección o impulso.

(604) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1769; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 526.



Es cierto que el tráfico de influencia es el antecedente o el acto previo al cohecho<sup>(605)</sup>; ya que, no es que tenga similar estructura, sino que intervendrá el tráfico de influencias con anticipación para formar o impulsar al cohecho. Se diría que el tráfico de influencias ocurre en base a la configuración necesaria del cohecho o se trafica siempre que se encargue viabilizar un cohecho<sup>(606)</sup>. Pero no quiere decir que, mientras que no suceda el cohecho, no podría hablarse de tráfico de influencias. Es cierto que entre ambos delitos hay una coincidencia de objetivos que es la concreción del acto de función pretendido; y, por ello, se sostenga su cercanía entre ellos<sup>(607)</sup>.

Pero no es que tengamos que admitir en todos los casos una relación de subsidiariedad residual o dependencia, en cuanto el tráfico de influencias sea la figura de cajón de sastre. Se ha indicado que el tráfico de influencias es «un refugio al que acudir cuando no sea posible probar la concurrencia de todos los elementos típicos de estos otros delitos de corrupción con mayor arraigo histórico»<sup>(608)</sup>. Esto sucedería si es que existe un tercero traficante de por medio y el empleado público desconozca de las coordinaciones de los *extranei*<sup>(609)</sup>; pero, mientras que el particular interesado no pueda completar o perfeccionar el proceso comunicativo corruptivo, no tendría cabida un tráfico de influencias.

El tráfico de influencias es un **delito autónomo** por esa excepcionalidad criminalizadora como forma de corrupción. Describimos a un tráfico de influencias como modelo de reforzamiento preventivo general para evitar la formación o la consolidación de un proceso comunicativo corruptivo. Su configuración dogmática no depende de otros delitos como el cohecho<sup>(610)</sup>. Si la opción político-criminal es la de criminalizar la etapa de ofrecimiento o la negociación de las labores que ejercerá el traficante de influencias, es evidente que se está tipificando una **etapa preparatoria**<sup>(611)</sup> o muy antelada de un cohecho o de una comunicación corrupta.

(605) *Cf.* MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 121; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 523; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 117; REAÑO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, p. 292; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 978; NÚÑEZ PÉREZ en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 26, 2011, p. 14; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 124.

(606) *Vid.* LANGON CUÑARRO, 2017, p. 153.

(607) *Cf.* SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 792; FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1144; DONNA, 2002, p. 229; GONZÁLEZ en *Bárcarce II*, 2014, p. 231; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 891.

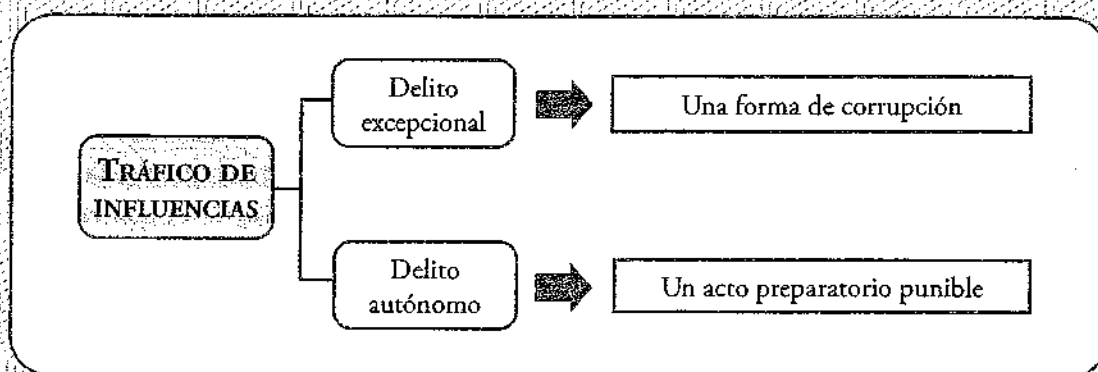
(608) MUÑOZ LORENTE en *Eunomía* n.º 4, 2013, p. 77.

(609) *Cf.* MUÑOZ LORENTE en *Eunomía* n.º 4, 2013, p. 77; OSSANDÓN WIDOW en *Revista de Derecho* n.º 10, 2003, p. 164; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 364; BALMACEDA HOYOS, 2018, p. 658; RODRÍGUEZ en *Reale Junior*, 2017, p. 975.

(610) *Vid.* ABOSO, 2018, p. 1381; CLEMENTE/RÍOS, 2011, p. 97; CANCHO ALARCÓN en *Cancho Alarcón*, 2014, p. 281.

(611) *Cf.* MUÑOZ CONDE, 2015, p. 886; ORTIZ BERENGUER en *Vives Antón et al.*, 1999, p. 766; MORILLAS CUEVA en *Cobo Del Rosal*, 2000, p. 821; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en *Quintero Olivares*, 2017, p. 1769; MIR PUIG, 2000, p. 273; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana* n.º 7, 2004, p. 174;

Recurrir a la criminalización de una etapa preparatoria ha merecido fuertes críticas. Así, se ha señalado que «se achaca a este tipo de delictivo un excesivo adelantamiento de las barreras de intervención penal y todos los vicios jurídicos que a ello se asocian, como el formalismo de la infracción y la quiebra de principios básicos como la *ultima ratio* o fragmentariedad del Derecho penal, que aconsejan otro tipo de intervenciones preventivas»<sup>(612)</sup>. Entonces, esta excepcionalidad que concede la ley penal al tratamiento punitivo del tráfico de influencias responde exclusivamente a criterios político represores del poder penal frente al fenómeno de la corrupción. Esto nos permite resaltar el sentido simbólico o apaciguador del legislador para las exigencias sancionadoras de la colectividad, dejando otra vez de lado los principios penales



## §2. NATURALEZA DELICTIVA

3134.  
Como delito contra el honor

Desde una concepción tradicional se ha entendido que el tráfico de influencias es una especie de **injuria** al funcionario público, puesto que la labor del traficante de influencias radica en ofender el buen nombre de los empleados públicos, haciéndolos pasar como corruptos o corruptibles. Es en el ámbito de la negociación que entre el traficante y el particular interesado se manifiesta la calidad corrupta o corruptible del empleado público; en ese instante, lo que sucede es una afrenta a su reputación. Entonces, el tráfico de influencias no es más que un delito contra el honor a los funcionarios de decisión. También podría ser catalogado como un atentado funcional

MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 726; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomeñe Seijas, 2019, p. 206; ECHEVARRÍA, 2019, p. 156; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaíno, 2019, p. 2055; CARBONA TORRES, 2010, p. 514; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 93; MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 81; ROMERO DE TEJADA en Cuadernos de Derecho Local n.º 24, 2010, p. 70; LOMBANA VILLALBA, 2013, p. 208; RODRÍGUEZ en Reale Junior, 2017, p. 976; GARCÍA CANTIZANO en Actualidad Jurídica n.º 88, 2001, p. 61; REANO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 27; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 523; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 978; NÚÑEZ PÉREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 14; PAZ PANDURO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 86, 2016, p. 111; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 280; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 124.

<sup>(612)</sup> CUGAT MAURI en Álvarez García III, 2013, p. 484. *Vid.* VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomeñe Seijas, 2019, p. 216.

dirigido a la honorabilidad del funcionario público y, por consiguiente, al aparato administrativo que representa. Sin embargo, esta naturaleza delictiva la aleja de su familiaridad con las formas de corrupción y circunscribe su antijuridicidad a una afectación personalísima antes que institucional.

Entre los que sostiene dicha naturaleza delictiva, SILVIO RANIERI ha considerado que «una de las más graves ofensas que puede dirigirse a la administración pública es la que consiste en rodear de descrédito a las personas adscritas a sus órganos, haciendo creer, con provecho propio o para otros, que es necesario dar dinero u otra cosa útil para inducirlas a cumplir los deberes de su cargo o para remunerarlas»<sup>(613)</sup>. Asimismo, VICENZO MANZINI sostiene que estamos ante «uno de los más viles y odiosos delitos, no solo porque promueve el descrédito de los órganos públicos en general, sino porque a menudo atacan a traición al honor de caballeros, que permanecen ajenos, por lo menos durante cierto tiempo, a la torpe especulación que el bribón ha hecho sirviéndose de su nombre»<sup>(614)</sup>.

Por otra parte, desde la perspectiva victimológica, se ha estimado que el presente delito podría ser considerado una modalidad calificada de la **estafa** o la **defraudación**, cuando el traficante recurre a la simulación de influencias; lo que excluye toda posibilidad de concurso delictivo<sup>(615)</sup>. La calificación del delito obedece al pretendido engaño que recurre el traficante de influencias para conseguir un beneficio patrimonial indebido invocando influencias inexistentes sobre un empleado público corrupto o corruptible. Es una específica inducción a error ya que se emplea como medio fraudulento las influencias supuestas funcionariales en un ámbito de negociación de objeto ilícito. La consecuencia es la impunidad del particular interesado por ser víctima de la inducción a error del traficante<sup>(616)</sup>.

Si bien se atribuye la naturaleza delictiva al tráfico de influencias simuladas, de todas formas se objeta que sea una estafa, puesto que es la propia víctima quien asume su propio riesgo (autopuesta en peligro) al exponerse a una negociación peligrosa en la que pondría en riesgo su propio patrimonio al saber sobre la ilicitud de su pretensión. Además, el tráfico de influencias no exige ninguna disponibilidad o perjuicio patrimonial como elemento típico como sí se nota en la estafa.

Hemos descrito que el tráfico de influencias es un delito autónomo y excepcional de la corrupción. Por consiguiente, no puede ser asimilado a los modelos antes desatrollados. Tenemos el problema de no configurarlo en un delito funcional porque

**3135.**  
Como delito de estafa

**3136.**  
Un delito sui generis: un contrato de servicio ilegal

(613) RANIERI III, 1955, p. 381.

(614) MANZINI 9.IV, 1961, p. 250.

(615) Así lo consideran: MAGGIORE III, 1955, p. 280; ANTOLISEI II, 1960, p. 687; FRAGOSO II, 1986, p. 467; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 360; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 218; RODRÍGUEZ en Reale Junior, 2017, p. 975; SILVA, 1973, p. 459; CHIOSSONE, 1972, p. 529. Vid. MANZINI 9.IV, 1961, p. 250; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 71.

(616) Cf. MAGGIORE III, 1955, pp. 280-281; CHIOSSONE, 1972, p. 529.

no intervienen empleados públicos, salvo su forma agravada. Entonces, tenemos que remitirnos a su naturaleza negociadora, esto es, afirmar que el tráfico de influencias es una especie de **contrato de servicio corruptivo**<sup>(617)</sup> en el que el particular interesado traslada el dominio del comunicado y la accesibilidad del mensaje corruptor a un tercero por tener el medio idóneo para conseguirlo (sus influencias). Es un contrato en el que se definirá la ejecución posterior de la conducta de intermediación del traficante. En ese contexto de negocio, lo que sucede es un **delito de manifestación o expresión**, ya que las partes se limitan a proponer y acordar sus pretensiones en cuanto a la comunicación del mensaje corruptor: una pedirá el traslado el mensaje corruptor (particular interesado) y la otra solicitará la compensación a cambio de sus influencias para dicha labor (traficante de influencias).

Es también el parecer de algunos penalistas. PEDRO CRESPO BARQUERO sostiene que «se describe un comportamiento que efectivamente supone el comercio con la capacidad de determinar las decisiones ajenas»<sup>(618)</sup>. Por su parte, MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW indica que «traficar consiste en una actividad de intercambio entre dos partes, cada una de las cuales resulta beneficiada directa o indirectamente. En lo que ahora interesa, el objeto central de este intercambio es una influencia, esto es, la posición de predominio o posición favorable que tiene una persona en relación con determinados centros de decisión, que es ejercida para incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario a adoptar una decisión»<sup>(619)</sup>. FRANCISCO JOSÉ FERREIRA DELGADO afirma que «solamente el acuerdo de dos personas los agota: el vendedor de influencias y el comprador de la función se pondrán de acuerdo en un precio sobre lo que el interesado pretende, que es el favor de empleado oficial ante quien influirá el traficante. Y este acordará con el interesado su influencia ante el empleado oficial para que este haga real ese beneficio al interesado que lo paga»<sup>(620)</sup>.

3137.  
Formas perfectas e imperfectas

Ahora bien, podríamos encontrarnos ante dos formas genéricas de tráficos de influencias referentes al desarrollo de la negociación. Hay un **tráfico de influencias imperfecto** si solo se logra la manifestación de las pretensiones (formas activas) sin conseguir el acuerdo para la labor traslativa del mensaje corruptor o no se llega a este por la disconformidad de uno de ellos. Hay un **tráfico de influencias perfecto** si el traficante y el particular interesado consiguen el acuerdo o se aceptan las pretensiones

(617) También lo asimilan a un pacto, negocio o acuerdo: TAZZA III, 2018, p. 234; ABOSO, 2018, p. 1381; CLEMENTE/RÍOS, 2011, p. 100; MARÍN, 2008, pp. 788-789; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 892; CAIROLI MARTÍNEZ II, 2018, p. 1232; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 116; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 124; BALTAZAR JUNIOR, 2017, pp. 344-345; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 676; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 977; NÚÑEZ PÉREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 14; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 124.

(618) CRESPO BARQUERO en Scitano-Buitragueño, 1999, p. 1709.

(619) OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 162; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 362.

(620) FERREIRA DELGADO, 1995, p. 116.

por la labor traslativa del mensaje corruptor (formas pasivas). Como veremos *infra*, la fórmula penal nacional presenta un tráfico de influencias perfecto, tanto en sus formas activas como pasivas.

Pero, cómo saber si estamos ante un tráfico de influencias o una especie de participación de un cohecho. En un proceso comunicativo corruptivo, el tercero intermediario realiza una labor meramente traslativa del mensaje corruptor. Sin embargo, pueden concurrir otros que no se limitan a ello, sino que van más allá y son propulsores o responsables de la formación o fortalecimiento de un proceso comunicativo corruptor. Es bajo su responsabilidad que existe el acercamiento o el perfeccionamiento de la comunicación entre los agentes de la corrupción porque así se ha precisado como objeto del contrato corruptivo sostenido entre el traficante y el particular interesado. Entonces, este tercero deja de ser un mero intermediario para convertirse en un hacedor de comunicaciones corruptas, traficando sus propias influencias, facilitadoras a la comunicación entre particulares interesados y empleados públicos.

Así, el tráfico de influencias como contrato de servicio corruptivo frente a un proceso comunicativo corruptivo tiene delimitado en su objeto el cumplimiento de los roles formativos o reforzadores. El **rol formativo** deviene cuando entre los agentes de la corrupción no acontece el comunicado corruptivo; entonces, aparece el traficante de influencia que se aprovecha de su vinculación con el empleado público e impulsa el comunicado corruptivo a pedido del particular interesado. El éxito del proceso comunicativo corruptivo dependerá del tráfico de influencias, por consiguiente, hay dos planos paralelos, en donde el primero (traficante-empleado público) es dinámico y decisorio en la admisibilidad del mensaje corruptor y el segundo (particular interesado-empleado público) es estático y dependiente al primero.

El **rol reforzador** ocurre ante la existencia de un proceso comunicativo corruptivo inefectivo o insostenible, en el que el traficante de influencia interviene para fortalecer la relación corrupta entre el particular interesado y el empleado público. Reestablecerá el comunicado reiterando o mejorando el mensaje corruptor, aprovechando sus propias influencias. El rol del traficante de influencias reside en facilitar la admisibilidad de un mensaje corruptor ya emitido. En este caso se aprecian dos planos paralelos, en el que el primero (traficante-empleado público) es dinámico y reforzador en la admisibilidad del mensaje corruptor; y el segundo (particular interesado-empleado público) es dinámico, pero dependiente del primero.

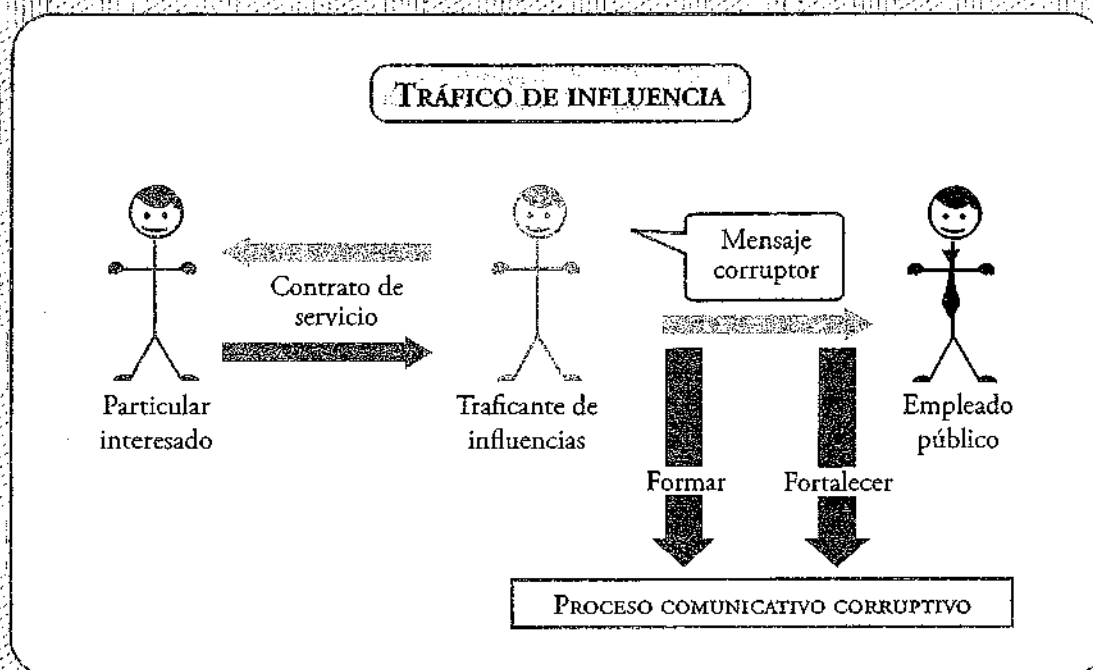
Consideramos que el traficante de influencias interviene reemplazando al particular interesado (representación corrupta) en el cometido de conseguir la admisibilidad del mensaje corruptor, empleando para ello su vinculación, favoritismo o accesibilidad con el empleado público que no le tiene el particular interesado. Por tal motivo, el particular interesado recurre a él y le compensa por su labor facilitadora. He aquí el fundamento contractual del presente delito. Es por las influencias

**3138.**  
Identificación del tráfico de influencias

**3139.**  
Los roles del tráfico de influencias

**3140.**  
Representación corrupta

que el traficante puede superar los obstáculos que tiene el particular interesado para conseguir la aceptación de su mensaje corruptor. Ahora bien, las redacciones tipológicas del presente delito son en el esquema particular interesado/traficante de influencias; pero, nada impide que se invierta el esquema, ya que, ante todo, el rol del traficante conlleva a la accesibilidad de los mensajes corruptores entre los agentes de la corrupción.



3141.  
a influen-  
cia y el  
soborno

Pero, ¿el traficante de influencias tiene que valerse del soborno para vencer al empleado público de la accesibilidad de lo pretendido por el particular interesado? Las **influencias** es la herramienta central que tiene el traficante para conseguir la comunicación corrupta con el empleado público. Estas viabilizan una comunicación libre sobre el acto de función pretendido. Ahora bien, no en todos los casos necesitará del soborno personal como elemento reforzador del convencimiento, puesto que el favor conseguido no siempre es compensado. En esos casos, ¿el traficante comunica un mensaje corruptor? Consideramos que sí, su labor se sujeta a su traslado y accesibilidad, asumiendo la posición del particular interesado, en el que se comunica el acto de función pretendido y el soborno podrá ser un influjo directo (beneficio inmediato al empleado público) o indirecto (beneficio a un tercero vinculado por el prevalimiento, esto es, el traficante de influencias) en el convencimiento al empleado público.

3142.  
Trata-  
miento  
dogmático  
del trafi-  
cante

Esto nos lleva a sostener que el **tratamiento dogmático del traficante de influencias** no puede hallarse en el mismo título de imputación del cohechador o el cohechado. De ser así, estaríamos ante sujetos que tienen el dominio compartido del proceso comunicativo corruptivo, cuando el traficante no tiene por finalidad el

soborno (que es para el empleado público), menos el acto de función (que es para el particular interesado). Tampoco puede ser considerado un partícipe, ya que asume el control del desarrollo formativo de la comunicación corruptiva, mas no una intervención meramente contributiva. Esto impulsa a la criminalización autónoma de la intervención del traficante de influencias.

Ahora bien, las etapas en las que opera el traficante de influencias son tres: ofrecimiento o venta, ejecución y resultado. En una **etapa de ofrecimiento o venta**, el traficante de influencias ejerce la labor de intermediación que consiste en impulsar o reforzar una comunicación corruptiva. Es el traficante quien asume la iniciativa para la labor de influencia, ya sea por propia decisión (ofrece sus servicios) o a pedido del particular interesado (piden sus servicios). Se desarrolla una negociación entre el particular interesado y el traficante de influencias a efectos de definir la representatividad para el impulso de un proceso comunicativo corruptivo.

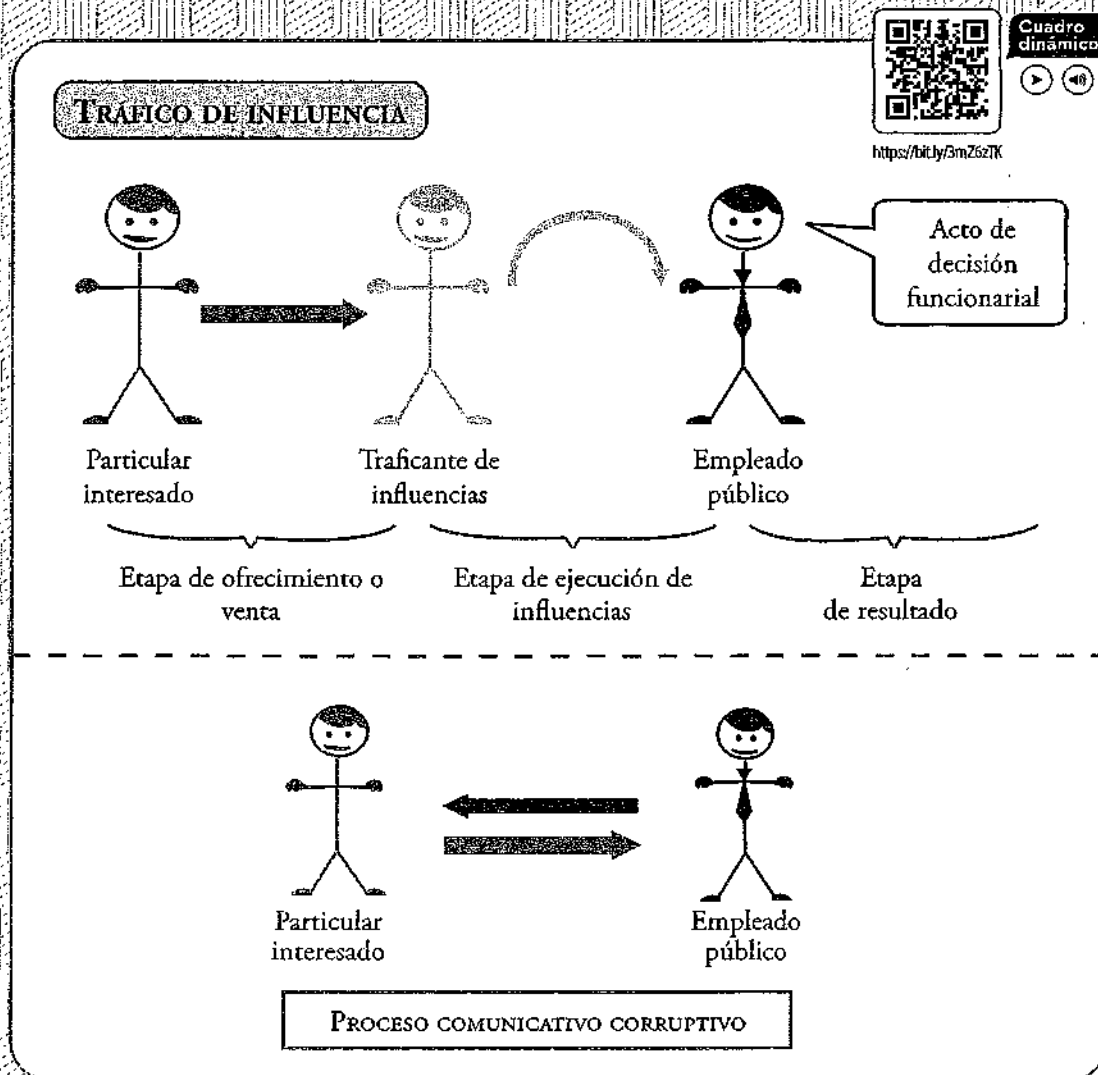
3143.  
Etapas de  
la influenc

Nótese que es posible que se encomiende el traslado del mensaje corruptor al traficante de influencia, quedando el particular interesado desvinculado del dominio de su comunicabilidad al empleado público; salvo que paralelamente ejerza por su parte el comunicado corruptor. Esto sucederá si es que el traficante de influencia recurre al soborno como herramienta reforzadora en su labor de influencia. Entre el traficante y el particular interesado no se puede hablar de un mensaje corruptor, sino de comunicados preparatorios a este. Recuérdese que no siempre el traficante de influencia puede optar por trasladar el beneficio al empleado público bastándole su relación de cercanía o de influencia.

También opera en una **etapa ejecutiva** por lo establecido en la venta o simplemente realizadora de la influencia, la misma que es paralela al proceso comunicativo corruptivo, en el que el traficante ejecuta su influencia y trata de convencer al empleado público de someterse a lo pretendido por el particular interesado y conseguir el acto de función esperado. En este caso, el comunicado corruptivo sucede con el traficante de influencia y el empleado público. Adviértase que no es un mero comunicador del mensaje corruptor, sino que asume la labor de convencimiento, sea a título propio o en nombre del particular interesado. Es un agente contaminante que asume la labor quebrantadora de la neutralidad administrativa del empleado público al invadir su ámbito de toma de decisiones.

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar un tercer momento que lo consideramos la **etapa de resultado**, en la cual el traficante de influencias consigue que el empleado público ejecute el acto de función pretendido por el particular interesado y se involucra este en el tráfico de influencias.

Es mayoritaria la legislación penal que criminaliza la etapa de ofrecimiento o venta del tráfico de influencias como cometido preventivo general o adelantamiento de las barreras de punición; aun cuando tiene mayor legitimidad represiva la tipificación de la etapa ejecutiva del tráfico de influencias.



### §3. ANTECEDENTES

3144.

En el Imperio romano

El origen del tráfico de influencias se encuentran en el **Imperio romano**, en donde era conocido como *venditio fumi* (venta de humo) y el término *fumus* daba el sentido simbólico de la jactancia del prestigio que ostentaba el facilitador corruptor. Es conocido el episodio ocurrido en 228 d.C cuando el emperador ALEJANDRO SEVERO condenó a muerte por hoguera a VETRONIO TURINO, luego de enterarse que este hacía mercado con jactancias falsas sobre su influyente poder imperial. Al charlatán VETRONIO se le ató a un poste con paja húmeda y leña verde alrededor y se le prendió fuego. En esos momentos, un heraldo gritaba a los presentes que observaban el castigo: «*Fumo punitur, qui fumum vendidit*» (se pune con humo, a quien humo vendía)<sup>(621)</sup>. He aquí la génesis de su vieja denominación.

(621) Cf. MANZINI 9.IV. 1961, pp. 247-248. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4036; FRAGOSO II, 1986, p. 466; PIERANGELI 2, 2007, p. 893.



Adviértase que el inicio del presente delito se vincula con un tráfico de influencias simuladas en cuanto se entendía que el infractor penal era un mero difusor de relaciones inexistentes con las autoridades que, a la vez, conjugaba con su papel de defraudador a los intereses patrimoniales de sus víctimas.

En la **Edad Media** se les denominaba asiduos (favoritos) o sicofantes (mentirosos) a quienes, abusando de la familiaridad que tienen con las autoridades o simulando tenerlo, van comercializando favores de esas jactanciosas influencias<sup>(622)</sup>. Hallamos el origen del estudio doctrinal del presente delito en el antiguo Derecho italiano (Derecho de Intermedios)<sup>(623)</sup>. Los glosadores y los juristas italianos (*u. gr.* FARINCIUS, MENOCHIUS, CREMANI) lo identificaron como una forma de **injuria** contra los magistrados<sup>(624)</sup>, por el empleo comercial y no autorizado de su nombre. El tráfico de influencias era considerado una afrenta delictiva a la reputación de los jueces<sup>(625)</sup>.

**3145.**  
En la  
Edad  
Media

En la **legislación penal moderna**, encontramos la fórmula pionera del tráfico de influencias como un delito autónomo en el artículo 206<sup>(626)</sup> del **Código Penal para el Reino de las Dos Sicilias de 1819**. A partir de este, el tráfico de influencias se denominó **atribución de influencia** (*millantato credito*) y se ubicó en el rubro de las conductas abusivas de los abogados y los defensores abusos funcionariales (Sección II «*De los que intervienen en el negocio como abogados o defensores*»; Capítulo IV «*De los abusos de la autoridad pública*»). Se criminaliza la conducta del particular abogado o defensor cuya influencia o crédito estriba en ser el único inductor de un empleado público (sin distinción) para cualquier acto de su cargo a cambio de un precio.

**3146.**  
En el  
Derecho  
Penal  
Italiano

Esta concepción delictiva es asumida en otras codificaciones de los reinos italianos. Así, observamos en el artículo 200<sup>(627)</sup> del **Código Penal Toscano de 1853** (Capítulo IV «*Del delito de los causadores, y de quienes inician su actividad como*

<sup>(622)</sup> Cfr. CARRARA V.7, 1980, pp. 135-136. *Vid.* MAGGIORE III, 1955, pp. 279-280.

<sup>(623)</sup> Cfr. MANZINI 9.IV, 1961, p. 248.

<sup>(624)</sup> En cambio, se ha dicho que el tratamiento punitivo del tráfico de influencias proviene desde el Derecho romano. Para ello se cita la siguiente máxima de PAPIANUS recogido en el Digesto: «*El que dio dinero porque se pronunciase sentencia a su favor, y por esto el presidente le mandase azotar con varas, parece que fue condenado por la acción de injuria. También parece que cometió injuria el que pronunció sentencia por interés*» (Ley 15.30, Título X, Libro XLVII). Cfr. MANZINI 9.IV, 1961, p. 248; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4037.

<sup>(625)</sup> Cfr. CARMIGNANI, 1979, p. 345; MANZINI 9.IV, 1961, p. 248. *Vid.* FRAGOSO II, 1986, p. 466; PIERANGELI 2, 2007, p. 893; BITENCOURT 5, 2019, p. 234; PRADO 3, 2019, p. 420; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 995.

<sup>(626)</sup> «*Quienquiera que venda tal crédito o influencia ante un oficial público o empleado, que haga creer que dependen de él el inducirlo a favor de una o de la otra parte, y ponga a precio dicho favor, por un acto cualquiera de su cargo*».

<sup>(627)</sup> «*Quienquiera que, atribuyéndose crédito o adherencia con un empleado público, percibe dolosamente dinero u otra cosa, como incitación o recompense de su propia mediación ante él, o con el pretexto de tener que comprar de él deseado favor, o de tenerse lo que remunerar, queda sujeto, como vendedor de humos*».

*procuradores*»; Título III «*Del delito contra la administración del Estado*») y el artículo 313<sup>(628)</sup> del **Código Penal Sardo de 1859** (Capítulo IV «*De los abusos de los abogados o de los causadores en el ejercicio de su ministerio, y de quienes inician sus actividades como procuradores o defensores*»; Título III «*De los delitos contra la administración pública*»). En estos códigos el tráfico de influencia ya se tipificaba entre los delitos funcionariales.

El **Código Penal italiano de 1889** (Código de ZANARDELLI) (Capítulo X «*De la atribución de influencias acerca de empleados públicos*»; Título III «*Del delito contra la administración pública*») recibe la influencia de las codificaciones anteriores, y nos presenta en su artículo 204<sup>(629)</sup> un delito de atribución de influencias con un modelo de delito de dominio, es decir, que puede ser cometido por cualquier particular (sea o no abogado o defensor) o cualquier funcionario público (que no tiene vinculación con el acto de función pretendido). La atribución de influencia es el acto medial o facilitador y las conductas típicas consisten en recibir, hacer dar y prometer un dinero u otra utilidad como contraprestación por la labor intermediadora.

El modelo italiano criminaliza al delito en la etapa de ofrecimiento (no requiere la ejecución de la mediación) reprimiendo la conducta del traficante de influencias. Sistematiza sus modalidades —con penas diferenciadas— conforme al **sentido de la compensación indebida**, o simplemente por la labor mediadora del traficante de influencias o como pretexto de un soborno entregable al empleado público que se tiene la influencia.

Este modelo es recepcionado en el artículo 346<sup>(630)</sup> del **Código Penal italiano de 1930** (Código de Rocco), con la precisión de la distinción punitiva conforme la contraprestación percibida por el traficante de influencias se deba a su labor mediadora o sea el pretexto para la compra del favor del empleado público. El legislador italiano reubica esta figura dentro del grupo de los delitos comunes contra la Administración Pública (Capítulo II «*De los delitos de los privados contra la Administración Pública*»; Título II «*De los delitos contra la Administración Pública*»).

3147.  
En el Dere-  
cho Penal  
español

En España, el tráfico de influencias se incorpora al catálogo de deliro con el **Código Penal de 1928** (Código CUELLO CALON/PONTE/SALDAÑA) con la novedad de incluirlo dentro de las formas de cohecho (Capítulo X «*Cohechos*»; Título V «*Delitos de los fun-*

<sup>(628)</sup> «*Quien, atribuyéndose créditos o influencia con un oficial público o empleado, finge falsamente que lo ha corrompido o se lo ha ganado con dinero o regalos o con promesas.*»

<sup>(629)</sup> «*Quienquiera que, atribuyéndose crédito o adherencias con un miembro del Parlamento o de un empleado público, recibe o hace dar o prometer, a sí o a otro, dinero u otra utilidad, como estímulo o recompensa de la propia mediación con estos, o con el pretexto de tener que comprar el favor o tener que remunerarlo (...). Si el culpable fuere un funcionario público (...).*»

<sup>(630)</sup> «*Quienquiera que, atribuyéndose influencia acerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público, recibe o hace dar o prometer, así o a otros, dinero u otra utilidad como precio de su mediación ante el oficial público o el empleado público (...). La pena será (...) si el culpable recibe o hace dar o prometer, a sí o a otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de tener que comprar el favor de un oficial o empleado público, o de tener que remunerarles.*»

cionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos»). En su artículo 426<sup>(631)</sup> es notable la influencia italiana del Código Penal de 1889<sup>(632)</sup>, pero también se rescata la diferenciación punitiva si la recompensa se corresponde por la labor mediadora del traficante de influencias o por ser el soborno para corromper al funcionario público.

El delito en estudio se incorpora en el **Código Penal de 1973** con la Ley orgánica n.º 9 del 22 de marzo de 1991. La doctrina española de entonces advertía la imposibilidad que los delitos funcionariales tradicionales pudieran abarcar al tráfico de influencias y, ante ello, era menester su criminalización<sup>(633)</sup>. Ahora la figura penal cuenta con su propio rubro (lo que consolida su autonomía delictiva) dentro de los delitos funcionariales (Capítulo XIII «Del tráfico de influencias»; Título VII «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»).

La novedad se observa en su sistemática delictiva cuya distinción punitiva se centra en el **desarrollo de la labor del traficante de influencias**: etapa de ofrecimiento (propuesta de intermediación), etapa de ejecución (realización de la intermediación) y etapa de resultado (concreción del acto de función esperado). En el modelo español solo se criminaliza la actuación del traficante de influencias y no interesa el sentido de su compensación (por simple mediación o por tratarse del soborno a entregar al empleado público).

El tráfico de influencias por ofrecimiento (artículo 404 *bis c*)<sup>(634)</sup> es un delito de dominio de formas activas (solicitar dádivas, presentes o remuneraciones) y pasivas (aceptar ofrecimiento o promesa) en el que el traficante ofrece el uso de las influencias que se tiene de las autoridades o funcionarios públicos. El tráfico de influencias por ejecución y resultado se divide en atención a la condición del traficante de influencias: funcionario o autoridad (artículo 404 *bis a*)<sup>(635)</sup> o particular (artículo 404 *bis b*)<sup>(636)</sup>. Cualquiera de ellas estriba en un delito complejo de doble conducta consecutiva: la realización de la influencia en el empleado público y la obtención de una resolución.

<sup>(631)</sup> «El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las Autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa (...). Si el dinero o la cosa se reclamaren para corromper o con el pretexto de remunerar al funcionario público (...).»

<sup>(632)</sup> Vid. CATALÁN SENDER, 1999, p. 223.

<sup>(633)</sup> Vid. CATALÁN SENDER, 1999, pp. 223-224.

<sup>(634)</sup> «Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesas»

<sup>(635)</sup> «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad y consiguere una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero»

<sup>(636)</sup> «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario público o autoridad y consiguere una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero»

El **Código Penal de 1995** persistirá con la ubicación legislativa (Capítulo VI «*Del tráfico de influencias*») y la sistemática de los tráficos de influencia de particulares o de funcionarios por ofrecimiento (artículo 430)<sup>(637)</sup>, el tráfico de influencia de funcionarios por ejecución (artículo 428)<sup>(638)</sup> y el tráfico de influencias de particulares por ejecución (artículo 429)<sup>(639)</sup>.

**3148.** En la Legislación Internacional  
A nivel de la normatividad internacional, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** (2003), en su artículo 18<sup>(640)</sup>, propugna la tipificación del tráfico de influencia como una figura autónoma de la familia de los delitos de corrupción. La sistemática que recomienda reside en quien da inicio al tráfico de influencias: el interesado o el traficante de influencias. Es un modelo que se desarrolla en la etapa de ofrecimiento y no distingue el sentido de la compensación (por la mediación o por ser el soborno para el empleado público).

Así, el tráfico de influencias del interesado es la promesa, el ofrecimiento o la concesión al traficante de influencias (funcionario público o particular) un beneficio indebido para el abuso de la influencia. Asimismo, el tráfico de influencias del traficante consiste en solicitar o aceptar del interesado (funcionario público o particular) de un beneficio indebido para el abuso de su influencia. Ambas modalidades cuentan con otras divisiones: formas directas e indirectas (modo de ejecución de la conducta), influencias reales o simuladas, provecho propio o de tercero del beneficio indebido.

**3149.** En la Legislación latinoamericana  
En la **legislación latinoamericana**, aquellas que siguen la influencia italiana se encuentran el artículo 332 del **Código Penal brasileño** (Capítulo II «*De los crímenes practicados por los particulares contra la Administración en general*»; Título XI

<sup>(637)</sup> «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa (...). Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público (...).»

<sup>(638)</sup> «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero (...). Si obtuviere el beneficio perseguido (...).»

<sup>(639)</sup> «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero (...). Si obtuviere el beneficio perseguido (...).»

<sup>(640)</sup> «Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido».

«De los crímenes contra la Administración Pública»), artículo 233 del **Código Penal venezolano** (Capítulo X «De la suposición de valimiento con los funcionarios públicos»; Título III «De los delitos contra la cosa pública») y el artículo 336 del **Código Penal salvadoreño** (Capítulo III «De los delitos cometidos por particulares»; Título XVI «Delitos relativos a la Administración Pública»). Entre las que siguen el modelo español podemos mencionar a los artículos 411 y 411-A del **Código Penal colombiano** (Capítulo V «Del tráfico de influencias»; Título XV «Delitos contra la administración pública»), artículo 240 *bis* del **Código Penal chileno** (Apartado Noveno; Título V «De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos»), artículo 285 del **Código Penal ecuatoriano** (Sección Tercera «Delitos contra la eficiencia de la administración pública»), artículo 221 del **Código Penal mexicano** (Capítulo IX «Tráfico de influencia»; Título X «Delitos cometidos por servidores públicos»), artículos 369-A, 369-B y 369-C del **Código Penal hondureño** (Capítulo V A; Título XIII «Delitos contra la Administración Pública») y artículo 450 del **Código Penal nicaraguense** (Capítulo VI «Del tráfico de influencias»; Título XIX «Delitos contra la Administración Pública»).

#### §4. CLASIFICACIONES

Una **primera sistemática** de los tráficos de influencias estriba en el tratamiento punitivo conforme a la **evolución** o el **desarrollo del delito**. Es el modelo español de los tráficos de influencia. Se recurre a una clasificación de tráficos de influencias por las etapas de ofrecimiento o venta, ejecución y resultado. La **primera etapa** se relaciona con los actos de planteamiento o proposición del ejercicio de la influencia que ejercerá el traficante de influencias a favor del particular interesado. Ambas personas se comunican para establecer los alcances de la labor mediadora y su compensación; por ello que pueda considerarse un delito bilateral o unilateral en caso el delito requiera la reafirmación de la labor de influencia o se consiga la venta de las influencias. Se construye un delito tendencial en el que el traficante invoca sus influencias y pide o acepta una compensación por ello y el particular interesado le informa el acto de función que pretende y solventa dicha compensación. Es propiamente un tráfico de influencias, pues aquí sucede el intercambio de pretensiones (compensación por influencias). En la práctica resulta una figura penal de difícil probanza o descubrimiento, salvo que una de las partes decida comunicar o publicitar su negociación<sup>(641)</sup>.

Es la etapa del tráfico de influencias que, por lo común, tipifican muchas legislaciones penales (*v. gr.* artículo 346 *bis*, Código Penal italiano; artículos 256 *bis* y 258, Código Penal argentino; artículo 332, Código Penal brasileño; artículo 158 *bis*, Código Penal uruguayo; artículo 146, Código Penal boliviano; artículo 233,

3150.  
Clasificación por etapas

<sup>(641)</sup> Cf. MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 822; MUÑOZ LORENTE en *Economía* n.º 4, 2013, p. 78; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 122.

Código Penal venezolano; artículo 354, Código Penal panameño; artículo 336, Código Penal salvadoreño) cuando optan por adelantar las barreras de punición o pretenden agudizar la prevención general.

La **segunda etapa** consiste en la realización de la labor medradora o intermediaria por parte del traficante de influencias frente al empleado público. La denominación recomendable del delito en este estadio es la del ejercicio de la influencia. Es una labor ejecutiva o ejercicio de la influencia, por lo que constituye el momento central del delito. Se aprecia una intervención exclusiva del traficante de influencia, lo que nos llevaría a un posible delito unilateral. Asimismo, se estaría ante un delito tendencial mientras que el traficante de influencias no consiga el acto de función pretendido por el particular interesado. Algunas legislaciones (*u. gr.*, artículos 411 y 411-A, Código Penal colombiano; artículo 248 *bis*, Código Penal chileno; artículo 285, Código Penal ecuatoriano; artículo 450, Código Penal nicaragüense) optan por criminalizar esta etapa, lo que hace del ofrecimiento su forma tentada y la obtención del acto de función su forma agorada.

Desde la doctrina se ha reparado el poco grado de vulnerabilidad del tráfico de influencias por ofrecimiento y, más bien, el rigor afectador al patrimonio del particular interesado<sup>(642)</sup>, lo que daba a entender que se estaba ante una negociación riesgosa o perjudicial para el particular interesado del cual se aprovechaba el traficante arguyendo contar supuestamente con las influencias que requería su contraparte.

La **tercera etapa** es la obtención del acto de función pretendido por el particular interesado. Su ejecución corresponde al empleado público cohechado quien convencido por el traficante de influencias procede a la realización de lo solicitado. El delito es de resultado y evidencia una mayor punibilidad. En la legislación penal se suele criminalizar dentro de una conducta compuesta (*u. gr.*, artículos 428 y 429, Código Penal español) o una modalidad agravada.

**3151.**  
Clasificación por agente de la corrupción

Una **segunda sistemática** atiende la criminalización del delito en atención a quien parte el impulso al tráfico de influencias para el comunicado corruptivo. Es un modelo propuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Así, hablamos de un **tráfico de influencias de los agentes de la corrupción**, es decir, se criminaliza la intervención del particular interesado o del empleado público por recurrir o aceptar la intervención del traficante en el traslado del mensaje corruptor. Por otro lado, nos encontramos ante un **tráfico de influencias del traficante**, esto es, cuando este toma la iniciativa de brindar sus propios servicios a los agentes de la corrupción para materializar la comunicación de sus respectivos mensajes corruptores.

**3152.**  
Clasificación por la condición del sujeto activo

Una **tercera sistemática** atiende la condición del traficante de influencias. Puede tratarse de un particular u otro empleado público, lo que amerita la diferenciación punitiva o la tipificación del tráfico de influencia como modalidad básica y moda-

<sup>(642)</sup> *Vid.* GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 373.

lidad especial o agravada, respectivamente. Esta clasificación es asumida en algunas legislaciones penales como el artículo 346 *bis* del Código Penal italiano, artículos 428 y 429 del Código Penal español, artículos 432-11 y 433-1 del Código Penal francés, artículos 256 *bis* y 258 del Código Penal argentino, artículos 411 y 411-A del Código Penal colombiano, artículo 336 del Código Penal salvadoreño, artículos 369-A y 369-B del Código Penal hondureño y artículo 450 del Código Penal nicaragüense.

Así, el **tráfico de influencias del particular** es un delito de dominio que no exige del sujeto activo alguna cualidad de valoración especial, ya que lo que se le imputa son las influencias que ostenta sin necesidad en ahondar en las razones de su genesis. Se concibe como el ataque a la administración desde afuera por parte del *extraneus*. El **tráfico de influencias del funcionario** es un delito de infracción (de deber propio o impropio), ya que el infractor se vale de su condición funcional para la facilitación del comunicado corrupto con otro empleado público, lo que sostiene el fundamento o la agravación de la punibilidad. Se perfila como el ataque de la administración desde adentro, por parte de sus propios empleados.

Una **cuarta clasificación** se desprende de las conductas ejercidas en la etapa de ofrecimiento o venta por parte del particular interesado y el traficante de influencias. Se busca perfeccionar el contrato de servicio corruptivo, definiendo la compensación por la labor del comunicado del mensaje corruptor a través de las influencias. En tal sentido, nos encontramos ante un **tráfico de influencias propositivo o activo** si el particular interesado o el traficante piden o solicitan la compensación. Estamos ante un delito unilateral o bilateral receptivo que no requieren de la respuesta de la contraparte. Un **tráfico de influencias confirmativo o pasivo** consiste cuando el particular interesado admite o acepta la propuesta o el traficante acepta o recibe la compensación. Estamos ante un delito bilateral estricto, ya que es menester la previa intervención de la contraparte en el ofrecimiento al tráfico de influencias. La posición activa o pasiva dependerá de quien impulsa o cierra la negociación o el contrato de servicio excepcional del tráfico de influencias.

Una **quinta clasificación** atiende el sentido de la compensación al traficante de influencias o los medios de los cuales se valdrá para el convencimiento al empleado público. Así, estamos ante un **tráfico de influencias de compensación estricta por la mediación**, es decir, el particular interesado otorga el beneficio a favor del traficante por el empleo de sus propias influencias, es decir, la compensación por su trabajo; y, un **tráfico de influencias de compensación por el soborno**, es decir, cuando el particular interesado otorga el beneficio al traficante para que sea empleado como soborno o medio de convencimiento frente al empleado público. En este último caso se suele entender que se está invocando influencias simuladas porque el empleado público desconoce de dicho soborno, lo contrario implicaría imputar el caso por cohecho<sup>(643)</sup>.

**3153.**  
Clasificación por rol en el contrato ilícito

**3154.**  
Clasificación por el sentido de la compensación.

(643) Cf. MANZINI 9 IV, 1961, p. 257; MAGGIORE III, 1955, p. 281.

En general, es una sistemática de origen italiano adoptada en otras legislaciones como el artículo 332 del Código Penal brasileño, artículo 233 del Código Penal venezolano y artículo 336 del Código Penal salvadoreño.

**3155.**  
Clasificación por la intervención en la conducta

Una **sexta clasificación** se halla en la intervención personal o por terceros por parte del traficante de influencias en la etapa de ofrecimiento o de ejecución de la labor mediadora. Estamos ante un **tráfico de influencias directo** si es que el propio traficante interviene ofreciendo o admitiendo sus servicios o procede a ejecutarlos personalmente, en cualquier caso, se trata de un delito de propia mano. Un **tráfico de influencias indirecto** sucede cuando el traficante recurre a un intermediario para el ofrecimiento o la ejecución de las influencias.

**3156.**  
Otras clasificaciones

Otras clasificaciones a comentar y que desarrollaremos a profundidad se sitúan en el destinatario de la compensación por la labor de influencia (beneficio propio o de terceros), el tipo de influencias del traficante (reales o simuladas), lo pretendido por el particular interesado (acto de función regular o irregular) y la situación competencial del empleado público de quien se invoca tener influencias (va a conocer, está conociendo o ha conocido el acto de función pretendido).

## §5. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

**3157.**  
Art. 400

El delito de **tráfico de influencias** está tipificado en el **artículo 400** del Código Penal conforme al siguiente texto legal:

*«El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.»*

Evolución legislativa



<https://bit.ly/3IANf0Y>

**3158.**  
Fuentes y antecedentes legales

La primera fórmula legal del tráfico de influencias proviene del artículo 353-A<sup>(644)</sup> del **Código Penal de 1924**, el cual fue incorporado por el artículo 8 del **Decreto Legislativo n.º 121** del 14 de junio de 1981. El legislador peruano lo incluye en el rubro «Corrupción de funcionarios» (Título IV) de los «Delitos contra los deberes

<sup>(644)</sup> «El que invocando influencias reales o simuladas recibía, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...). Si el agente fuere funcionario público (...).»



*de función y los deberes profesionales»* (Sección Décimo Cuarta), con lo que considera al delito como una modalidad de cohecho. La **fuentes legal inmediata** es el artículo 147<sup>(645)</sup> del Código Penal colombiano de 1980 en la que prácticamente acoge todos sus elementos con algunas precisiones en cuanto al elemento compensador (de «dinero o dádiva» a «un donativo o una promesa») y al objetivo del particular interesado (de «un asunto» a «un caso judicial o administrativo»)<sup>(646)</sup>. También se observan **fuentes legales mediatas** como el artículo 346 del Código Penal italiano de 1930 (en atención al sistema de conductas típicas y el estadio de realización del delito), el artículo del Código Penal uruguayo de 1933 (en relación con la invocación de las influencias reales y simuladas) y el artículo 336 del Código Penal salvadoreño de 1973 (referente a la inclusión del funcionario público como sujeto activo)<sup>(647)</sup>.

La fórmula del artículo 353-A contiene un tráfico de influencia por ofrecimiento o venta en el que se criminaliza la conducta del traficante, sea un particular o un funcionario público (con la diferencia sobre la inclusión de la pena inhabilitación). Se establece un tipo penal complejo consecutivo de doble conducta en la etapa de ofrecimiento del servicio de mediación: *i*) una conducta medial de invocación de influencias reales o simuladas; y *ii*) una triple conducta alternativa de equiparación punitiva de sus formas activas (hacer dar o prometer) y pasiva (recibir) de donativos, promesas o ventajas. Se resalta la clasificación del delito en torno al beneficio propio o de tercero. El fin o el sentido de la compensación o la labor encomendada residen en interceder ante un funcionario que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

El **texto original** del artículo 400<sup>(648)</sup> del Código Penal de 1991 (Sección IV. «Corrupción de funcionarios», Capítulo II «Delitos cometidos por funcionarios públicos», Título XVIII «Delitos contra la Administración Pública») sigue la misma fórmula y ubicación de su antecedente. Por ende, asume las mismas fuentes legales

3159.  
Texto original del art. 400

<sup>(645)</sup> «El que, invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo». El referido texto proviene del artículo 198 del Código Penal colombiano de 1936, el mismo que tiene como fuente legal al artículo 346 del Código Penal italiano de 1930. Cf. BERNAL PINZÓN, 1965, p. 385; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 341; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 115.

<sup>(646)</sup> Vid. observaciones a la recepción de la fuente colombiana: HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 275.

<sup>(647)</sup> Otros autores informan otras fuentes. Para LUIS BRAMONT ARIAS, además de las fuentes italiana, colombiana y salvadoreña, agrega al artículo 480 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1979 (4, 1990, p. 69). Así también: PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 238; ROJAS VARGAS, 2007, p. 775; HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 444. Para MANUEL ABANTO VÁSQUEZ las fuentes serían el artículo 346 del Código Penal italiano de 1930 y el artículo 476 del Código Penal español de 1928 (2003, p. 522).

<sup>(648)</sup> «El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

e insiste en que el tráfico de influencias es una modalidad de cohecho. Hay una sola precisión no relevante en el sentido de la compensación a la labor del traficante de influencias. En vez de señalar «con el fin de interceder» se recurre a la expresión «con el ofrecimiento de interceder» para resaltar la posición de compromiso que toma el sujeto activo frente al particular interesado.

**3160.**  
Ley 28355

Una **primera modificación** del artículo 400<sup>(649)</sup> es la proveniente de la Ley n.º 28355 del 6 de octubre de 2004. Aquí se aprecia hasta cuatro modificaciones a comentar. *Primera*, en relación con la conducta o estatus medial, se comprenden a la divulgación y la tenencia de las influencias: «*invocando o teniendo influencia*». Además, se relativiza la exigencia de la manifestación de la invocación de la influencia, bastando con tenerlo, aunque no se exprese al particular interesado. *Segunda*, las influencias ofrecidas no solo están relacionados a los empleados públicos que estén conociendo o hayan conocido, sino también con los que han de conocer («*que ha de conocer*»). Esta incorporación es la más resaltante y obedece a la coyuntura de casos de corrupción dados durante el gobierno de ALBERTO FUJIMORI. Por ejemplo, el Proyecto de Ley n.º 9102-2003-CR del 21 de noviembre de 2003 entre sus fundamentos se señaló lo siguiente: «Es de relevante importancia modificar el artículo 400 del Código Penal con la finalidad de permitir sancionar primero al funcionario o servidor público que por razón de su cargo pueda conocer en el futuro la causa o proceso y que desde momentos anteriores ya empuñe sus acciones, esto es sin estar desempeñando el cargo ya está predispuesto a favorecer a un tercero». *Tercera*, se adiciona al beneficio como elemento de compensación al traficante de influencias. *Cuarta*, se reincorpora la modalidad del tráfico de influencias cometido por el funcionario o servidor público que tenía el artículo 353-A del Código Penal de 1924.

**3161.**  
Ley 29703

Una **segunda modificación** del artículo 400<sup>(650)</sup> procede de la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011. El Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ del 3 de agosto de 2010 («*Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública*») de la SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, acogiendo las recomendaciones de JOSÉ HURTADO POZO<sup>(651)</sup>, propone reemplazar la expresión

(649) «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal».

(650) «El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal».

(651) La misma que proviene de su artículo «Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias».

«invocando influencias reales y simuladas» por la frase «por el ofrecimiento real o simulado de interceder ante»<sup>(652)</sup>. Se indica que, con ello, el ofrecimiento de interceder está vinculado a la influencia real o simulada que tiene el agente delictivo con el funcionario concernido. Se incorpora la conducta solicitar que es típica de un delito unilateral o de un tráfico de influencias imperfecto. Vemos una reorganización de la posición de las influencias en el tipo penal, no tanto como conducta o *estatus* medial, sino como contenido típico de los verbos rectores. Acotamos, en el trámite legislativo, la supresión del ofrecimiento simulado, aunque sin motivación o fundamentación legislativa.

La supresión de las influencias simuladas fue la razón para que la FISCALÍA DE LA NACIÓN interponga una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley n.º 29703 en atención a la modificatoria del artículo 400. El órgano supremo constitucional emitió su sentencia el 3 de mayo de 2012 (Expediente n.º 00017-2011-PI/TC), en la cual desestimó como inconstitucional la despenalización de tráfico de influencias simuladas al no hallar contradicción con las recomendaciones de tipificación del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (fundamentos 35-36). Sin embargo, de la comparación de textos, era apreciable que la supresión de las influencias simuladas es contraria a la recomendación internacional. Entre otras razones se señaló lo siguiente:

*«Puede resultar inconstitucional no solo una ley penal que constituya una intervención excesiva en los derechos sino también una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Desde luego, y atendiendo al margen del que goza el legislador para configurar los delitos y las penas, así como el carácter subsidiario del Derecho Penal, para determinar que un supuesto de descriminalización o de atenuación de la persecución penal resulta inconstitucional no basta con advertir el fin constitucionalmente válido que podría ser protegido, a través de una norma penal, puesto que, como se sabe, el Derecho Penal no es la única forma de protección sino acaso la última y la más gravosa»* (fundamento 34). <https://bit.ly/3kg1Exw>.



**3162.**  
Observación constitucional

Una **tercera modificación** del artículo 400 se corresponde con la **Ley n.º 29758** del 21 de julio de 2011 que se limita a la restitución de la fórmula de la Ley n.º 28355, en el sentido de volver a criminalizar al tráfico de influencias simuladas. Con ello, no solo es la vuelta de las influencias simuladas, sino la derogación de la modalidad conductual de solicitar. Ahora bien, al no haberse declarado la inconstitucionalidad de la referida ley, se reafirma la despenalización del tráfico de influencias simuladas

**3163.**  
Ley 29758

<sup>(652)</sup> El texto propuesto era el siguiente: «El que solicite, reciba, hace dar o prometer, para sí o para otro, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento, real o simulado, de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal».

en un lapso desde el 10 de junio al 21 de julio de 2011 que puede invocarse (en forma retrospectiva o ultractiva)<sup>(653)</sup> como ley favorable al imputado siempre que el caso se haya cometido con anterioridad o durante dicho tiempo.

**3164.** Una **cuarta modificación** del artículo 400<sup>(654)</sup> procede de la **Ley n.º 30111** del 26 de noviembre de 2013 y consiste en la adición de la pena de multa. El motivo de la incorporación de la pena multa proviene de la observación que realizó el GRUPO DE TRABAJO SOBRE COHECHO EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES de la ORGANIZACIONES PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) al pedido de adhesión del Estado peruano como miembro pleno por no contar con la sanción pecuniaria en la fórmula penal del cohecho activo transnacional (artículo 397-A, Código Penal), en cumplimiento con el artículo 3.3 de la Convención de la OCDE que recomendaba la aplicación de sanciones monetarias. En el Proyecto de Ley n.º 2470/2012-PE se indica que se aprovecha la incorporación de la pena de multa no solo en relación con el cohecho activo transnacional, sino también a los delitos funcionariales como el tráfico de influencias.

**3165.** Una **quinta modificación** del artículo 400 es la dada por el **Decreto Legislativo n.º 1243** del 22 de octubre de 2016, el cual también se fija en el aspecto punitivo. Se trata de la incorporación de pena de inhabilitación de tipo accesoria que recae en la incapacidad para obtener cargos o comisiones públicas; suspensión de derechos políticos; incapacidad al ejercicio profesional, comercio arte o industria; y la privación de grados, distinciones o títulos honoríficos (artículo 36, numerales 2, 3, 4 y 8, Código Penal).

Entre los proyectos legislativos, hay propuestas interesantes de los artículos 586<sup>(655)</sup> y 587<sup>(656)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2015 y los artículos

<sup>(653)</sup> Vid. AURIS EVANGELISTA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 27, 2011, p. 282; GASPAR CHIRINOS en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 27, 2011, p. 229.

<sup>(654)</sup> «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».

<sup>(655)</sup> «1. El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. 2. Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con inhabilitación no mayor de doce años conforme a los numerales 1, 2 y 14 de artículo 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».

<sup>(656)</sup> «1. El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido,

582<sup>(657)</sup> y 583<sup>(658)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2016. Ambos tipifican las conductas del traficante de influencias y el particular interesado, esta última como novedad delictiva. Además, hay una especie de adecuación de sus respectivas estructuras delictivas al molde típico del cohecho, puesto que vemos, entre otros, la inclusión de las formas propias e impropias, directas e indirectas y por acción u omisión funcional como objetivo de la labor de intermediación.

## §6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido genérico lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración Pública. El problema reside en determinar sobre qué pilares u objetos jurídicos específicos se dirige el tráfico de influencias. Al respecto, se han planteado, por lo menos, dos posturas. Los que se enfocan en aspectos subjetivos como la buena imagen o la reputación institucional administrativa y los que atienden los aspectos objetivos en atención a los principios administrativos que guían los actos de función de decisión. Los desarrollamos a continuación.

Inicialmente el tráfico de influencias se criminalizó para salvaguardar el decoro o la imagen de la autoridad ante las habladurías corruptas de los traficantes. La posición del legislador penal de entonces se circunscribía a las ofensas dadas en una etapa previa o de ofrecimiento del delito y la presunción *in bonam partem* del empleado público

3166.  
Bien  
jurídico  
protegido

3167.  
Buena  
imagen  
como bien  
jurídico

*para este o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa. 2. Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 de artículo 42 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa».*

<sup>(657)</sup> «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el agente es un funcionario, servidor público, o abogado, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».

<sup>(658)</sup> «El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para este o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa. Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa».

sobre su neutralidad administrativa. En ese esquema, los ofrecimientos del traficante constituirían injustos vulnerables a la buena imagen del empleado público. El tráfico de influencias es un delito en el que se concreta el descrédito al aparato administrativo<sup>(659)</sup>.

El bien jurídico protegido se sustenta en un aspecto subjetivo o apreciativo hallado en la persona del que ejerce la función pública, es decir, en su honor o decoro. Así, el tráfico de influencia se presenta como un delito de atentado al empleado público, en cuanto se injuria su honor y, por consiguiente, un delito de resultado. No importa si el traficante cuenta con una vinculación real o supuesta con el empleado público o si este, en realidad, es un cohechador o un cohechado, ya que, al final, la divulgación en la negociación de dicha condición corrupta es más que suficiente para vulnerar al bien jurídico protegido.

3168.

Reputación a la persona del empleado público

Nótese que las posturas subjetivas más tradicionales desarrollan un **bien jurídico reputacional a la persona del empleado público**, en el sentido que el mantenimiento de su buena imagen fortalece, a la vez, la credibilidad de la entidad pública que representa. La imagen o la reputación del empleado público es una garantía para resguardar, a su vez, la imagen, el prestigio y la reputación de la Administración Pública. Esto implicaría considerar al tráfico de influencias como un delito particular o de un bien jurídico personalísimo.

3169.

Reputación institucional

Más adelante, el enfoque subjetivo gira en la propia entidad pública, a través de sus actos de decisión funcional, lo que nos lleva a un **bien jurídico reputacional institucional**. No es que se exponga el honor subjetivo del empleado público, sino los actos funcionariales que ejerce, ya que es lo que pretende el particular interesado y el traficante ofrece sus servicios denigrando como corruptible los actos de decisión

(659) Entre los autores italianos que siguen esta postura: MANZINI 9.IV, 1961, p. 250; ANTOLISEI II, 1960, p. 687; ROMANO, 2013, pp. 112-113. Entre los autores españoles: MUÑOZ CONDE, 2015, p. 886; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1768; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 796; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 93; MUÑOZ LORENTE en *Ennomía* n.º 4, 2013, p. 30; ROMERO DE TEJADA en Cuadernos de Derecho Local n.º 24, 2010, p. 70; PÉREZ MACHÍO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1603. Entre los autores argentinos: TAZZA III, 2018, p. 231. Entre los autores brasileños: FRAGOSO II, 1986, p. 467; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 360; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 218; MASSON 3, 2018, p. 707; PIERANGELI 2, 2007, p. 894; CAPEZ 3, 2019, p. 597; CUNHA, 2019, p. 906; GONÇALVES, 2015, p. 816; ESTEFAM 3, 2018, p. 664; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 996; TELES III, 2004, p. 455; MARTÍN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 837; ISHIDA, 2015, p. 703; FIGUEIREDO 2, 1986, p. 480; COELHO, 2019, p. 1299; SILVA, 1973, p. 459. Entre los autores colombianos: MOLINA ARRUELA, 2000, p. 347; PEÑA OSSA, 1995, p. 190; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 126. Entre los autores venezolanos: FEBRES CORDERO, 1966, p. 252. Entre los autores peruanos: BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 70; ROJAS VARGAS, 2007, p. 785; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 24, 2002, p. 265; SALINAS SICCHA, 2016, p. 683; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 118; YON RUESTA en *Themis* n.º 45, 2002, pp. 232-233; NOLASCO VALENZUELA/AAYALA MIRANDA, 2013, p. 643; LÓPEZ ROMANI en García Caveró/Vílchez Chinchayán, 2020, p. 233; DÍAZ PRETEL en *Gaceta Penal & Procesal penal* n.º 125, 2019, p. 163; QUISPE AQUISE en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 45.

del empleado público, lo que compromete la imagen institucional de la entidad pública. La confianza o la credibilidad social en la entidad pública se encuentran en la neutralidad de sus actuaciones, por lo que se reprocha la atribución del calificativo de corruptibles. Se propugna la buena imagen o reputación del acto de función<sup>(660)</sup> para darle un sentido administrativo a las tesis subjetivistas.

Sus actuales defensores insisten en la protección penal de la imagen institucional de la entidad pública que al final de cuentas resulta siendo la que se ve manchada en la negociación entre el traficante y el particular interesado. Consideran que estas tesis subjetivas se fortalecen ante la imposibilidad de sostener la vulneración objetiva de los actos de decisión funcional en etapas de ofrecimiento o venta del tráfico de influencias. Se afirma que el traficante no afecta la imparcialidad y la objetividad en los actos de decisión funcional, sino la imagen o la reputación de neutralidad administrativa que la Sociedad espera de estos<sup>(661)</sup>. En tal sentido, no tendría cabida diferenciar bienes jurídicos si las influencias invocadas por el traficante son o no reales, ya que claro está que sus jactancias o alardes exponen la imagen reputacional institucional.

**Jurisprudencias:** *«En el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública (...), que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces»* (Acuerdo Plenario n.º 3-2015 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 2 de octubre de 2015, fundamento 14). <https://bit.ly/3ETDOQI>



*«El bien jurídico protegido de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación de bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de ultima ratio)»* (Sentencia del 13 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 374-2015 Lima, considerando 15). <https://bit.ly/3mUOF6g>



<sup>(660)</sup> Cfr. DELGADO GIL en Anuario de derecho penal y ciencias penales n.º 62, 2009, p. 390; RODRIGUEZ DELGADO en Ius Et Veritas n.º 24, 2002, p. 265.

<sup>(661)</sup> Vid. PIERANGELI 2, 2007, p. 894; GALVÃO, 2015, p. 294.

«El interés objeto de la tutela jurídica en el delito de tráfico de influencias está dada por el prestigio y buen nombre de la administración pública, y se ha considerado su criminalización por el interés que tiene el Estado de preservar su buen nombre, velando por su honor y su prestigio, lo que conlleva a repeler todos aquellos brotes criminosos que comporten deslucimiento, mengua o descrédito para ella» (Sentencia del 21 de abril de 2006 de la Quinta Sala Penal Especial, Expediente n.º 007-2004). <https://bit.ly/3bN70Mb>.



Entre los penalistas italianos que siguen esta postura, se encuentra SILVIO RANIERI que señala que «el objeto jurídico de este delito es el interés del Estado por la defensa de la dignidad de la administración pública ante las ofensas de aquellos que, para provecho propio o de otros, hacen creer que se requieren dádivas, mercedes o recompensas, para hacer que los funcionarios públicos cumplan los deberes de su cargo, o para remunerarlos»<sup>(662)</sup>. Asimismo, VICENZO MANZINI indica que «el objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la administración pública en sentido lato, por cuanto conviene salvaguardar los oficios y los servicios públicos del descrédito que puede provenirles del hecho de quien trafica pretendidas influencias ante oficiales públicos o empleados encargados de servicio público, haciéndolos aparecer falsamente como corruptibles, o en otra forma doblegables ante sugerencias ilícitas»<sup>(663)</sup>. También, GIUSEPPE MAGGIORE considera que el «objeto de esta acriminación es la necesidad de combatir el descrédito a que está expuesta la autoridad a causa de los vendedores de humo»<sup>(664)</sup>.

De los penalistas españoles, MIGUEL POLAINO NAVARRETE sostiene que «el objeto de protección de tipo legal está fundamentalmente constituido por la incorruptibilidad de la función pública, frente a conductas de ilícito enriquecimiento, siendo pluridimensionalmente caracterizado tal valor protegido como la incolumidad de la función pública junto al prestigio y buen nombre de la misma y la consiguiente exigencia de respeto que le es inherente»<sup>(665)</sup>. Entre los penalistas brasileños, CEZAR ROBERTO BITENCOURT señala que el traficante «se vanagloria de disfrutar de influencia operante en la Administración Pública, lesiona el buen nombre, el concepto y el prestigio que esta debe tener junto a la comunidad, difundiendo la idea de que todo se resolverá según la importancia o la influencia de quien disfruta del poder»<sup>(666)</sup>. Por su parte, DAMASIO DE JESUS considera que «es el prestigio de la Administración Pública, que no puede estar expuesto por las conductas de descrédito operante en la sociedad, cumpliendo sin renunciar a la confianza que debe inspirar y el buen nombre que debe poseer»<sup>(667)</sup>.

(662) RANIERI III, 1955, pp. 381-382.

(663) MANZINI 9.IV, 1961, pp. 249-250.

(664) MAGGIORE III, 1955, p. 279.

(665) POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 340.

(666) BITENCOURT 5, 2019, p. 234.

(667) JESUS 4, 2012, p. 273.



Una de las críticas que reciben las tesis subjetivistas se halla en la desnaturalización que sufre el tráfico de influencias como delito. Dejaría de ser considerado una forma de corrupción y pasaría al círculo de los delitos contra el honor administrativo. La imposibilidad de algunos penalistas de no poder hallar en este delito un interés tutelar administrativo los impulsa a regresar a la versión protectora tradicionalista de lo reputacional a fin de evitar propugnar su descriminalización. Sin embargo, las consecuencias que ello conlleva hacen que el tráfico de influencias pierda su vinculación con los delitos de corrupción: a la norma penal solo le interesaría la conducta denigrante del traficante y no la conducta preparatoria para la intermediación del mensaje corruptor.

Desde una perspectiva objetiva, la atención preventivo general se centra en la función pública en sí antes que en la imagen de la Administración Pública. Lo que importa es que una función pública se ajuste al cumplimiento de los fines o los intereses generales que espera la Sociedad de su administración; lo que se ajusta mejor a la formación de tipos penales en un Estado social y democrático de Derecho. Las tesis objetivas atienden el resguardo máximo de los actos de función de decisión antes que la apreciación social que se quiere de estos. No es tanto que se pretenda salvaguardar la opinión limpia generalizada del aparato administrativo, sino que sus actuaciones no se vean sometidas a infiltraciones corruptas que busquen su vinculación a favor de los intereses particulares. En esa situación, el traficante pretende ingresar al ámbito neutral administrativo de los empleados públicos; se prepara, busca ser solventado o negocia con el particular interesado dicha invasión a la esfera de decisión de las actuaciones administrativas. Por consiguiente, una primera aproximación estaría en la evitación de la prevalencia de los intereses privados frente a los públicos<sup>(668)</sup> o que la función pública esté al servicio de los primeros.

Entre los penalistas argentinos que asumen esta posición, JORGE E. BOUMPADRE ha indicado que «se circunscribe al funcionamiento normal y correcto de la administración pública, resguardando especialmente la imparcialidad, objetividad y libertad moral de sus funcionarios, garantizando de esta manera la plena vigencia de un estado de derecho moderno, inspirado en los valores que conforman la ética pública y la transparencia en los procesos de decisión y gestión estatales, en los que deben primar los intereses generales frente a los intereses o pretensiones particulares o de grupos de poder o influencia»<sup>(669)</sup>. Asimismo, JOSÉ L. CLEMENTE/CARLOS I. RÍOS sostiene que es «la imparcialidad de la Administración Pública, en tanto esa imparcialidad puede verse perjudicada por motivaciones venales de los influentes. Lo que la represión penal pretende es evitar que la influencia que algunas personas puedan tener por cualquier motivo sobre determinados funcionarios, sea objeto de transacciones, a los efectos de hacerla valer para lograr un acto u omisión

**3170.**  
Críticas a las tesis subjetivistas

**3171.**  
Los principios administrativos como bien jurídico

<sup>(668)</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, 2000, p. 244; MESTRE DELGADO en Lamarca Pérez, 2012, p. 725; CARDONA TORRES, 2010, p. 512; BLANCO LOZANO II, 2005, p. 513; OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 163; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 363.

<sup>(669)</sup> BOUMPADRE III, 2003, p. 217.

determinada»<sup>(670)</sup>. Entre los penalistas brasileños, LUIZ REGIS PRADO considera que «la tutela penal busca garantizar el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración Pública, evitando que sea motivado por la corrupción o fácilmente influenciado por injerencia ilícita en relación con sus decisiones. Se dirige, sobre todo, a la tutela de la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la actividad pública»<sup>(671)</sup>.

3172.  
Protección  
penal al  
proceso de  
decisión  
funcionarial

Algunos han considerado que el enfoque tutelar de los principios administrativos tendría que recaer en la toma de decisiones o el proceso formativo deliberativo de los empleados públicos<sup>(672)</sup>; otros han indicado que se busca evitar infiltraciones o intromisiones extrañas al procedimiento formativo del acto de decisión administrativo o jurisdiccional<sup>(673)</sup>. En tal sentido, insistimos en la neutralidad administrativa en las actuaciones decisorias de los empleados públicos. Esto podrá conseguirse si se garantiza la vigencia aplicativa de los principios de imparcialidad y objetividad en toda formación de una función pública de decisión<sup>(674)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de 'influencia real' el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública» (Sentencia del 17 de julio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 683-2018, fundamento 1). <https://bit.ly/3BYcyOd>.



<sup>(670)</sup> CLEMENTE/RÍOS, 2011, p. 89.

<sup>(671)</sup> PRADO 3, 2019, p. 421.

<sup>(672)</sup> Cf. VIZUETA FERNÁNDEZ en LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS, 2013, p. 255; GÓMEZ PAVÓN en MARTÍNEZ HUAMÁN, 2020, p. 627; PRADO 3, 2019, p. 421; TAZZA III, 2018, p. 231; HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 287; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 90.

<sup>(673)</sup> Cf. OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, pp. 163-164; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 364; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 206.

<sup>(674)</sup> Entre los autores españoles que asumen esta postura: FEIJÓO SÁNCHEZ en Rodríguez Mourullo, 2000, p. 1144; CATALÁN SENDER, 1999, p. 226; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 244; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 255; GÓMEZ PAVÓN en Martínez Huamán, 2020, p. 627; CALDERÓN CEBEZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 517; CARDONA TORRES, 2010, p. 512; ECHEVARRÍA, 2019, p. 157. Entre los autores argentinos: DONNA, 2002, pp. 229-230; RIMONDI, 2005, p. 104; TERRAGNI III, II, 2012, p. 434; ABOSO, 2018, p. 1380; TAZZA III, 2018, p. 233; GHERSI en Arce Aggeco/Báez 3, 2013, p. 1199; GONZÁLEZ en Balcárces II, 2014, p. 231; PARMA/MANGIAFICO/ALVAREZ DOYLE, 2019, p. 636; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 827; BASHICO/VILLADA, 2019, p. 891. Entre los autores chilenos: OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 163; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 363; BALMACEDA HÓYOS, 2018, p. 658. Entre los autores colombianos: MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 122; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 379. Entre los autores peruanos: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 525; PEÑA CABRERA-FREYRE V, 2016, p. 680; REANO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 38; REANO PESCHIERA en Ius Et Veritas n.º 23, 2001, p. 294; HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 455; ENCO TIRADO, 2020, p. 174; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 207; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 90; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 283; URTECHO NAVARRO en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 87, 2016, pp. 32-33.

Ahora bien, tomamos en cuenta que la protección penal tiene que partir desde afuera, esto es, en las actuaciones de los *extranei* en la fase negociadora sobre la actuación que quebrantará la neutralidad administrativa. En esos momentos se decide que el traficante asumirá la posición del particular interesado y buscará con sus influencias someter al acto de función de decisión al imperio de los intereses particulares. El tráfico de influencias es una herramienta delincuencia del cohechador generalizado de mayor eficacia cuando no pueda este por sus propios medios impulsar un proceso comunicativo corruptivo frente al propio empleado público. Por consiguiente, sobresale la necesidad de garantizar la neutralidad administrativa desde antes, a través de los principios administrativos que buscan que el ciudadano se someta a ellas y las respere. Pero no es que se justifique la represión por la mera tenencia de las influencias, sino por la preparación o la definición de su utilización como herramienta para el traslado del mensaje corruptor; en otras palabras, por la manifestación de su ofrecimiento que da inicio al tráfico de influencias y obtiene la idoneidad vulneradora al bien jurídico que se anticipa su reprochabilidad.

En caso que se esté ante un negocio imposible o de objeto inexistente por carencia de influencias por parte del traficante (influencias simuladas o irreales), no podríamos considerar que exista justificante criminalizadora del delito. No cabe duda que el acuerdo no resulta idóneo para ser un medio capaz de poder formar un proceso comunicativo corruptivo. La solución es su destipificación<sup>(675)</sup>; mantenerlo supondría recurrir a las simbologías vacías y arbitrarias. «En las hipótesis en que no existe la posibilidad de que el agente interceda ante el funcionario o servidor público para influir en sus decisiones. Hacerlo constituye una violación de principio de que solo debe recurrirse al derecho penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o pues en peligro de manera significativa»<sup>(676)</sup>. Si bien esta aseveración resulta contraria a las recomendaciones internacionales (*v. gr.*, artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), nos preguntamos cuál sería el objeto de protección penal. Volver a la idea de la buena reputación administrativa haría perder la identidad del tráfico de influencia como una figura de corrupción.

**3173.**  
Protección penal desde el ámbito privado

**3174.**  
Ausencia de un bien jurídico ante el ofrecimiento de influencias simuladas

**Jurisprudencia contraria:** *«El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el in-*



<sup>(675)</sup> Contrarios a la represión penal del tráfico de influencias simuladas: HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, pp. 288-289; REANO PESCHIERA/CARO-CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 34; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, pp. 293-294; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 680; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 289; URTECHO NAVARRO en *Gaceta Penal & Procesal penal* n.º 87, 2016, p. 36.

<sup>(676)</sup> HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 289.

*justo de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad (...). En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y con ello, una conformidad con el principio de lesividad» (Acuerdo Plenario n.º 3-2015 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 2 de octubre de 2015, fundamentos 16-17). <https://bit.ly/3ETDOQ1>.*

3175.  
Delito de  
peligro  
abstracto

Es cierto que estamos ante el mismo bien jurídico protegido del cohecho, mas, el grado de afectación es distinto<sup>(677)</sup>. No podemos considerar que un proceso comunicativo corruptivo tenga el mismo grado de vulnerabilidad que sus actos formativos o reforzadores. Tengase en cuenta que la proyección vulneradora del tráfico de influencias se desarrolla en un ámbito privado, en el que el acto de decisión funcional está alejado o es referencial (extrema o muy alejada traslación de la barrera de punición)<sup>(678)</sup>, y en la que no tiene participación alguna el empleado público. Estamos ante una planificación o coordinación para más adelante lograr la imposición del interés del particular interesado en el acto de decisión funcional; por consiguiente, es de suma consideración subrayar la potencialidad de la negociación de las influencias y para la vulneración de los principios administrativos. En la configuración del tráfico de influencias, la conducta del traficante conlleva un riesgo próximo contra la neutralidad administrativa y es de interés del legislador peruano prevenirlo o evitarlo. Por ello, coincidimos que el presente es un **delito de peligro abstracto**<sup>(679)</sup>. Esa posibilidad de peligro sucede desde afuera cuando se pretende formar conductas típicas (negociar la realización del acto de influencia) que *a posteriori* lograrán vulnerar las garantías de la imparcialidad y la objetividad en los actos de decisión funcional. «No se atenta, en

<sup>(677)</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 886; DONNA, 2002, p. 229; GONZÁLEZ en Balcárces II, 2014, p. 231; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 891; REAÑO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 39.

<sup>(678)</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 886; CUGAT MAURI, 1997, p. 241; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 821; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1768; ROMERO DE TEJADA en Cuadernos de Derecho Local n.º 24, 2010, p. 70; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 642.

<sup>(679)</sup> Así: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 821; CUGAT MAURI, 1997, p. 242; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 887; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1768; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 216; TERRAGNI III, 2012, p. 436; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 126; LOMBANA VILLALBA, 2013, p. 208; HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 288; REAÑO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 38; REAÑO PESCHIERA en Ius Et Veritas n.º 23, 2001, p. 294; RODRÍGUEZ DELGADO en Ius Et Veritas n.º 24, 2002, p. 266; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 978; SALINAS SICCHA, 2016, p. 684; ROJAS VARGAS, 2007, p. 786; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 90; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 279.

rigor, contra la objetividad propia de la Administración (...), sino que, al tratarse de un acto previo basado en la solicitud de remuneración para en el futuro influir en la libre decisión del funcionario responsable de la emisión de la resolución, lo que se sanciona es, en todo caso, la puesta en peligro en abstracto de la objetividad como criterio básico de la gestión pública»<sup>(680)</sup>.

**Jurisprudencias:** «El delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo» (Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4097-2008 Santa, considerando 4). <https://bit.ly/30c0ImO>

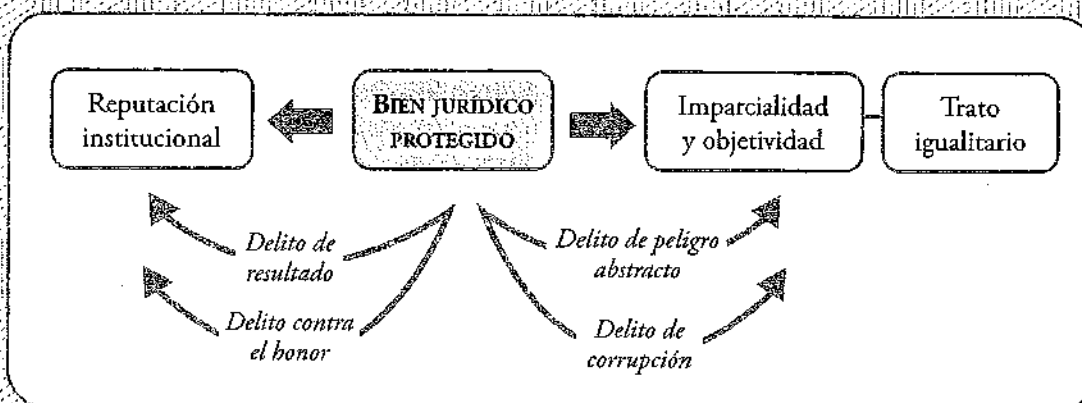


«Constituye una figura autónoma y protege como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la doctrina que se constituye en un adelanto de la barrera de protección penal, tiende a eliminar una mayor lesividad, por lo que satisface la exigencia del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal» (Sentencia del 3 de junio de 2003 de la Sala Penal Especial de Lima, Expediente n.º 023-2001, considerando 4). <https://bit.ly/3mT0zNW>



Con la imparcialidad y la objetividad también se garantiza el derecho al **trato igualitario administrativo** para todos los administrados. Así, la actuación funcional será de accesibilidad equilibrada y no discriminada por influencias externas financiada vía solvencia privada. Esto nos lleva a reafirmar la característica **pluriofensiva** del delito de principios y derechos que podrían entrar en juego en la planificación dada en el tráfico de influencias. Algunos penalistas han subrayado este derecho como objeto de protección prioritario<sup>(681)</sup> y otros han considerado que la afrenta al trato igualitario conduciría al delito a una especie de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía<sup>(682)</sup>.

**3176.**  
Derecho  
al trato  
igualitario



<sup>(680)</sup> MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 821.

<sup>(681)</sup> Así, REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 986; MORENO NIEVES en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2021, p. 554.

<sup>(682)</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 887.

3177.  
Institucionalidad

Es importante informar de otras posturas vigentes sobre el bien jurídico. Así, un grupo de penalistas peruanos propugnan como objeto específico de protección a la **institucionalidad** de la Administración Pública<sup>(683)</sup>, entendida como «una serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública, valores que deben protegerse incluso de conductas que sin necesidad de trasgresión efectiva coadyuvan en el sistema nefasto de corrupción, y muestran el aparato de administración de justicia como un ente endeble e influenciado por intereses particulares ilegítimos que escapan a la regular tutela que la función judicial o administrativa procura a los ciudadanos»<sup>(684)</sup>. Consideramos que esta postura reagrupa los principios administrativos y los derechos tendentes a la tutela penal y que, en todo caso, calzaria entre las tesis objetivas.

3178.  
Bien jurídico dual mixto

También hay un sector de penalista que sostienen que nos encontramos ante un **bien jurídico dual mixto** debido a que se ponen en juegos intereses diferenciados<sup>(685)</sup>: *i)* un bien jurídico supraindividual, ya sea el prestigio o la neutralidad administración que importa a la Administración Pública; y, *ii)* a su vez, un bien jurídico individual, en atención al patrimonio conseguido por el traficante en desmedro del particular interesado<sup>(686)</sup>. Empero, la adición de un bien jurídico patrimonialista individual al acervo de objetos de protección es ajena a los alcances del artículo 400 en el que no se precisa una mínima lesividad o vulneración al patrimonio individual; además, el empleo del mismo a fines delictivos (impulsar o intermediar un mensaje corruptor) no puede merituar protección penal al particular interesado<sup>(687)</sup>, aun si se deba a la invocación de influencias simuladas<sup>(688)</sup>.

3179.  
Abolición de tráfico de influencias

Otras posturas siguen una línea **descriminalizadora** del tráfico de influencias, ya que reclaman la imposibilidad de la afectación de un bien jurídico protegido. Estas señalan que la alejada posición de las barreras criminalizadoras hace inviable enten-

<sup>(683)</sup> Así: GUIMARAY MORI en Montoya Vivanco, 2012, p. 106; MONTAYA VIVANCO, 2015, p. 144; CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 52; CHANJAN DOCUMET/PUCHURI TORRES/HINOJOSA JURADO/VILLALOBOS RONCAL/GUTIÉRREZ GOZZER/CUEVA ARANA en Revista Derecho & Sociedad n.º 54, 2020, p. 281.

<sup>(684)</sup> GUIMARAY MORI en Montoya Vivanco, 2012, p. 106.

<sup>(685)</sup> Así: GIOVAGNOLI, 2008, p. 248; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, pp. 360-361; CUNHA, 2019, p. 906; GONÇALVES, 2015, p. 816; BERNAL PINZÓN, 1965, p. 326; PEÑA OSSA, 1995, p. 192.

<sup>(686)</sup> Cabe mencionar lo indicado por el ministro italiano GIUSEPPE ZANARDELLI, en la exposición de motivos del Código Penal de 1889: «No leve delito es aquel que cometen los llamados vendedores de humo, porque ellos atrapan a los ignorantes y a los crédulos, arrebatándoles dinero u otras cosas en provecho propio o ajeno; y porque —lo que es más importante— causan ofensa atroz a la autoridad pública, haciendo creer que son necesarios donativos o mercedes para que los funcionarios públicos ejerzan los actos obligatorios de su ministerio, o para recompensarlos».

<sup>(687)</sup> Vid. otras críticas: REANO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 33; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 290; SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1789.

<sup>(688)</sup> MANUEL ABANTO VÁSQUEZ considera al patrimonio individual como bien jurídico si el traficante invoca influencia simuladas (2003, p. 525).

der que se vea afectada la neutralidad administrativa, no es apreciable la misma en las coordinaciones entre el particular interesado y el traficante de influencia. El tráfico de influencias en nada compatibilizaría con un delito funcional, ya que no interviene un empleado público y no se vulnera un bien jurídico funcional. Se indica que prácticamente es una infracción alejada a los Delitos contra la Administración Pública<sup>(689)</sup>.

Los abolicionistas califican al tráfico de influencias como un tipo penal inoperativo, puesto que no se compromete la neutralidad administrativa, aun si las influencias del traficante fueran reales. La protección penal de la imparcialidad y la objetividad de la función pública de decisión tendría que reservarse para aquellos actos de corrupción en los que se pone en juego el intercambio de beneficios indebidos y el acto de función, y no una proyección alejada a dicha situación<sup>(690)</sup>. Se aduce que se estaría ante algo más remoto que un delito de peligro abstracto<sup>(691)</sup>.

Entre los penalistas que cuestionan la legitimidad de esta forma delictual<sup>(692)</sup>, tenemos a ENRIQUE ORTOS BERENGUER que considera que «resulta muy difícil descubrir el bien jurídico protegido en este delito, al no ser funcionario ni autoridad el sujeto activo y no comprometer, por tanto, a los poderes públicos con sus actuaciones. Y si, además, la consumación del delito tiene lugar en el mismo momento en que hay una solicitud de dádivas con el ofrecimiento de ejercer influencias, aun cuando el funcionario no llegue a tener conocimiento de nada, mal se verá afectada su objetividad e imparcialidad»<sup>(693)</sup>. Por su parte, JOSÉ RAMÓN PIÑOL RODRÍGUEZ manifiesta que «lo pretendido es castigar a todos los que manifiestan ser capaces de conseguir favores de las administraciones. Por ello, es difícil encontrar el bien jurídico protegido»<sup>(694)</sup>. FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS afirma que «el legislador nos sitúa, por lo tanto, frente a conductas moralmente reprochables, que deben estar previstas en los códigos deontológicos y en los reglamentos del derecho administrativo sancionador, o incluso en instrumentos no jurídicos de socialización y educación cívica, pero desprovistas de la intensidad necesaria como para legitimar la intervención derecho penal»<sup>(695)</sup>. En similar opinión, GABRIEL GARCÍAS PLANAS sostiene que «todo precepto que no justifica la protección de un bien jurídico, entendido este como valor digno de protección penal, no tiene razón de ser. Tal

(689) Vid. GARCÍA CANTIZANO en *Actualidad Jurídica* n.º 88, 2001, pp. 60-61.

(690) Vid. CUCAT MAURI en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 16-07, 2014, p. 21.

(691) Cfr. CRESPO BARQUERO en Serrano Butragueño, 1999, p. 1709; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana* n.º 7, 2004, p. 174.

(692) Así también DELGADO GIL en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* n.º 62, 2009, p. 390; PÉREZ MACHÍO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1603.

(693) ORTOS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 765.

(694) PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 533.

(695) VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 216.

es el caso que nos ocupa, pues si lo primero que debe hacer el penalista, ante la exégesis de un precepto penal es examinar su bien jurídico y contenido de injusto y estos son de difícil averiguación, tal vez cabría pensar en su carácter superfluo. Además, teniendo en cuenta los modernos principios que inspiran el Derecho Penal, tales como, intervención mínima o *ultima ratio*, y el carácter fragmentario de nuestro derecho punitivo, podrían justificar su desaparición en un futuro y deseado Código Penal»<sup>(696)</sup>

### §7. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

3180.

Sujeto activo

El **sujeto activo** del tráfico de influencias puede ser cualquier persona, sin que se le exija alguna cualidad o condición especial. Toda persona natural puede incurrir en el tráfico de influencias y no amerita que tenga habitualidad o reincidencia práctica u organización profesional en la intermediación de los mensajes corruptores. El sujeto activo es la persona que se ofrece o le piden ser el intermediador o el representante del particular interesado respecto a llevar su mensaje corruptor al empleado público de decisión. Para ello, este informa contar con influencias que le permiten tener una mejor predisposición o facilitación ante el empleado público de decisión en la recepción y la admisibilidad del mensaje corruptor; por lo que, para ello, solicita se le compense. Bajo ese perfil descriptivo, nombramos al sujeto activo como el **tráfico de influencias** o lobista corruptor.

3181.

Delito de dominio

Se considera al tráfico de influencias un **delito de dominio** en el que se espera que el ciudadano se desenvuelva sobre las expectativas sociales o generales de respetar y sujetarse al cumplimiento de los principios de imparcialidad u objetividad en los actos de decisión funcionarial y no planificar ni maquinarse su quebrantamiento. Podríamos nombrarlo como el **tráfico generalizado de influencias**.

Algunos penalistas han estimado que se está más bien ante un delito especial<sup>(697)</sup> si se habla de un tráfico de influencias reales, debido a la específica condición que tiene el traficante con el empleado público que le obliga mantenerse al margen en el proceso formativo del acto de decisión funcionarial. Sin embargo, a nuestro parecer, esta condición específica no constituye ningún deber especial, sino más bien una expectativa social dirigida a la generalidad.

**Jurisprudencia:** «Sujeto activo puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público. No se trata de un delito especial propio, sino de un delito común» (Sentencia del 26 de abril de 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de Lima, Expediente n.º 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, considerando 8.1). <https://bit.ly/3HaTvV5>



<sup>(696)</sup> GARCÍAS PLANAS en Cuadernos de la Facultad de Derecho n.º 18, 1992, p. 30.

<sup>(697)</sup> Así: FERRAGNI III, II, 2012, p. 435.



Es razonable que no debe ser un particular interesado o uno que tenga interés directo o indirecto en el acto de decisión funcional, ya que, de serlo, su labor de intermediación sería simplemente una caterva de representatividad de intereses del cual resulta compartiendo el mismo objetivo funcional. De demostrarse ello, se estaría ante un cohecho generalizado activo específico (artículo 398, Código Penal). Por ello, el sujeto activo tiene que estar plenamente desvinculado o desinteresado del acto de decisión funcional que solventa su intermediación. El traficante intervendrá en el comunicado corruptivo; no por defender su propio interés, sino por ser contratado por el particular interesado para que defienda el suyo. Esto es importante delimitar, ya que en aquellos casos en que se discute derechos difusos o colectivos (*v. gr.*, medio ambiente, patrimonio nacional), habrían problemas en la configuración del tráfico de influencias, si es que estos también incumben al traficante.

El traficante es una persona jurídica si el rubro o su objeto de actividades se asimilan al *lobby* corruptivo bajo una pantalla de empresa regular. Es posible que empresas se dediquen a la labor de intermediación; pero, la habitualidad o el profesionalismo incisivo de actuaciones comunicativas corruptas podrían hacer de ellas un ente peligrosamente objetivo frente a las garantías de imparcialidad y objetividad administrativa. No es óbice señalar que el tráfico de influencias tiene cierto matiz en el proceder del traficante de profesionalidad<sup>(698)</sup>. No debemos confundir si existe una intervención unilateral de sus dependientes en el tráfico de influencias. El desconocimiento de sus labores corruptas no podría explayar la imputación del tráfico de influencias a la persona jurídica misma que, por el contrario, se somete a las reglas del *compliance* o dirige sus actividades en las pautas socialmente permitidas. En esas situaciones, los demás están autorizados a confiar que las actuaciones del intermediador están circunscritas a las pautas normativas.

Nada impide que el sujeto activo sea otro **empleado público**. No puede ser el mismo funcionario de decisión, ya que, de lo contrario, estaríamos más bien ante un cohecho funcional por acto de decisión (artículo 395, Código Penal). En tal sentido, se identifica al empleado público como sujeto activo por no ser competente del acto de función de decisión pretendido<sup>(699)</sup>. Tampoco podrían ser los empleados auxiliares, de apoyo o asistencia, ya que ello configuraría al cohecho funcional por acto de asistencia (artículo 396, Código Penal), si es que su ofrecimiento reside

<sup>(698)</sup> Cf. CUCAT MAURI, 1997, p. 241.

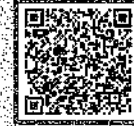
<sup>(699)</sup> Cf. MUNOZ CONDE, 2015, p. 887; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1769; MIR PUIG, 2000, p. 273; MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 822; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 248; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 796; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2070; DE VICENTE REMESAL en Jueces 3er Turno, 2003, p. 484; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 519; ECHEVARRÍA, 2019, p. 158; PÉREZ MACHIO en Gómez Tomillo, 2010, p. 1603; CLEMENTE RÍOS, 2011, p. 98; BITENCOURT 5, 2019, p. 235; GALVÃO, 2015, p. 295; LOMBANA VILLALBA, 2013, p. 310; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 527; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 119; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1015; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 168.

**3182.**  
Desvinculación del interés del particular interesado

**3183.**  
Traficante como persona jurídica

en sus propios actos. Sin embargo, si el empleado auxiliar ofrece la intermediación de los actos propios de sus superiores, si estaríamos ante el tráfico de influencias.

**Jurisprudencia:** «El modelo peruano de tráfico de influencias es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que contempla el esquema de la modalidad de corrupción relevantes, por tanto respecto a la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en este caso de ser este funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la administración pública, por lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba cualquier medio corruptor de ofrecimiento de interceder, la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o sus atribuciones, sino que está simplemente buscando una posición de ventaja que le da su status» (Ejecutoria suprema del 10 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1280-2011 Huancavelica, considerando 4). <https://bit.ly/2ZZjvBF>



3185.

Como delito de infracción de deber impropio

El segundo párrafo del artículo 400 admite la calificación del tráfico de influencias por funcionario público no competente en el sentido de ser un **delito de infracción de deber impropio** por tratarse de una modalidad agravada<sup>(700)</sup>. Se le denomina **tráfico funcional de influencias**. Consideramos que el fundamento de la agravación de la punibilidad se halla en el aprovechamiento de sus propias atribuciones (**prevalimiento**) que le permite tener una mejor posición conyectora frente al particular interesado en la labor de intermediación. Mejor dicho, recurre a su propio cargo para demostrar al particular interesado que tiene influencias reales en el convencimiento al funcionario público de decisión que se pretende corromper, ya sea por encontrar en una línea de horizontalidad o verticalidad con este, pero que de sus propias facultades funcionariales le permiten conseguir el objetivo funcional pretendido. Un ejemplo común se encuentra en el funcionario superior del empleado público de decisión (línea de verticalidad), en el que las influencias se interpretan por su posición de superioridad o de prevalencia jerárquica.

3186.

Traficante: instigador o cómplice?

En el ámbito previo de la corrupción, al traficante de influencia se le ha considerado un partícipe indiscutible de los agentes de la corrupción, un cooperador o facilitador del comunicado entre ambos. Ahora, al tener su propia descripción delictual y ser autor (no requiere someterse a las reglas de participación del cohecho), nos preguntamos dogmáticamente qué título de imputación tiene dentro del proceso comunicativo corruptivo. Se ha sostenido que se está ante un **instigador**<sup>(701)</sup>, puesto

<sup>(700)</sup> Así también: ROJAS VARGAS, 2020, p. 608; NÚÑEZ PÉREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 14; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 91; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, pp. 303-304; LÓPEZ ROMANÍ en García Caverio/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 221.

<sup>(701)</sup> Así: RANIERI III, 1955, p. 383; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 887; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2070; OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 173; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 376; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 206; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 683.

que el ofrecimiento de poder utilizar sus propias influencias lo convierte en el formador del dolo al particular interesado al crearle la posibilidad de iniciar o reforzar un proceso comunicativo corruptor con el empleado público de decisión. Ahora bien, si en el ámbito de la negociación, es el particular quien toma la iniciativa y le propone al traficante emplear sus influencias, será un **cómplice necesario**<sup>(702)</sup>, debido a que brinda un aporte esencial consistente en la financiación o la solvencia de la labor de intermediación que ejercerá el traficante.

En el esquema del tráfico de influencia se hace mención a tres personas: *primera*, el **traficante de influencias**, como autor del delito, por ser el que ofrece o le piden el servicio de intermediación a través de sus influencias; *segunda*, el **particular interesado**, como partícipe del delito, al que le importa contar con el servicio del traficante para conseguir el acto de decisión funcional; y *tercera*, el **empleado público de decisión**, responsable del objetivo de la labor de intermediación, a quien se le nombra en la negociación como la persona que debe emitir el acto de decisión funcional y de quien se tiene o tendría la influencia. La presentación de esta triada responde a fines didácticos, mas no aplicativos, ya que no quiere decir que los tres individuos tengan que intervenir en el delito, como veremos *infra*.

**Jurisprudencia:** «El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas —no se requiere el ejercicio efectivo de la 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; que, a estos efectos, especialmente cuando se trata de influencias simuladas, para la configuración del delito se requiere la existencia del interesado en la influencia y de un funcionario o servidor público susceptible de ser influenciado» (Ejecutoria suprema del 10 de abril de 2006 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2218-2005 Arequipa, considerando 4). <https://bit.ly/3BQyA5z>



**3187.**  
Personas mencionadas en el tráfico de influencia

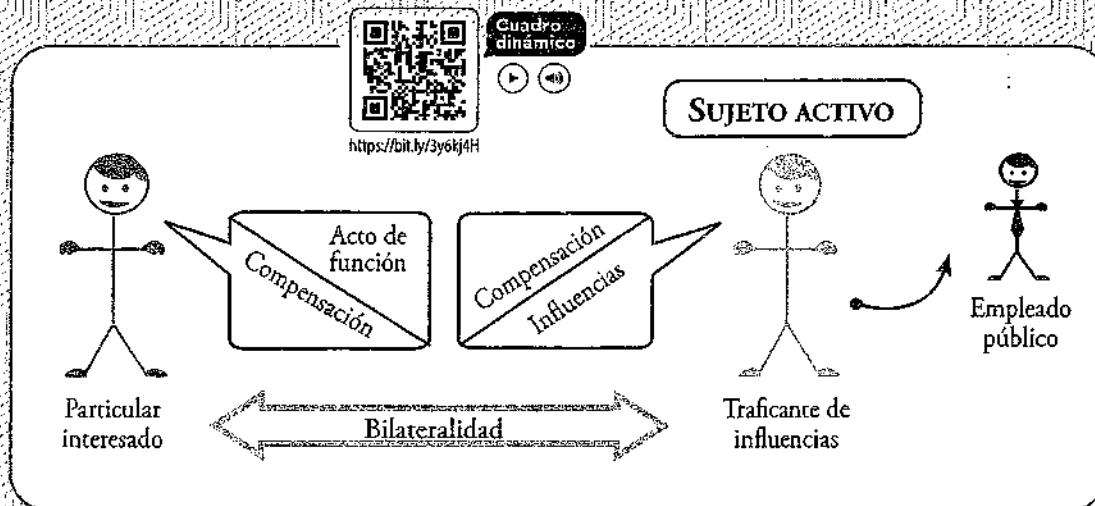
Hay un esquema triangular, pero la relación que importa a la tipicidad es dual (no unipersonal), esto es, la participación de los interesados en la negociación por las influencias. De éstos, el legislador peruano decide criminalizar la actuación del traficante y le pone en la posición dominante en el tráfico de influencia, siendo el otro partícipe de este. Por ello, el tráfico de influencias es siempre un **delito plurisubjetivo** o que necesita de una pluralidad mínima dual de sujetos o la intervención activa de, por lo menos, dos personas (codelincuencia o participación necesaria) para su configuración<sup>(703)</sup>. Esto nos lleva a la intervención activa de dos personas: el

**3188.**  
Delito plurisubjetivo de tipo dual

<sup>(702)</sup> Así: MUÑOZ CONDE, 2015, p. 887; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2070; PEÑA CABRERA, FREYRE V, 2016, p. 683.

<sup>(703)</sup> Así: MANZINI J. IV, 1961, p. 251; RANIERI III, 1955, p. 383; GIOVAGNOLI, 2008, p. 248; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1770; TAZZA III, 2018,

tráfico y el particular interesado. Por ejemplo, el tráfico propone su labor y el particular interesado promete o entrega la compensación.



3189.  
Delito de  
bilateralidad  
estricta.

A su vez, se evidencia que el tráfico de influencias es un **delito de bilateralidad estricta**: dos conductas de intervención concertadora. El particular interesado de todas maneras tendrá que ejercer un rol activo importante participativo en la etapa de negociación que está más relacionada con la compensación de la labor de intermediación. No se trata de una intervención presencial o receptiva de la proposición del traficante, no es un delito de bilateralidad receptiva o unilateral.

3190.  
Particular  
interesado

El **particular interesado** es la contraparte del traficante en el tráfico de influencias. Es la persona (natural o jurídica) a quien le resulta necesario contar con las influencias que tiene el traficante para conseguir su objetivo funcional y, por ello, se encargará de financiar o solventar su labor de intermediación, luego de conseguir el contrato de servicio corruptivo. No es un mero receptor del ofrecimiento del traficante, sino que se necesitará de él una admisión o una respuesta afirmativa para que se proceda con la intermediación corrupta. Por consiguiente, asume una **doble posición**: *primera*, la de financista o solventador de la labor de intermediación del traficante; y, *segunda*, la de representado o favorecido porque la labor del traficante implica la transmisión de su mensaje corruptor. En tal sentido, el particular interesado es un partícipe necesario, de concurrencia inevitable, por lo que su ausencia en el tráfico de influencias hace atípica la imputación.

p. 234; RIQUEBT en Riquert III, 2018, p. 1999; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 218; PIERANGELI 2, 2007, p. 894; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 116; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 125; PABÓN PARRA, 1995, p. 353; HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 289; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 712-713; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 146; YON RUESTA en Themis n.º 45, 2002, p. 238; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 293; NÚÑEZ PÉREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 14. Describen al delito como una figura monosubjetiva: PEÑA OSSA, 1995, p. 190; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 343; GONZÁLEZ DE LA VEGA, 2003, p. 486.

Quedó atrás las argumentaciones que respaldaban su impunidad (*v. gr.*, una situación de estado de necesidad provocado por el traficante o el rol inocuo de no merecimiento punitivo) e, incluso, su posición como víctima del presente delito<sup>(704)</sup>. Va al recuerdo el argumento de los penalistas italianos sobre la falta de identidad de voluntades: uno quiere el humo y el otro lo adquiere ofuscado<sup>(705)</sup>. «Si se prohíbe mostrar a la administración pública como endeble o influenciable, es decir, si el mensaje normativo es evitar que se considere factible la imposición de los intereses particulares por encima de los fines y objetivos prestacionales de una correcta administración pública, habrá que prohibir no solo el comportamiento de ofrecer influencias, sino también el de solicitarlas»<sup>(706)</sup>.

3191.  
¿Es  
impune?

Al no haber una tipificación autónoma de su conducta (tráfico de influencias del particular interesado)<sup>(707)</sup>, como si propone el artículo 18<sup>(708)</sup> de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el tratamiento dogmático de su intervención se resuelve con las reglas de la participación<sup>(709)</sup> y se superan las consideraciones de tomarlo como un coautor o autor accesorio. Mientras que el legislador peruano no proceda con la criminalización de la intervención del particular interesado en el tráfico

3192.  
Es un  
partícipe

<sup>(704)</sup> Entre los autores peruanos que asumieron esta posición, MANUEL ABANTO VÁSQUEZ señaló que «el interesado que compra la 'influencia' no responderá usualmente como 'partícipe' de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el 'tráfico' y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la 'venta de la influencia'; para la parte de la 'compra de la influencia' no se ha previsto nada específico» (2003, p. 536). Por su parte, FIDEL ROJAS VARGAS indicó que «el interesado es un concurrente inocuo, que su comportamiento no alcanza el disvalor de acción requerido por la norma penal, máxime si en nuestra figura penal para nada se hace mención expresa del interesado» (2007, p. 805). Argumentos que imposibilita la participación del particular interesado en el tráfico de influencias. *Vid.* YON RUESTA en *Thémis* n.º 45, 2002, pp. 240-243. Tómese en consideración que el artículo VI.1.e de la Convención Interamericana contra la Corrupción viene recomendando la criminalización de toda forma de participación, como la asociación o la confabulación para la comisión de los delitos de corrupción.

<sup>(705)</sup> Así: MANZINI 9.IV, 1961, p. 260; MAGGIORE III, 1955, p. 282. *Vid.* PACHECO OSORIO I, 1972, p. 317.

<sup>(706)</sup> GUITMARAY MORI en Montoya Vivanco, 2012, p. 113.

<sup>(707)</sup> En el artículo 587 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 583 del Proyecto de Código Penal de 2016 se propone la tipificación de la conducta del particular interesado en la negociación de las influencias.

<sup>(708)</sup> «La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona».

<sup>(709)</sup> Es interesante informarse del debate científico sostenido por los penalistas peruanos JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA y JULIO RODRÍGUEZ DELGADO sobre la punibilidad de la intervención del particular interesado en la negociación de las influencias. El primero, defensor de la imputación por participación (complicidad o instigación) (en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, pp. 296-298; en *Ius Et Veritas* n.º 28, 2004, p. 111-118); y el segundo, defensor de la imposibilidad de la imputación (en *Ius Et Veritas* n.º 24, 2002, pp. 274-275; en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, pp. 254-260).

de influencia seguirá vigente la discusión dogmática de su tratamiento punitivo; pero no implica que debamos sostener su impunidad.

Si nos encontramos ante un tráfico de influencias simuladas, la tipificación de la figura penal habilita, de todos modos, la imputación al particular interesado como partícipe, y no podemos sostener que se llega a un delito putativo, puesto que se manifestó el rol financista o solventador de una labor de intermediación corruptiva.

3193.  
Definición de la participación en atención a la conducta típica

Su grado de involucramiento en el delito varía en atención a su posición o iniciativa en la negociación por las influencias. No es que esta tenga que definir su participación conforme sea su situación con respecto a las influencias (invocándola o teniéndola)<sup>(710)</sup>, ya que es la herramienta que se sabe cuenta el traficante y, por la cual, el particular interesado decide intervenir en la negociación. Consideramos que es la modalidad conductual ejercida (pasiva o activa)<sup>(711)</sup>, la que define su tipo de participación. Téngase en cuenta que el traficante tiene una predisposición generalizada a la intermediación corrupta (si no, no sería traficante), pero no una decisión a ofrecerla o aceptarla en un caso específico; esta recién ocurre conforme sea la conducta asumida por el particular interesado (solicita y entrega la compensación o admite el ofrecimiento y da o promete la compensación).

3194.  
Particular interesado como instigador

Si el particular interesado es quien solicita el servicio de intermediación y entrega la compensación se considerará un **instigador**<sup>(712)</sup> (ante ello, el traficante solo recibe la compensación). Pero, por los alcances de las conductas típicas, el particular interesado no podría ser un instigador exclusivo, es decir, que se limite a la formación de dolo del traficante. Todas las formas conductuales exigen, por lo menos, un acto material de este (la compensación), lo que nos lleva a sostener que podría dar inicio a la negociación, pero su participación en el tráfico de influencias necesariamente requerirá de algún acto contributivo. ¿De quien podría provenir la financiación por

(710) Entre los autores peruanos, se precisa la participación del particular interesado como instigador si el traficante tiene la influencia, mas no la invoca; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 131; QUISPE AQUISE en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 60.

(711) *Vid.* HURTADO POZO en *Anuario de Derecho Penal*, 2005, p. 292; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1017.

(712) Así también: CUGAT MAURI, 1997, p. 244; HURTADO POZO en *Anuario de Derecho Penal*, 2005, p. 292; REANO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 62; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 714-715; SALINAS SICCHA, 2016, p. 689; GARCÍA CANTIZANO en *Actualidad Jurídica* n.º 88, 2001, p. 62; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, p. 298; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1017; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 819; GUIMARAY MORI en *Montoya Vivanco*, 2012, p. 112; JIMÉNEZ NIÑO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 86, 2016, p. 103; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 131; LÓPEZ ROMANI en *García Cervero/Vitchez Chinchayán*, 2020, p. 239; PAZ PANDURO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 86, 2016, pp. 118-119; QUISPE AQUISE en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 60; PIMENTEL CRUZADO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 70; LEÓN TOMASTO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 99, 2017, p. 167. El artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) se refiere al particular interesado como el instigador.

el tráfico? Nadie más que el particular interesado asume dicho rol, y no un tercero, salvo que el primero lo autorice; pero, de todas maneras, mantiene el dominio de la compensación. Por ende, mientras que no se criminalice una conducta del traficante de aceptación o admisión de solicitudes o proposiciones de intermediación corrupta, no podríamos afirmar que el traficante es un instigador puro o que su contribución sea exclusivamente la de determinar al traficante al delito.

**Jurisprudencias:** *«Siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriidad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias. En consecuencia, el comprador solicitante de influencias o 'el interesado' en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el comprador solicitante de influencias habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al comprador o solicitante de influencias, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso el es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor. En síntesis, el comprador solicitante de influencias, es decir, el interesado en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el vendedor de influencias mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente» (Acuerdo Plenario n.º 3-2015 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 2 de octubre de 2015, fundamentos 10-11). <https://bit.ly/3ETDOQ1>*



*«El considerar al interesado como instigador en el delito de tráfico de influencias, implica que contacte con una persona capaz de influir sobre el funcionario público (jueces integrantes de la Sala Mixta de Emergencia) y le sugiera con marcada intensidad (influjo psicológico, comienzo de la inducción) que intervenga a su favor, recibiendo beneficios económicos, que sus dependientes coordinan» (Ejecutoria suprema del 5 de febrero de 2019 de la Sala Penal Especial Suprema, Apelación n.º 08-2018-02 Lima, considerando 13.5). <https://bit.ly/3mPgQDs>*



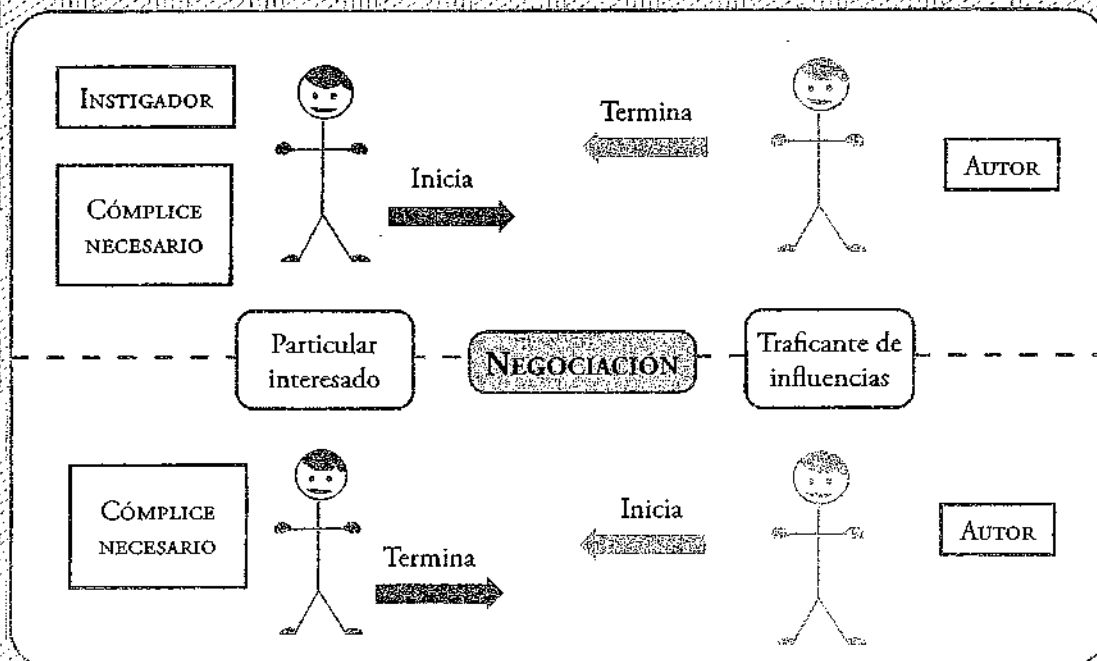
«Para la instigación en el delito de tráfico de influencias es necesario que se determine a otro a cometer un hecho punible de manera que mediante sus actos debe hacer que el instigado realice el comportamiento delictuoso concreto, esto es, que el instigado interceda ante funcionario o servidor público por una causa litigiosa, esto se configuró al haberse reunido para ello, hasta en dos primeras oportunidades» (Ejecutoria suprema del 3 de marzo de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1737-2013 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3EWNN6W>



«No debe entenderse que el código hace del instigador un autor, sino que equipara en cuanto a la pena a los instigadores con los autores, que, en efecto, se imputa al encausado que, conociendo del poder real y político que tenía su coencausado en el Poder Ejecutivo y Judicial en particular se contactó con él para motivarlo e instigarlo, sostenida y resueltamente, con ofertas dinerarias incluidas, a efectos de que los jueces fallaran a favor de la empresa y en contra de la Municipalidad Provincial de Lima» (Ejecutoria suprema del 27 de abril de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4166-2004 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3BTicBo>



Algunos sostienen que también será instigador el particular interesado si con su aceptación al servicio de intermediación corrupta refuerza una resolución criminal al tráfico<sup>(713)</sup>. El problema estriba en que el tráfico de influencias opera en una etapa de ofrecimiento y no cabe reforzar algo ya ejecutado, esto es, el ofrecimiento. Hay la confusión sobre la determinación del ofrecimiento o la ejecución de las influencias: si lo que se refuerza es la ejecución de las influencias con la aceptación, se estaría induciendo al agotamiento del delito, mas no a su negociación ya consumada.



(713) Así: JIMÉNEZ NIÑO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 86, 2016, p. 103.



Por otra parte, si la iniciativa a la negociación de la intermediación corrupta proviene del traficante, la admisión de dicho ofrecimiento hace al particular interesado un **cómplice necesario**, puesto que su aceptación es requisito necesario para la configuración de la conducta típica<sup>(714)</sup>. Por las conductas típicas del artículo 400 el particular interesado se presenta realmente como un cómplice necesario exclusivo. Así, cuando el traficante hace dar o hace prometer la compensación por su labor intermediador, es menester que el aporte material inmediato (*ex post*) del particular interesado sea dar o prometer, sino es atípica la imputación; lo mismo podríamos decir cuando el traficante recibe la compensación. Adviértase que es menester el aporte material previo (*ex ante*) del particular interesado en el sentido de entregar la compensación. Estas conductas del particular interesado no hacen más que viabilizar o perfeccionar la del traficante y no deben ser confundidas como refuerzos o incentivos psicológicos.

**3195.**  
Particular interesado como cómplice necesario

**Jurisprudencia contraria:** «El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito (...). En sentido estricto, el comprador o solicitante de influencias no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito—o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración necesaria, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad (...). Aun cuando la de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias» (Acuerdo Plenario n.º 3-2015 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 2 de octubre de 2015, fundamento 9). <https://bit.ly/3ETDOQ1>



Por otro lado, consideramos que el particular interesado dejará de ser partícipe del delito de tráfico de influencia si el traficante logra la transmisión del mensaje corruptor hacia el empleado público de decisión e inicia o fortalece el proceso comunicativo corruptivo. El particular interesado será imputado como autor del delito de cohecho generalizado activo por acto de decisión (artículo 398, Código Penal) porque, por regla de consunción, ante un concurso aparente de leyes, la participación por el tráfico de influencias se subsume a esta.

**3196.**  
Particular interesado deja de ser partícipe

(714) Así también: PACHECO OSORIO I, 1972, p. 317; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 123; HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 293; REANO PESCHIERA/CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 62; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 710-711; SALINAS SICCHA, 2016, p. 691; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1017; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 122; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, p. 298; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 820; GUIMARAY MORI en Montoya Vivanco, 2012, p. 112; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 294; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 136; LÓPEZ ROMANI en García Caveró/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 241; PIMENTEL CRUZADO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 70; LEÓN TOMASO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 99, 2017, p. 167.

3197.  
Empleado  
público de  
decisión

El empleado público de decisión no tiene participación alguna en el tráfico de influencias. Por lo menos, el artículo 400 no lo exige<sup>(715)</sup>. En tal sentido, no es exigible que este siquiera conozca las coordinaciones entre el traficante y el particular interesado; es evidente que no interviene en el acuerdo de dichas personas<sup>(716)</sup>. Un empleado público de decisión desconocedor de las actuaciones del particular interesado o del traficante lo hace impune.

3198.  
Empleado  
público de  
decisión  
determi-  
nado

El tipo penal no precisa para todos los casos de la existencia previa de una vinculación entre el traficante y el empleado público de decisión. Así, haya o no coordinación previa entre ellos o algún relacionamiento, no condiciona la tipicidad del sujeto activo. Cuales fueran las razones en las que sostiene sus influencias no altera los alcances típicos de la figura penal.

Lo que sí es preciso señalar es que entre el traficante y el particular interesado se identifique a un empleado público de decisión. La labor de intermediación no tiene que estar planificada para un determinado individuo o una persona específica<sup>(717)</sup>, lo que importa es que se entienda que las influencias se relacionan con el empleado público que tiene bajo su competencia el acto de decisión funcional. Es mucho exigir su nombre; aunque, común. No creemos que las influencias se limiten a la encargatura en desconocimiento del quien lo tenga. Tampoco se debe llegar al extremo de una identificación exhaustiva (*v. gr.*, nombre completo, cargo específico, dirección, edad, etc.), basta con saber que la labor de intermediación se dirigirá a un empleado público (sin necesidad de identificación personal) que tiene a su cargo el acto de decisión que pretende el particular interesado.

3199.  
Empleado  
público de  
decisión  
como  
partícipe

Nada impide que el empleado público de decisión conozca la posibilidad de un tráfico de influencias, ya sea que esté en coordinación con el traficante o con el particular interesado ante un proceso comunicativo no iniciado o truncado. En esas situaciones podríamos incorporar al empleado público de decisión dentro del ámbito del tráfico de influencias y se convertiría en una relación tripartita. En cuanto a la primera, encontramos un tráfico de influencias por el empleado público de decisión, es decir, impulsado por quien el particular interesado espera que emita una función de decisión a su favor. En el artículo 400 no se tipifica una actuación de un tráfico de influencias desde adentro similar a esta, lo que queda solamente es adecuar la conducta del empleado público de decisión con un título de participación. Así, sería el

<sup>(715)</sup> Las legislaciones penales describen al empleado público de quien se tiene el prevalimiento: artículo 346 del Código Penal italiano («un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público»), artículo 256 bis del Código Penal argentino («un funcionario público»), artículo 158 bis del Código Penal uruguayo («un funcionario público»), artículo 233 del Código Penal venezolano («algún funcionario público, o miembro de la Asamblea nacional»), artículo 336 del Código Penal salvadoreño («un funcionario o empleado público»).

<sup>(716)</sup> Cfr. DONNA, 2002, p. 229; GONZÁLEZ en Balcaire II, 2014, p. 232.

<sup>(717)</sup> Cfr. ANTOLISEI II, 1960, p. 687; RANIERI III, 1955, p. 384; ROMANO, 2013, pp. 122; MIRABETE/FABBRINI 3, 2019, p. 362; SILVA, 1973, p. 460; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 73.

funcionario de decisión instigador si es que toma la iniciativa y convoca al traficante o un cómplice si el traficante recurre a este en el afán de conseguir su aprobación para iniciar el tráfico de influencias con el particular interesado.

Un tráfico de influencias en cadena ocurre si es que el traficante traslada su responsabilidad contractual de intermediación a un tercero. No debe confundirse con el tráfico de influencias indirecto, en el que el tercero interviene en representación del traficante para negociar los alcances de la labor de intermediación. Es un traspaso de responsabilidad y no un subsidio en la labor de intermediación. Sin embargo, consideramos que no se puede imputar el presente delito al nuevo traficante que recibe el encargo de intermediación del otro traficante. Si es que se tipifica solo la etapa de ofrecimiento o negociación por la ejecución de las influencias, la intermediación de un traficante subcontratado forma parte de la etapa de agotamiento del delito.

**3200.**  
Tráfico de influencias en cadena

**Jurisprudencia:** «Esta figura de instigación en cadena se entiende de la posibilidad de imputación de responsabilidad al instigador del instigador (ad infinitum) hasta llegar al vendedor de influencias. Empero, no debe olvidarse que el delito de tráfico de influencias es una figura que adelanta las barreras de punibilidad (pues en teoría sanciona los actos preparatorios de otros delitos de corrupción de funcionarios). Por ello, considerar la instigación en cadena para este tipo penal acarrearía una sanción aún más adelantada de los actos preparatorios, que en la doctrina actual no cuenta con el consenso mayoritario sobre si dichas conductas conllevan real lesividad o peligro al bien jurídico tutelado» (Sentencia del 18 de agosto de 2020 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 911-2018 Lambayeque, considerandos 13.1-2). <https://bit.ly/3wsObXV>



Asimismo, la negociación entre el traficante contratado y un nuevo traficante para la realización de la ejecución de las influencias no estaría comprendido en los alcances del tipo penal, ya que el delito quedó consumado con la primera negociación en la que intervino el particular interesado. Si esta faculta al traficante a la subcontratación, queda configurado el delito, ejecutarla nos llevaría a una consumación material.

El sujeto pasivo del delito es el Estado por ser el titular de la neutralidad de los actos de decisión funcional. Específicamente identificamos esta condición en la entidad pública (jurisdiccional o administrativa) en la que pretende el traficante operativizar sus influencias. No es sujeto pasivo del delito el funcionario de decisión, toda vez que no es titular o dueño de su acto de decisión funcional, la imparcialidad o la objetividad de su proceder incumbe a la entidad que representa y no a su persona.

**3201.**  
Sujeto pasivo

**Jurisprudencia:** «En el delito de tráfico de influencias la víctima no es el funcionario público al que se busca influenciar sino el Estado, pues se afecta la administración pública y su responsabilidad» (Ejecutoria suprema del 9 de agosto de 2004, R. N. n.º 1552-2003 Santa) (718). <https://bit.ly/3qalFlu>



(718) SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 311.

**3202.**  
Empleado  
público de  
decisión  
como  
agraviado

Podría ser **agraviado** el empleado público de decisión si es que la labor proyectada del traficante busca una intromisión o invasión no autorizada que entorpece la toma de sus propias decisiones. Pero no consideramos que sea un agraviado porque se denigre su honorabilidad. El tráfico de influencias no puede ser el espacio en el que este pueda invocar afectación a su reputación. No olvidemos que nos encontramos ante un delito de corrupción en el que se enfoca la tutela al acto de decisión funcional y no a la persona del funcionario que lo realiza. Si se asume la postura proteccionista de la reputación institucional habría problemas en sostener lo contrario.

**3203.**  
Situación  
del par-  
ticular  
interesado  
ante las  
influencias  
simuladas

Si el traficante invoca influencias simuladas o irreales, no convierte al particular interesado en un agraviado del presente delito<sup>(719)</sup>. No existe buena fe ni neutralidad en quien decide solventar la labor traslativa de su mensaje corruptor; esto va más allá de lo moral, puesto que ingresa al ámbito de la corrupción. Además, el traficante y el particular interesado se desenvuelven en una relación horizontal, en las mismas condiciones<sup>(720)</sup> y, por ende, bajo las mismas responsabilidades. Si emplea su propio patrimonio para financiar la labor de un traficante que oculta su proceder fraudulento en su contra, asume su propio riesgo patrimonial (autopuesta en peligro)<sup>(721)</sup>. El tráfico de influencias no es una estafa.

**3204.**  
Objeto  
material

En ese espacio de negociación, tanto el traficante como el particular interesado plantearán pretensiones o proposiciones. Es sobre ellos que recaerán los efectos de las conductas típicas (su aceptación); por lo que podríamos considerarlos **objetos materiales** del tráfico de influencias. Advertiremos que cada pretensión o propuesta tiene un doble contenido, el cual gozará de mayor interés o relevancia conforme sea quien lo plantee.

(719) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 684-685; SALINAS SICCHA, 2016, p. 696; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 28, 2004, p. 119; MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 146; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 53; ENCO TIRADO, 2020, p. 174; PEÑA TERREROS en *Actualidad Jurídica* n.º 157, 2006, p. 91; CANCHO ALARCÓN en *Cancho Alarcón*, 2014, p. 295; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 125; DÍAZ PRETEL en *Gaceta Penal & Procesal penal* n.º 125, 2019, p. 170; LEÓN TOMASTO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 99, 2017, p. 166. En sentido contrario: FRAGOSO II, 1986, p. 468; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 361; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 218; JESÚS 4, 2012, p. 274; GALVÃO, 2015, p. 295; PRADO 3, 2019, p. 421; MASSON 3, 2018, p. 708; PIERANGELI 2, 2007, p. 894; CUNHA, 2019, p. 906; NUCCI 3, 2019, p. 592; ESTEFAM 3, 2018, p. 670; PAGLIUCA II, 2010, p. 224; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 344; MARTIN DE SANCTIS en *Jail/Grcco Filho*, 2019, p. 837; PEÑA OSSA, 1995, p. 191; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 347; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 317; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 72; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 239; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 456; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 24, 2002, p. 271; GÓMEZ MENDOZA, 2011, p. 290. Para JAVIER EDUARDO LÓPEZ ROMANÍ si el particular interesado no acepta la propuesta y denuncia el hecho es considerado agraviado (en *García Caveró/Vilchez Chinchayan*, 2020, p. 244).

(720) Cfr. CUGAT MAURI, 1997, p. 244.

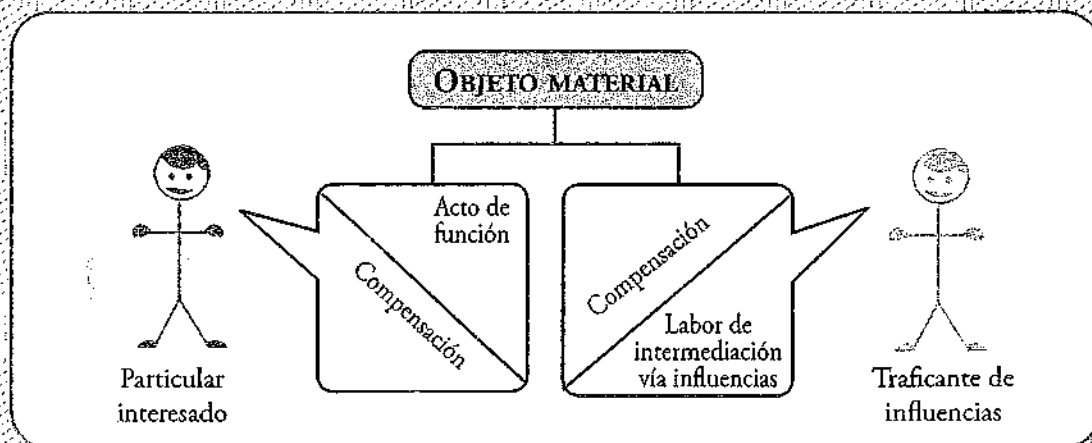
(721) Así tab.: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 699; MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 149.

Por una parte, la **propuesta o pretensión del particular interesado** tiene como contenido fin el acto de decisión funcional (lo que pretende conseguir) y como contenido medio la compensación por la labor de intermediación vía las influencias para conseguirlo (lo que necesita para conseguir lo que pretende). Por otra parte, la **propuesta o pretensión del traficante** tiene como contenido fin la compensación por su labor de intermediación (lo que pretende conseguir) y, como contenido medio, las influencias que ostenta en relación con el empleado público de decisión (lo que necesita para conseguir lo que pretende).

La ausencia de cualquier contenido de las pretensiones o los planteamientos del traficante o particular interesado hace atípica la imputación por idoneidad del objeto material; por ello, es importante analizar la aptitud objetiva de las pretensiones en el ámbito de la negociación corruptiva. Ahora bien, nótese que de las pretensiones se desprende tres elementos típicos: *i*) la compensación (lo que pretende el traficante y entrega el particular interesado); *ii*) la labor de intermediación vía las influencias (el medio que tiene el traficante y lo que solventa el particular interesado); y, *iii*) el acto de decisión funcional (lo que pretende el particular interesado y lo que debe conseguir el traficante). Todos ellos tienen que configurarse; la ausencia de cualquiera nos lleva a la atipicidad objetiva. Por ejemplo, la ausencia de las influencias hace atípica la pretensión del traficante o la ausencia de la compensación hace atípica la pretensión del particular interesado.

**3205.**  
Pretensiones del particular interesado y traficante

**3206.**  
Contenido de las pretensiones

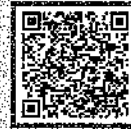


La **compensación** es la retribución ilegal que otorga el particular interesado al traficante de influencias por la labor de intermediación que realizará por sus influencias en el sentido de obtener el acto de decisión funcional pretendido por el particular interesado. Es el beneficio percibido por el traficante por su servicio de ejecución de influencias. Es común que algunos penalistas identifiquen a la compensación como el objeto material<sup>(722)</sup>.

**3207.**  
Compensación

<sup>(722)</sup> Así, RANIERI III, 1955, p. 385; GHERSI en Arce Aggeó/Báez 3, 2013, p. 1200; BITEN-COURT 5, 2019, p. 237; PRADO 3, 2019, p. 422; FIERANGELI 2, 2007, p. 895; MASSON 3, 2018, p.

**Jurisprudencia:** «En las resoluciones cuestionadas no se habría expresado cómo se habría configurado el tipo penal del delito de tráfico de influencias, puesto que, si bien se mencionan las llamadas telefónicas por parte del favorecido, faltaría un elemento constitutivo del tipo penal referido al pago o promesa de recibir, hacer dar o hacer prometer, es decir, los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja y con el ofrecimiento de algo), que corresponden al comportamiento típico del delito de tráfico de influencias que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas» (Sentencia del 6 de marzo de 2018 del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 00228-2017-PHC/TC Lima, fundamento 6). <https://bit.ly/3EX1S4G>.



**3208.**  
Retributi-  
va e inde-  
bida

Cabe hallar dos características: retributiva e indebida. La compensación es **retributiva**, es decir, debe premiar o solventar el esfuerzo del traficante por el servicio brindado. La compensación es **indebida** porque retribuye un servicio proscrito. Tanto el soborno como la compensación que analizamos retribuyen una conducta ilegal: para el primero, el acto de función; para el segundo, el acto de intermediación via influencias.

**3209.**  
No es un  
mensaje  
corruptor

No cabe confundirlo con el mensaje corruptor o medio corruptor, ya que no se trata de un soborno. No se soborna al traficante, sino al empleado público de decisión. La compensación no implica un beneficio para el empleado público de decisión. Por lo pronto, no es lo que indica el artículo 400. La compensación tampoco hace del tráfico de influencias un delito de corrupción; esto recién sucede cuando el empleado público de decisión percibe algún beneficio no autorizado en etapa de ejecución de las influencias y no en etapa de ofrecimiento o venta. Simplemente la compensación es el incentivo al traficante para que pueda dar impulso un mensaje corruptor del particular interesado hacia el empleado público de decisión.

**3210.**  
Sentido de  
la com-  
pensación

El sentido o la razón de la compensación deben residir en la labor de intermediación para la obtención del acto de decisión funcional pretendido<sup>(723)</sup>. Se paga por la función que realiza o realizará el traficante (una especie de precio por la influencia). Los detalles sobre en qué se utilizará o invertirá el beneficio no tiene que ser establecidos en la negociación de las influencias; basta con la definición de la compensación, sin entrar a detalles de su utilización.

**3211.**  
Empleo de  
la com-  
pensación  
como  
soborno

En principio, no debería comprender el beneficio que percibirá el empleado público de decisión. El ofrecimiento o la aceptación por la compensación se asocian por la labor de las influencias. Si la compensación se cibe solo a ser el soborno para el empleado público de decisión<sup>(724)</sup>, sin que se compense la labor de intermediación,

707; GRECO 3, 2017, p. 851; CAPEZ 3, 2019, p. 599; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 999; TELES III, 2004, p. 456; MARTÍN DE SANCTIS en Jail/Graco Filho, 2019, p. 837; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 344; HURTADO BOZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 283.

<sup>(723)</sup> Vid. MAGGIORE III, 1955, pp. 281-282; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 117; FRAGOSO II, 1986, p. 468; CUNHA, 2019, p. 906; SALLES JUNIOR, 1987, p. 362; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 997; FEBRES CORDERO, 1966, p. 253; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 74.

<sup>(724)</sup> Cfr. PACHECO OSORIO I, 1972, p. 316.

se vería al traficante como un mero intermediario sin responsabilidad contractual y, por ende, sería imputado como cómplice necesario en el cohecho generalizado activo (artículo 397, Código Penal). Si el beneficio es compartido entre el traficante y el empleado público de decisión, no significa que estemos ante un cohecho si es decisión de éste valerse de un soborno expreso para reforzar sus influencias, siempre que su labor también sea compensada.

No tiene cabida el **ofrecimiento gratuito** de la labor de intermediación en el tráfico de influencias<sup>(725)</sup>. De todas maneras, el traficante debe ser retribuido por su labor. La inexistencia de la compensación no configura un tráfico de influencias. Claro está, el artículo 400 precisa de la necesidad de retribuir al traficante; incluso, por un desprendimiento voluntario del particular interesado (donativo), aun si no lo solicita el traficante. Si no hay el traslado de un beneficio para el traficante, aun cuando se haya cumplido con el ejercicio de las influencias, no podría imputarse el presente delito. Es atípica la proyección deductiva del traficante de poder conseguir algún beneficio, si es que no existe previamente en las pretensiones la mención de la compensación.

La compensación puede o no comprender los gastos operativos por la labor de intermediación. Si el traficante solo solicita retribución por los gastos incurridos en su labor, de todos modos, se adecua el caso. El beneficio descrito en el artículo 400 recae en favor del traficante, si este es un mal negociador o cuantifica erradamente sus gastos en su labor de intermediación, no modifica la adecuación típica del caso.

**Jurisprudencia:** *«Está debidamente probado que el procesado ofreció interceder ante la Sala Penal donde se ventilaba el incidente y a cambio de ello recibió el dinero que previamente había sido acondicionado por los funcionarios de la entidad de control y que le fuera encontrado en uno de los bolsillos de su pantalón al momento de ser intervenido; que dicha suma de dinero fue recibida voluntariamente por el procesado, quien incluso entregó al denunciante el vuelto de diez soles; que, si bien el procesado afirma que era para los gastos de un almuerzo que el denunciado le había propuesto invitarle; ello no le quita el carácter de donativo o ventaja»* (Ejecutoria suprema del 7 de mayo de 2003 de la Sala Penal Transitoria, Expediente n.º 1981-2002 Lima, considerando 7)<sup>(726)</sup>. <https://bit.ly/3oaje7h>



El artículo 400 identifica las **formas de la compensación** del traficante con los términos donativo, promesa, ventaja y beneficio<sup>(727)</sup>, siguiendo los mismos lineamientos en las descripciones de las formulas legales de los cohechos. Los dos

(725) Así tal: HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 452.

(726) SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 526.

(727) La identificación de la compensación en la legislación comparada: artículo 346 del Código Penal italiano («dinero u otra utilidad como precio de su mediación»), artículo 430 del Código Penal español («dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o ofrecimiento o promesa»), artículo 433-2 del Código Penal francés («ofertas, promesas, dádivas, regalos o ventajas cualesquiera»), artículo 256 bis del

3212.

¿Ofrecimiento gratuito?

3213.

Formas de compensación

primeros son expresiones ejemplificadoras; los restantes son cláusulas comprensivas o interpretativas para la adecuación de otras situaciones de beneficios para el traficante no previstos en los primeros.

3214.  
Donativo y  
promesa

El **donativo** es una especie de compensación o agradecimiento liberal del particular interesado sin que se considere una obligación reclamable. Se cuestiona que se encuentre en el listado de formas de compensación, ya que es contradictoria en un ámbito de negociación<sup>(728)</sup>. Una **promesa** es una futura o posterior entrega (dación de bienes) o la realización (prestación de servicios de hacer o no hacer) de un beneficio serio, posible y determinado; mas no imaginario, inverosímil, vago y confuso. Esta promesa puede estar plasmada en forma escrita o gráfica o simplemente oral.

3215.  
Ventaja y  
beneficio

La **ventaja** o el **beneficio** son términos sinónimos y estriban en todo valor apreciable a las necesidades o los requerimientos del traficante. Son términos amplios —por eso el artículo 400 indica «*cualquier otra ventaja o beneficio*»— que habilitan la adecuación de toda forma de compensación. Así, puede tratarse de bienes (muebles e inmuebles) o servicios (servicio por servicio), materiales o inmateriales, de carácter económico o no, de origen legal o ilegal. En resumidas cuentas, el empleo solo del beneficio engloba toda forma compensatoria apta para el presente tipo penal; por ello, el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) recurre a la expresión «*beneficio indebido*».

Ahora bien, es más viable una compensación de carácter económico o patrimonial<sup>(729)</sup> —propia en toda negociación— (indiscutible si se desarrolla en un ámbito de profesionalidad), pero la amplitud del beneficio no cierra la posibilidad de una compensación no económica. Se ha considerado que estos son beneficios económicos indirectos. «Si lo que puede generar un riesgo para el bien jurídico es que exista un móvil personal (económico o no económico) que pueda llevar al 'vendedor' a poner en práctica su capacidad de influencias, carece de sentido discriminar entre las posibles ventajas a partir de su naturaleza»<sup>(730)</sup>.

Código Penal argentino («*dinero o cualquier otra dádiva o una promesa directa o indirecta*»), artículo 332 del Código Penal brasileño («*ventaja u otra promesa de ventajas*»), artículo 158 *bis* del Código Penal uruguayo («*provecho económico o su promesa*»), artículo 233 del Código Penal venezolano («*dinero u otras ventajas*»), artículo 336 del Código Penal salvadoreño («*dinero u otras ventajas*»), artículo 369-C del Código Penal hondureño («*dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o gratificación u ofrecimiento o promesa*») y artículo 354 del Código Penal panameño («*dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico*»).

<sup>(728)</sup> Cf. HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 284; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 302.

<sup>(729)</sup> Entre los que limitan la compensación a un carácter económico: LANGON CUÑARRO, 2017, p. 153; ROJAS VARGAS, 2007, p. 797; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 262; PEÑA TERREROS en *Actualidad Jurídica* n.º 157, 2006, p. 92.

<sup>(730)</sup> VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 277.



Por nuestra parte, optamos por organizar a la compensación conforme a la dinámica que toma en cuanto a la pretensión planteada en la negociación de las influencias. Así, la compensación puede ser realizada o realizable. Esto quiere decir que sería entregable con anticipación, durante o después de realizada la labor de intermediación<sup>(731)</sup>. Las formas de cumplimiento de la compensación son variadas y sujetas a la determinación del particular interesado y el traficante.

**3216.**  
Compensación conforme a su dinámica

Una **compensación realizada** reside en la entrega inmediata del beneficio (donativo o ventaja) al traficante, ya sea con la dación del bien o la realización del servicio. Se ajusta a un modelo de contrato de pago adelantado o anticipado por el servicio de intermediación. Es menester que sea una entrega efectiva y completa del beneficio.

**3217.**  
Compensación realizada

Una **compensación realizable** se entiende por la entrega posterior del beneficio al traficante, es decir, la traslación futura del bien o la realización del servicio después del acuerdo. Así, el particular interesado ofrece o promete entregar un beneficio a futuro. El artículo 400 lo identifica con la palabra «promesa». El beneficio posterior puede concretarse durante la ejecución de la labor de intermediación, al culminar esta o cuando se obtiene el resultado pretendido por el particular interesado. Aquí se estaría ante modelos de contrato de pago por resultado, por armadas o por periodos. Su no cumplimiento o disconformidad posterior al acuerdo no debe afectar la tipicidad. Un adelanto del beneficio es una compensación realizable, ya que es una expresión de garantía de la compensación total que se dará más adelante.

**3218.**  
Compensación realizable

En una compensación realizable no es menester que en la negociación se haya logrado precisar su cuantía o la suma total de la retribución<sup>(732)</sup>, siendo suficiente con una apreciación general del beneficio que percibirá por la labor de intermediación. Cualquier defecto sobre la verdadera suma a percibir no puede invalidar el delito. Si el traficante, más adelante, se ve disconforme o contrario a lo entregado o a entregar por su labor, no modifica la tipicidad del caso.

La compensación puede consistir en una entrega del beneficio para el propio traficante (traficante directamente beneficiado: «*para sí*») o para un tercero (traficante indirectamente beneficiado: «*para un tercero*»)<sup>(733)</sup>. En el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se hace mención del mismo con la expresión «*que redunde en su provecho o el de otra persona*». El mensaje normativo no

**3219.**  
Compensación para sí o para otro

(731) Cf. MANZINI 9.IV, 1961, p. 256.

(732) Cf. RANIERI III, 1955, p. 385; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 278; FRAGOSO II, 1986, p. 469.

(733) En otras legislaciones se precisan también a los beneficiados de la compensación: artículo 346 del Código Penal italiano («*sì o a altro*»), artículo 332 del Código Penal brasileño («*para si o para outro*»), artículo 158 bis del Código Penal uruguayo («*para sí o para otro*»), artículo 233 del Código Penal venezolano («*para sí o para otro*»), artículo 336 del Código Penal salvadoreño («*para sí o para otro*») y artículo 354 del Código Penal panameño («*en beneficio propio o de un tercero*»).

discrimina al destinatario final del beneficio de la compensación y supera cualquier déficit en la adecuación típica de beneficios ajenos. Puede pactarse al que es o será el beneficiado de la compensación o simplemente es definido por el propio traficante en desconocimiento del particular interesado. Es relevante esta apreciación, ya que la percepción del tercero beneficiado pactado configura el delito, sin necesidad de que el traficante lo verifique o le conste.

3220.  
Tercero  
vinculado

Ahora bien, consideramos que no se trata de cualquier tercero. El tercero beneficiado puede ser una persona natural o jurídica, pero tiene que estar **vinculado** al traficante, sino no tendría cabida el significado compensador del beneficio. En tal sentido, el tercero debe tener alguna vinculación relevante con el traficante (*v. gr.*, un familiar, su pareja sentimental, un acreedor).

3221.  
Empleado  
público de  
decisión  
como  
tercero

Surge la interrogante si el tercero puede ser el empleado público de decisión. Consideramos que sí<sup>(734)</sup>, siempre que también sea compensado el traficante y/o entre ellos exista alguna vinculación (solo es posible en casos de influencias reales). No importa si fue acordado por el traficante y el particular interesado o es predisposición del primero, o que lo sepa o no el empleado público de decisión. No habrá tráfico de influencias si la compensación es exclusiva para el empleado público de decisión (soborno)<sup>(735)</sup>, ya que deja de ser un tercero beneficiado vinculado; y el traficante, un beneficiado indirecto.

3222.  
Interme-  
diación via  
influencias

La **labor de intermediación via las influencias** es el servicio o la actividad *pro* corrupción que ofrece o le piden realizar al traficante. En una etapa de ofrecimiento o venta, la labor de intermediación por influencias es lo que atrae al particular interesado del sujeto activo y lo que lo singulariza o lo lleva a un ámbito de negociación. Es el objeto del contrato de servicio o lo que se retribuye. No está vendiendo el acto de decisión funcional, sino sus propios servicios de ser accesitario a la posibilidad de corromperlo. «Lo que vende el traficante es su influencia ante el empleado oficial, cuyos favores necesita el interesado (...). Lo que vende, pues, es el prestigio o preponderancia que dice tener frente al empleado oficial»<sup>(736)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La conducta de orientación o destino probable de la acción ilícita —ofrecimiento de interceder— (en tanto componente teleológico o finalístico), por su naturaleza misma, constituye un elemento solo posible de identificar, via inferencia o deducción, a partir de las referencias contextuales y hechos indiciarios» (Ejecutoria suprema del 31 de mayo de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. A. V. n.º 05-2008-10 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/2ZZFOHL>.



(734) Así también: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 533.

(735) *Vid.* MANZINI 9.IV, 1961, p. 258.

(736) FERREIRA DELGADO, 1995, p. 117. *Vid.* ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomeñe Seijas, 2019, p. 116; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 696.

La labor de intermediación o representación que ofrece o le piden al traficante es descrita en el artículo 400 con el verbo «interceder» que puede gozar de amplias interpretaciones como la de abogar o mediar; pero, si tomamos en cuenta que la **intercesión** se dirige a un «funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo», notamos que la labor de mediación o intermediación debe tener por objetivo conseguir un acto funcional decisorio por parte del empleado público de decisión, el cual tiene consonancia con los alcances del bien jurídico principista. Por lo pronto, la intermediación del traficante se entiende por interceder o conseguir el acto de decisión funcional.

Ahora bien, conforme al esquema del delito, no es que se vaya a ejecutar dicha labor, sino que se identifica en la negociación ilícita como una prestación de servicio a brindar si es retribuida. En el tipo penal la labor de intercesión o intermediación forma parte de la pretensión del particular interesado y para el traficante es su oferta o **propuesta servicial**. En general, la labor de intermediación es una propuesta en la negociación y no necesariamente un acto ejecutado. Esto permite sostener que no interesa para la adecuación típica del caso demostrar si el empleado público de decisión es influenciado o no. Solo es menester que el particular interesado solicite el servicio o el traficante lo ofrezca y se concrete la venta. Hablamos de una manifestación de la realización del servicio, independientemente que se dé o no. Lo que se sanciona penalmente es la negociación de las influencias, mas no la ejecución de su objeto.

**Jurisprudencia:** «Los hechos denunciado no reúnen los elementos para que se configure el tipo penal de tráfico de influencias, ya que si bien el denunciado, ante el pedido de ayuda de la denunciada, le manifestó respecto a lo de tu esposo voy a averiguar como te ayudo... veré como ayudarlo y facilitarle las cosas; también lo es que en primer lugar el denunciado no ha invocado en forma expresa o concreta influencia alguna ni mucho menos ha ofrecido interceder ante determinado funcionario o autoridad que está conociendo el proceso del esposo de la denunciada, ni ha recibido o se ha hecho prometer por parte de esta algún tipo de beneficio o ventaja económica, ni mucho menos esta le ha hecho ofrecimiento similar para que interceda» (Ejecutoria superior del 20 de diciembre de 2005 de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Expediente n.º 814-2005, considerando 3). <https://bit.ly/3BUCsTl>



Sin embargo, puede ocurrir que el traficante ya venga ejerciendo dicha labor o, inclusive, ya ha conseguido convencer al empleado público de decisión, faltando solo definir la compensación por el acto de decisión funcional. Es viable dicha **situación excepcional** en casos de tráfico de influencias impulsado por el traficante o por el empleado público de decisión que recurre al traficante. Mientras no se concrete el acto de decisión funcional, el traficante puede negociar la compensación por su labor de intermediación, ya sea que no haya ejecutado o este ejecutando la intercesión.

3223.  
Interceder al acto de decisión funcional

3224.  
Intercesión como servicio a prestar

3225.  
Intercesión como servicio en proceso de ejecución

3226.  
Influencias

El traficante ofrece la intercesión al acto de decisión funcional a través de su medio personalísimo, las **influencias** (vinculaciones, crédito o valimiento). Se trata de la herramienta especial que tiene el traficante y que lo distingue de cualquier intermediario. Es el meollo o el motivo de la criminalización del presente delito y, a la vez, por ellas podríamos insistir en su familiaridad con la corrupción: aprovechamiento de las relaciones interpersonales con los empleados públicos de decisión para negociar la imposición de los intereses privados en los actos de función. El traficante es un *pseudo* corruptor que motiva o refuerza un proceso de comunicación corruptivo a través de sus influencias.

3227.  
Información al particular interesado de las influencias

En la negociación, el traficante tiene que informar o ratificar al particular interesado que empleará las influencias en su labor de intercesión. Lo contrario son las influencias genéricas o vagas<sup>(737)</sup>, en las que solo se invocan, pero no se establece su utilidad al objetivo funcional, lo cual nos lleva a la atipicidad. Es indiferente que precise o indique la forma cómo empleará las influencias, es decir, en qué tiempo, de qué modo, en qué lugar, etc. Las precisiones contractuales de la labor intermediadora no son exigibles, bastando con que esté explicitado el servicio de influjo<sup>(738)</sup>. Por consiguiente, si las precisiones contractuales no son concretadas al momento de la intermediación, no invalidan la imputación jurídica del delito.

**Jurisprudencia:** «El encausado no ofreció al inculcado interceder ante la Procuradora o el Juez, simplemente se limitó a dar cuenta del ejercicio de influencias que por orden del ex Presidente ya había consumado, y esto desarta evidentemente la posibilidad de una imputación por instigación contra el citado imputado, quien, como se ve, no tuvo oportunidad de determinar, en el sentido del artículo veinticuatro del Código Penal, la presunta decisión del encausado de influir sobre la Procuradora y el Juez, es más, si somos estrictos en la aplicación de este delito, debe tenerse en cuenta que la intercesión prohibida es sobre un funcionario que conozca de un caso judicial o administrativo; ello, en consecuencia, excluye de plano la relevancia de la presunta intercesión ante la Procuradora del Ministerio del Interior; es decir, la discusión sobre el presunto tráfico de influencias debe centrarse en estricto a la influencia supuestamente ejercida sobre el Juez Penal Especializado en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas» (Ejecutoria suprema de 16 de junio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3623-2005 Lima, considerando 13). <https://bit.ly/3kahbin>



3228.  
Ausencia de las influencias

La ausencia de estas en el traficante, en el caso de proceder con la intercesión corrupta, lo hace un mero intermediario de un cohecho generalizado activo por actos de decisión (artículo 398, Código Penal). Sin las influencias no existe nada que comercializar o negociar y, de insistir en la divulgación del medio corruptor, volvemos a un proceso comunicativo corruptivo o un cohecho. El hecho es atípico

(737) Cf. CATALÁN SENDER, 1999, p. 229; ROJAS VARGAS, 2020, p. 601.

(738) Cf. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4048.

por tráfico de influencias. En consecuencia, las influencias reemplazan al soborno en el cometido de conseguir el objetivo funcional de imposición de los intereses privados en los actos de función.

Ahora bien, el traficante no debe ofrecer encargarse de la entrega del soborno al empleado público, si es que no recurre a las influencias<sup>(739)</sup>. El soborno puede ser el medio reforzador de traficante; pero si no se vale de las influencias no se configura el delito. Si el particular interesado contrata al traficante solo para trasladar el soborno sin valerse de las influencias estamos ante un cohecho generalizado activo indirecto, en donde el traficante es un mero intermediario.

Previamente se tiene que definir la aptitud típica de las influencias en la negociación ilícita. Las influencias son los medios que tiene el traficante para convencer al particular interesado de acordar la venta. Es cierto que importaría solo su idoneidad informativa convencedora para lograr la compensación; pero, sostenerlo así implicaría sostener que lo que importaría reside en los intereses de la contraparte del traficante en un ámbito contractual entre privados: si fue o no legítimo el pago por el servicio. Consideramos que la **idoneidad convencedora** del traficante debe darse en cuanto la información que asegure al particular interesado la potencialidad de la labor intermediadora o interesadora de su mensaje corruptor. Mejor dicho, la evaluación de la tipicidad se basa el convencimiento del traficante al particular interesado de poder cumplir la labor de intermediación por sus influencias y no por el desprendimiento patrimonial, aunque fuera simultánea a esta<sup>(740)</sup>. Se evalúa las influencias, no tanto porque se consiga la compensación, sino porque convence al particular interesado sobre su idoneidad de lograr el objetivo funcional.

Las **influencias** son las relaciones de favorabilidad que ostenta o tiene el traficante con el empleado público de decisión y que le permiten contar con una potencialidad de accesibilidad o admisibilidad de sus pedidos en el ámbito decisorio de los actos jurisdiccionales o administrativos. Hay dos elementos en esta definición que no debemos dejar de evaluar en todos los casos de tráfico de influencias: la relación de favorabilidad y la potencialidad de admisibilidad del pedido. Ambas siempre dirigidas a un empleado público de decisión. Sin ellos no habrán las influencias que exige el presente delito.

**Jurisprudencia:** *«El delito de tráfico de influencias constituye una conducta de intermediación entre dos personas; no siendo necesario que el agente sea funcionario público; sin embargo, la acción va dirigida a influir sobre un funcionario y no sobre cualquier sujeto»* (Ejecutoria suprema del 17 de octubre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1959-2011 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3HaUu7J>



**3229.**  
Influencia para la intermediación y no para la compensación

**3230.**  
Influencia:

(739) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en Código Penal III, 1997, p. 4048.

(740) Vid. ROJAS VARGAS, 2007, p. 789.

**3231.** Relación de favorabilidad. La **relación de favorabilidad** o ventaja (relación de importancia o prevalimiento) es una vinculación singular que tiene el traficante y el empleado público de decisión que lo posiciona o sitúa en un tratamiento especial y diferenciado frente a cualquier ciudadano en torno a la accesibilidad o permisión de sus intereses privados frente al público. Importa evaluar dicha relación de favorabilidad para explicar que el empleado público de decisión cuenta con las influencias que necesita el particular interesado. Es la base de la cual parten las influencias y lo que lo hace exclusivo e interesante al particular interesado. Es sobre lo que parte el traficante para poder conseguir los objetivos funcionariales. Por ello, se esta, por lo común, ante una relación preexistente o previa a la potencialidad influyente.

El empleo de esa relación de favorabilidad como objeto de venta supera el *estatus* neutral y la convierte en un riesgo prohibido. Una relación de favorabilidad inutilizable es inocua, pero consigue el reprochable penalmente si es que no se utiliza como mercancía. Si el traficante la convierte como mercancía en el negocio ilícito, por imperio de la Ley penal convierte el hecho en delito. Todo ciudadano cuenta con los mecanismos legales debidos para conseguir el convencimiento de los funcionarios de decisión sobre los actos pretendidos. Un mecanismo no autorizado son las influencias, ya que expone a la neutralidad administrativa del empleado público a merced de la favorabilidad que ostenta el traficante. Por ello, toda influencia es tendente a ser ilegal porque desplaza los rangos o mecanismos legales autorizados para el convencimiento debido en las decisiones jurisdiccionales y administrativas.

**3232.** Relación de favorabilidad inmediata. Las influencias tienen que estar referidas con un **empleado público de decisión**<sup>(741)</sup>; más aún, deben estar orientadas a la obtención del acto de decisión funcional<sup>(742)</sup>. La relación de favorabilidad que aduce tener el traficante es con la persona responsable del acto de función de decisión, esto es, que tiene una **relación de favorabilidad inmediata** o directa<sup>(743)</sup>. No basta la exposición general de influencias, si es que en el ofrecimiento del traficante no se haga referencia al empleado público de decisión.

**3233.** No procede el tráfico de influencias en cadena. Por tales razones, no procede una influencia en cadena o secuencial<sup>(744)</sup>, ya que el traficante o su intermediario tienen que dirigirse al mismo empleado público de decisión. El artículo 400 es específico cuando refiere que el sujeto activo ofrece interceder ante el funcionario de decisión del caso y no a terceros que mediarán con

(741) Vid. MANZINI 9 IV, 1961, p. 253; ANTOISEI II, 1960, p. 687; CATALÁN SENDER, 1999, p. 231; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2061; TERRAGNI III, II, 2012, p. 435; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 232; PEÑA OSSA, 1995, p. 193; CHIOSSONE, 1972, p. 529; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 73; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 24, 2002, p. 273; CARHUANCHO ZALDANA en Jo. Villalobos *et al.*, 2020, p. 356.

(742) Cfr. ORTIZ BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 765; QUERALT, 2008, p. 1112; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 337; CATALÁN SENDER, 1999, p. 231.

(743) Así tab.: MORENO NIEVES en Calcina Hancoo/Paredes Vera 2, 2021, p. 556.

(744) Cfr. PIÑOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 532. En sentido contrario: CUGAT MAURI en Álvarez García III, 2013, p. 470; MUÑOZ LORENTE en *Economía* n.º 4, 2013, p. 84.

este. Además, el artículo 400 no tipifica las influencias con respecto a un empleado público de asistencia que pueda contribuir al acto de decisión de su superior. Si el traficante ofrece su intermediación a un empleado público de asistencia para que opere como un segundo traficante, estaríamos ante el tráfico de influencias en cadena, lo cual es atípico.

Esta relación de favorabilidad obedece a varios motivos. Las podemos organizar en atención a su origen o formación, esto es, en prevalimientos personales y funcionariales. Así, nos encontramos ante **prevalimientos personales** porque se forman en circunstancias propias del desarrollo personal o vivencial del traficante y de las que podríamos considerarlas como *estatus* o situaciones espontáneas. Por ejemplo, aquellas de tipo familiar, amical, sentimental, política, económica, etc. Por otra parte, los **prevalimientos funcionariales** o laborales se construyen en el ámbito de la labor administrativa en la que ejerce el traficante; por ello, que se la identifique como una posición adquirida y defraudatoria, mas no espontánea. Es un dependiente del aparato administrativo y se vale de ello para ostentar las influencias. Aquí el traficante tiene una relación de favorabilidad **horizontal** (compañerismo laboral) o **vertical** (jerarquía o dependencia).

Son los prevalimientos funcionariales que fundamentan la modalidad agravada del tráfico de influencias, en cuanto la relación de favorabilidad se construye en atención a esa vinculación funcionarial que abusa o aprovecha el traficante (empleado público) del empleado público de decisión.

La **potencialidad de la admisión del pedido** no es más que la idoneidad al convencimiento o determinación<sup>(745)</sup> al empleado público de decisión sobre lo pretendido por el particular interesado. Precisamente, de la relación de favorabilidad es que se parte para conseguir dicha potencialidad; sin esa relación no se podría conseguir el convencimiento<sup>(746)</sup>. Ahora bien, no se trata de cualquier tipo interferencia influyente, lo que el traficante ofrece es que a través de sus influencias podrá determinar al empleado público de decisión a conseguir el acto de decisión funcionarial pretendido.

**Jurisprudencias:** «La invocación de influencias del sujeto activo implica que tiene la capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida como la capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada (medio delictivo)» (Sentencia del 21 de mayo de 2007



**3234.**  
Prevalimiento personal o funcionarial

**3235.**  
Potencialidad de la admisión del pedido

<sup>(745)</sup> Vid. RANIERI III, 1955, p. 384; MANZINI 9.IV, 1961, p. 252; RIMONDI, 2005, p. 109; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 352; LOMBANA VILLALBA, 2013, p. 319; FEBRES CORDERO, 1966, p. 253; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 73; SALINAS SICCHA, 2016, p. 661; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 261; ENCO TIRADO, 2020, p. 168.

<sup>(746)</sup> Cf. POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 337; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1763; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2063; GARCÍAS PLANAS en Cuadernos de la Facultad de Derecho n.º 13, 1992, p. 28; MUÑOZ LORENTE en *Economía* n.º 4, 2013, p. 87; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 220.

de la Sala Penal Especial Suprema, Expediente n.º 06-2006 A. V., considerando 9), <https://bit.ly/3EXYK8B>.

«El sujeto activo, en el caso concreto, recibe la ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, conoce o haya conocido un caso judicial, para favorecer a un tercero, siendo que la intercesión es brindarle al interesado una válvula de aparente solución a sus urgencias, así también el contenido de la misma puede ser lícita o ilícita pero debe favorecerlo» (Ejecutoria suprema del 5 de febrero de 2019 de la Sala Penal Especial Suprema, Apelación n.º 08-2018-02 Lima, considerando 12.3). <https://bit.ly/3mPgQDs>.



### 3236. Inducción

La influencia se amolda a los alcances de la **inducción**<sup>(747)</sup>, debido a que el traficante determina en el empleado público de decisión la realización del acto de decisión funcional pretendido por el particular interesado. La contribución ofertada es la de crear o reforzar la voluntad del empleado público de decisión. Es un influjo en la esfera de determinación funcional, una incidencia en el proceso deliberativo (imparcial y objetivo) o de toma de decisiones del empleado público de decisión<sup>(748)</sup> con posibilidades de poder crear, modificar, alterar o doblar la decisión propia de este. Por eso que se le considere como una influencia psicológica, moral o intelectual a la determinación o ánimo ajeno<sup>(749)</sup>.

La influencia en la doctrina ha tenido diferentes alcances conceptuales: Así, se le ha considerado como una presión eficiente sin ser coacción<sup>(750)</sup>; un grado de coacción

<sup>(747)</sup> Así: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en Asua Batañita, 1997, p. 172; CUGAT MAURI, 1997, p. 191; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 249; MIR PUIG, 2000, p. 266; CATALÁN SENDER, 1999, p. 229; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2063; MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 87; OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 173; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 376; FEBRES CORDERO, 1966, p. 253; MORENO NIEVES en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2021, p. 555; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 799.

<sup>(748)</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 883; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en Asua Batañita, 1997, p. 172; CUGAT MAURI en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 16-07, 2014, p. 14; ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 765; GÓMEZ PAVÓN en Martínez Huamán, 2020, p. 627; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz Lopez/Melendo Pardo, 2013, p. 257; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2060; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 245; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 90; DONNA, 2002, p. 230; GONZÁLEZ en Balcárcé II, 2014, p. 232; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 892; ENCO TIRADO, 2020, p. 168.

<sup>(749)</sup> Cfr. CUGAT MAURI, 1997, p. 191; LUZÓN CUESTA, 2000, p. 275; GÓMEZ PAVÓN en Martínez Huamán, 2020, p. 625; CATALÁN SENDER, 1999, p. 229; GARCÍAS PLANAS en Cuadernos de la Facultad de Derecho n.º 18, 1992, p. 28; MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 87; TERRAGNI III, II, 2012, p. 436; GONZÁLEZ en Balcárcé II, 2014, p. 232; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 827; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 117; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 221.

<sup>(750)</sup> Así: ORTS BERENGUER en Vives Antón *et al.*, 1999, p. 765; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en Asua Batañita, 1997, p. 172; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 1207; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 794; CRESPO BARQUERO en Serrano Buitraguero, 1999, p. 1703; GÓMEZ PAVÓN en Martínez Huamán, 2020, p. 625; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 518.



sin serlo, pero mayor a la inducción<sup>(751)</sup>; una situación de poder como instrumento que haga que condicione al funcionario en su decisión<sup>(752)</sup>; el abuso de una situación de superioridad de cualquier causa<sup>(753)</sup> o una capacidad y posibilidad de orientación por influjo sugestivo de alteración o conducción a decisiones determinadas<sup>(754)</sup>.

La comunicabilidad existente entre el traficante y el empleado público frente a la del particular interesado y el empleado público es distinta. En el segundo no hay inducción ni presión, solo **persuasión**, es decir, proposiciones o traslados informativos beneficiosos del particular interesado hacia el empleado público para que este tome su propia decisión en la aceptación del mensaje corruptor. El particular interesado no cuenta con las influencias para ejercer presión en el empleado público de decisión. Solo tiene al soborno para despertar en este el interés de someter sus actos de función a los fines privativos. La toma de decisiones es contaminada por beneficios personales alimentados por el particular interesado (**contexto de cohecho**); lo cual no sucede con el traficante que se aprovecha de su relación de favorabilidad que le otorga un plus a su labor para determinar al empleado público de decisión (**contexto del tráfico de influencias**). La comunicabilidad entre ellos no es libre, el traficante cuenta con un elemento persuasivo fuerte que invade el proceso de determinación del empleado público. Este no toma una decisión propia, sino invasiva por el predominio que tiene el traficante.

Es cierto que la labor de influjo del traficante se presenta en la negociación ilegal como una proyección de ataque sutil a la libertad del funcionario en su ámbito de decisión, a través de la instrucción de motivaciones desvinculadas a los intereses públicos<sup>(755)</sup>. Pero, debe anotarse que el rol asumido por el traficante es de un agente persuasivo vía presiones sutiles que no necesariamente recurre a las intimidaciones, en el extremo de bloquear o viciar la voluntad del empleado público<sup>(756)</sup>. No se

**3237.**  
Inducción  
y persuasión

**3238.**  
Inducción  
sin ser  
coacción

(751) Así: CUGAT MAURI en Álvarez García III, 2013, p. 468; CUGAT MAURI en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 16-07, 2014, pp. 4-6; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1764.

(752) Así: MORILLAS CUEVA en Cobo Del Rosal, 2000, p. 819.

(753) Así: QUERALT, 2008, p. 1112; MUÑOZ CONDE, 2015, p. 883; CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 712; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 256; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 245; PINOL RODRÍGUEZ en Suárez-Mira Rodríguez II, 2008, p. 532; CARDONA TORRES, 2010, p. 512; GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS en Llorente Fernández *et al.*, 1998, p. 90.

(754) Así: ROJAS VARGAS, 2007, p. 789; SALINAS SICCHA, 2016, p. 661; ENCO TIRADO, 2020, p. 168; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 299; PIMENTEL CRUZADO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 67.

(755) Cf. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 884.

(756) Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO en Asua Batarrita, 1997, p. 172; CUGAT MAURI, 1997, p. 199; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 256; OSSANDÓN WIDOW en Revista de Derecho n.º 10, 2003, p. 174; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 377; ENCO TIRADO, 2020, p. 168.

contrata al traficante para que cometa coacciones contra el empleado público, sino para inducirlo a la corrupción. La inducción se asienta o se vale desde esa relación de favorabilidad en la que el empleado público de decisión accede a ser determinado por el traficante no tanto por un beneficio directo o a su favor, sino porque advertirá que el traficante se verá beneficiado (tercero vinculado beneficiado). Recuérdese que el traficante trasladará el mensaje corruptor del particular interesado, y en ese panorama, de acceder el empleado público, quien se beneficiará es el traficante como tercero vinculado. Entonces, podríamos decir que en la inducción el medio inescindible es un beneficio que entiende el empleado público lo conseguirá a favor del traficante como un tercero vinculado.

3239.  
Inducción  
insignifi-  
cante

Asimismo, no es que el traficante ofrezca la potencialidad de solo lograr una sugerencia, asesoría, consejo o recomendación<sup>(757)</sup>, aun si tuviera contenido inmoral, que le brinda espacios de propia deliberación al empleado público. La posible participación del traficante debe ser tal para convencer al particular interesado que el empleado público se encuentra dispuesto a emitir el acto de decisión funcional a su favor. Estamos ante un grupo de influjos insignificantes de usos sociales u operacionalmente inocuos. Una mera conversación sin convencimiento no es tráfico de influencias. Sin embargo, las cosas cambian si las recomendaciones parten de una relación de favorabilidad de tipo jerárquico. «Obsérvese que una recomendación, por sutil que sea —o hasta incluso puede ser tácita—, y dependiendo de quién provenga, puede ser considerada por el funcionario, no ya como una mera sugerencia, sugestión o inducción, sino como una total y cabal influencia, por no decir, una orden»<sup>(758)</sup>.

3240.  
Inducción  
idónea,  
mas no  
eficaz

Es exigible una **idoneidad a la inducción**, antes que su acreditada eficacia<sup>(759)</sup>. Si más adelante se consigue o no el objetivo funcional, carece de relevancia típica. No hay necesidad de verificar la ejecución de la influencia. Así, si el servicio del traficante es inadecuado al cumplimiento del objetivo, por estar ya determinado el funcionario de decisión, no tendría importancia para la adecuación típica, aun si resulta acorde o no con lo pretendido por el particular interesado.

<sup>(757)</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, 2015, p. 883; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en Asua Bararrita, 1997, p. 172; CUGAT MAURI en Álvarez García III, 2013, p. 467; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares, 2017, p. 1764; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomene Seijas, 2019, p. 251; GÓMEZ PAVÓN en Martínez Huamán, 2020, p. 625; SERRANO GÓMEZ, 2002, p. 794; NAVARRO MIRANDA en Camacho Vizcaino, 2019, p. 2060; VIZUETA FERNÁNDEZ en Lacruz López/Melendo Pardos, 2013, p. 256; CALDERÓN CEREZO en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo II, 2001, p. 518; MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 88; ABOSO, 2018, p. 1381; TAZZA III, 2018, p. 234; RÍQUERT en Riquert III, 2018, p. 1999; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 261.

<sup>(758)</sup> MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 88.

<sup>(759)</sup> Vid. CUGAT MAURI en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 16-07, 2014, p. 14.

Hasta lo que hemos desarrollado, subrayamos que el traficante ofrece la intercesión a través de **influencias reales o existentes**. El artículo 400 amplía la posibilidad al traficante de recurrir a influencias tanto reales como simuladas<sup>(760)</sup>, lo cual tiene consonancia con la recomendación del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Así, en la negociación, el traficante puede ofrecer un servicio de intermediación con o sin influencias, aun cuando se le hace conocer al particular interesado en todos los supuestos que se cuenta con las influencias. Hay un ofrecimiento verídico y otro fraudulento. Notamos y objetamos la unificación punitiva de ambos ofrecimientos<sup>(761)</sup>; no obstante, su marcada distinción vulneradora para con el bien jurídico, lo que llevaría a situaciones desproporcionales de valoración jurídico penal.

3241.  
Tipo de  
influencias

Las **influencias reales** son las que se adecúan mejor al presente delito. No hay apariencias ni mucho menos posibilidades truncas en el planteamiento del traficante. Este ostenta los dos componentes de las influencias, es decir, tiene esa relación de favorabilidad y cuenta con el poder del convencimiento con respecto al empleado público de decisión. Hay verosimilitud e idoneidad en la intermediación influyente. No hay punto de discusión sobre la legitimidad represora del delito *sub judice*.

3242.  
Influencias  
reales

Las **influencias simuladas** o aparentes son creaciones o caretas imaginarias formadas por el traficante para convencer al particular interesado a su contratación. Es el convencimiento via inducción a error al particular interesado de poder cumplir la labor de intermediación via supuestas influencias. La falsa representación de la realidad debe ceñirse a cualquiera de los componentes de las influencias. Así, puede recaer en la relación de favorabilidad o en el poder de convencimiento. El traficante puede ostentar la posibilidad de contar con estos elementos, aunque al momento de la negociación no lo sea. Por ejemplo, el traficante crea la relación de favorabilidad o reniéndola informa falsamente que puede utilizarlo cuando no es cierto. Él puede exagerar de algo que inevitablemente no lo tiene.

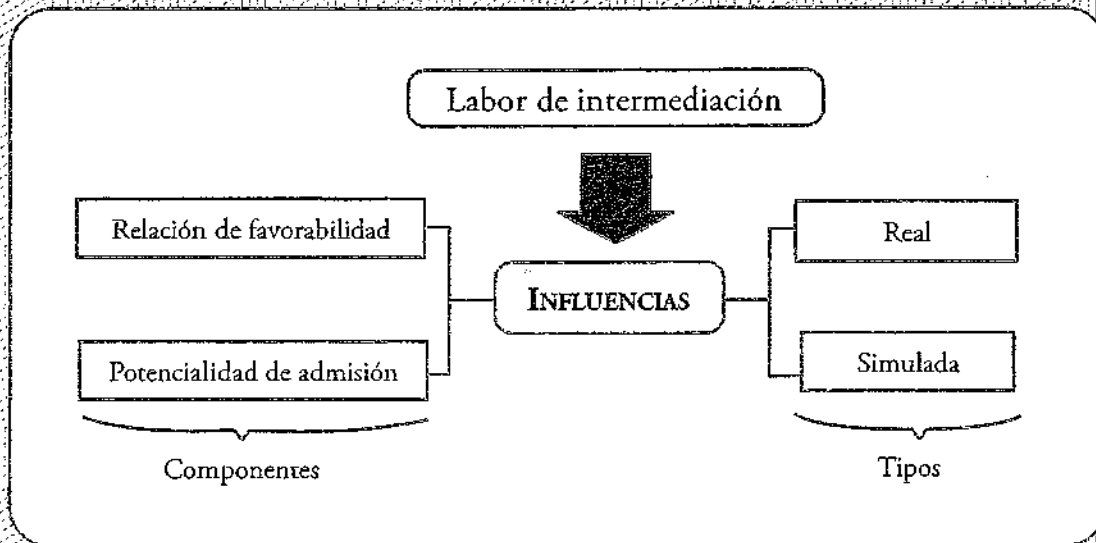
3243.  
Influencias  
simuladas

**Jurisprudencia:** *«Aquellas influencias invocadas por el agente pueden ser reales o simuladas, estas últimas son aquellas inexistentes, irrealas, fingidas, las cuales dan lugar a una serie de conductas o maniobras afines, que permiten enrostrar al comprador de humos una supuesta relación amical, de parentesco, laboral, entre otros, con el funcionario o servidor público»* (Ejecutoria suprema del 17 de octubre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1959-2011 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3HaUu7J>.



<sup>(760)</sup> En la legislación comparada también se diferencia las influencias reales y simuladas: artículo 433-2 del Código Penal francés (*«influence real o supuesta»*); artículo 158 bis del Código Penal uruguayo (*«influencias reales o simuladas»*); artículo 336 del Código Penal salvadoreño (*«simulando o valiéndose de su influencia con un funcionario o empleado público»*) y artículo 354 del Código Penal panameño (*«valiéndose de su influencia o simulando tenerla»*).

<sup>(761)</sup> *Vid.* CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 53.



Puede suceder que al momento de la negociación las influencias fueran inexistentes; pero, más adelante, el traficante consigue que sean reales en desconocimiento del particular interesado. Si lo consigue, luego de la negociación, no modifica la tipicidad. Recuérdese que lo que se sanciona penalmente es la venta de la influencia, no su efectividad posterior.

Algunos han interpretado las influencias simuladas como una potencialidad o posibilidad futura manifestada de esa forma al particular interesado quien accede a la misma<sup>(762)</sup>. Se indica que no es inducir a error al particular interesado, sino ofrecerle sus servicios de poder conseguir las influencias y luego ejecutarlas.

**Jurisprudencia:** «Desde esta perspectiva jurídica, basta para su consumación que el sujeto activo considere como real su promesa de intersección al momento en que la ofrece, y además solicite o reciba la contraprestación por ello. En efecto, dado el carácter subjetivo que adquiere un ofrecimiento real basta que el sujeto activo haya considerado la posibilidad de ejecutar su ofrecimiento al momento en que le ofertó al interesado para que se consume el delito, aun cuando después cambie de opinión con el compromiso» (Ejecutoria suprema del 21 de noviembre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 3644-2011 Amazonas, considerando 5). <https://bit.ly/3wmCrpU>



3244.  
Objeción  
de las  
influencias  
simuladas

Las influencias simuladas son **objecadas** por no acoplarse al sentido delictivo del tráfico de influencias. Recordemos que estas son las formas primigenias del tráfico de influencias cuya criminalización se circunscribía en la jactancia falsa contra el empleado público de decisión; en ese sentido se decía que, de ser reales las mismas, nos encontraríamos ante un cohecho. Notese que en los inicios represivos las influencias simuladas obedecían al espíritu legislativo de criminalizar conduc-

(762) Así: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 529.

tas que ofenden a las autoridades; por ello, la argumentación de legitimidad de su tipificación tiene asidero con un planteamiento de la reputación institucional como bien jurídico.

En cambio, si el cometido político-criminal es la asignación del tráfico de influencias como una forma de corrupción, las influencias simuladas deben ser subrogadas<sup>(763)</sup>. No hay un bien jurídico de corte administrativo asemejado a las formas de corrupción que pueda justificar la tipificación de las influencias simuladas. No existe una posibilidad de peligro a la imparcialidad o la objetividad funcional en quien negocia falsamente influencias inidóneas. Estamos ante una **tentativa inidónea** por imposibilidad del medio.

En un contexto de negociación de influencias simuladas no cabe la proyección siquiera de una forma de corrupción, si la ofensa al honor administrativo es el sentido que se quiere dar; lo que conlleva más es un atentado funcional. Quienes optan por las influencias simuladas o deciden legitimar su criminalización tomando como base un bien jurídico reputacional<sup>(764)</sup> asumen un contrasentido argumentativo sobre su actual tendencia político-criminal anticorruptiva. Dicha contradicción se nota en la recomendación internacional del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Qué compromiso de lucha anticorrupción se podría alegar como argumento político-criminal para mantener la tipificación de las influencias simuladas, si la legitimidad punitiva estaría en la tutela del honor del aparato administrativo. No creemos que protegiendo la buena imagen del aparato administrativo se tenga una herramienta legislativa contra la corrupción.

Por otra parte, las influencias simuladas nos llevan a la tarea de evaluar la capacidad inductiva del traficante para conseguir la disponibilidad patrimonial del particular interesado. Hay una desviación del interés de la protección penal a una estafa (¿a favor del particular interesado?) en vez de un tráfico de influencias. La figura penal se construye para prevenir conductas corruptas y no los intereses del corruptor.

(763) Entre los autores peruanos que cuestionan la tipificación de las influencias simuladas por su ausente capacidad vulnerador al bien jurídico funcional: ROJAS VARGAS, 2007, p. 792; REANO PESCHIERA/CARÓ CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2002, p. 34; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, pp. 698-699; HUGO ALVÁREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, pp. 450-451; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1002; GARCÍA CANTIZANO en *Actualidad Jurídica* n.º 88, 2001, p. 61; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 23, 2001, pp. 293-294; REANO PESCHIERA en *Ius Et Veritas* n.º 28, 2004, p. 120; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 262; PEÑA TERREROS en *Actualidad Jurídica* n.º 157, 2006, p. 91; ESPINOZA RAMOS en *Vox Juris* n.º 36, 2018, p. 126; PIMENTEL CRUZADO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 87, 2016, p. 68. Los que insisten con la tipificación: SALINAS SIGCHA, 2016, pp. 663-665; GUIMARAY MORI en *Montoya Vivanco*, 2012, pp. 115-116; ENCO TIRADO, 2020, p. 169.

(764) *Vid.* CUGAT MAURI en *Álvarez García III*, 2013, p. 485; CRESPO BARQUEIRO en *Serrano Butragueno*, 1999, p. 1710; MUÑOZ LORENTE en *Economía* n.º 4, 2013, p. 95.

3245.

Como  
medio  
delictivo

El planteamiento del traficante de su labor de intermediación via influencias es el **medio delictivo** del tráfico de influencias. El artículo 400 redacta esta primera intervención del traficante con la expresión «*invocando o teniendo*»<sup>(765)</sup>, en la que en el momento de la negociación asume cualquiera de estas posturas: invoca (activo) o no invoca por tener la influencia (pasivo). Se presenta como una conducta (invocar) o un *status* (tenencia) medial o facilitadora al comportamiento típico principal. Aquí se homologa la clásica distinción de las jactancias explícitas e implícitas, evidentes u ocultas<sup>(766)</sup>. Temporalmente, puede darse en forma previa o simultánea a la conducta típica y esto es así por el empleo de gerundios en la redacción legal<sup>(767)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El término 'invocar' se refiere a alegar en el sentido de exponer méritos para fundar en ellos alguna pretensión; en la redacción de nuestro Código Penal, el gerundio de verbo invocar, sugiere la simultaneidad con el acto de recibir o hacer dar o prometer, es decir, en respecto del principio de legalidad solo cabe admitir dos supuestos: a) o se invoca influencias antes de recibir el donativo, promesa o ventaja; b) o se invoca influencias al mismo tiempo que se recibe el donativo, promesa o ventaja» (Ejecutoria suprema de 16 de junio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3623-2005 Lima, considerando 10). <https://bit.ly/3kahbin>.



Es interesante informar lo señalado por MANUAL ABANTO VÁSQUEZ en cuanto la invocación de las influencias se ajusta más a los casos de influencias simuladas, toda vez que en el acto de la negociación del traficante no ostenta la misma, mientras que la tenencia de las influencias se adopta a los casos de influencias reales<sup>(768)</sup>.

3246.

Conoci-  
miento del  
particular  
interesado  
de las in-  
fluencias

Es menester que el particular interesado tome conocimiento por el propio traficante u otra persona de sus influencias. Por ello, es un requisito típico necesario para la concreción de la conducta típica en la negociación ilícita. Es el paso imprescindible para proceder luego al pedido o la recepción de la compensación<sup>(769)</sup>. Sin ella no se podría llegar a una negociación, puesto que permite el acercamiento del traficante

<sup>(765)</sup> En la legislación comparada también se identifica la invocación y/o la tenencia de las influencias como medio delictivo: artículo 346 del Código Penal italiano («*atribuyéndose influencia acerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público*»), artículo 158 bis del Código Penal uruguayo («*invocando influencias reales o simuladas*»), artículo 336 del Código Penal salvadoreño («*simulando o valiéndose de su influencia con un funcionario o empleado público*») y artículo 354 del Código Penal panameño («*valiéndose de su influencia o simulando tenerla*»).

<sup>(766)</sup> Cf. MANZINI 9.IV.1961, p. 252; MAGGIORE III, 1955, p. 281; RANIERI III, 1955, p. 384; HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 452.

<sup>(767)</sup> Cf. HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 279; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1002; LÓPEZ ROMANI en García Caveró/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 245; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 298.

<sup>(768)</sup> Así: ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vásquez/Vásquez-Portomene Seijas, 2019, p. 112.

<sup>(769)</sup> Vid. PACHECO OSORIO I, 1972, p. 316; RODRÍGUEZ DELGADO en Ius Et Veritas n.º 24, 2002, p. 273; LÓPEZ ROMANI en García Caveró/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 245; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 298.

y el particular interesado. Se acostumbra decir también la existencia de un nexo o causalidad entre las influencias y la compensación<sup>(770)</sup>; en otras palabras, debe haber motivado al particular interesado para que disponga de su patrimonio y así contar con las influencias que necesita para lograr su objetivo funcional.

En el primer supuesto, el traficante **invoca las influencias**, pone en conocimiento al particular interesado que tiene la vía para lograr el acto de función de decisión. Asume una posición activa, ya que necesitará ofertar sus influencias al particular interesado. Se trata de una conducta medial que tiene asertividad más con las modalidades activas del tráfico de influencias (hacer dar y hacer prometer la compensación). Es factible que esta conducta medial se dé con las influencias reales y simuladas.

**3247.**  
Invocar  
influencias

**Jurisprudencia:** *«Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticamente, de forma clandestina no pública»* (Sentencia del 13 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 374-2015 Lima, considerando 13). <https://bit.ly/3mUOF6g>



La divulgación al particular interesado puede darse en forma personal o a través de terceros, recurriendo a las vías de difusión más aptas. La divulgación sin receptor o a indiferentes no implica la invocación. Las vías que se puede utilizar son variadas, lo habitual son la oral y la escrita. No se asimilan las manifestaciones implícitas de las influencias, toda vez que se estaría más bien en la simple tenencia de influencias.

**Jurisprudencias:** *«Se debe tener en cuenta que la naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permitirá dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta la posibilidad que dicha invocación pueda formularse también mediante actos sutiles que denoten que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación legal del interesado, dada sus vinculaciones o relaciones con el sujeto público nominado»* (Ejecutoria suprema del 17 de octubre de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1959-2011 Arequipa, considerando 3). <https://bit.ly/3HaUu7J>



*«Este delito no exige una lesión efectiva al bien jurídico al ser este un delito de peligro abstracto, debiéndose por tanto tener en cuenta que la naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permita dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta que dicha invocación o promesa pueda formularse también mediante actos sutiles que denoten que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la*



(770) Cfr. MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 354.

*situación del interesado, dada sus vinculaciones o relaciones con el sujeto público nominado* (Ejecutoria suprema del 10 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1280-2011 Huancavelica, considerando 6). <https://bit.ly/2ZZjvBF>

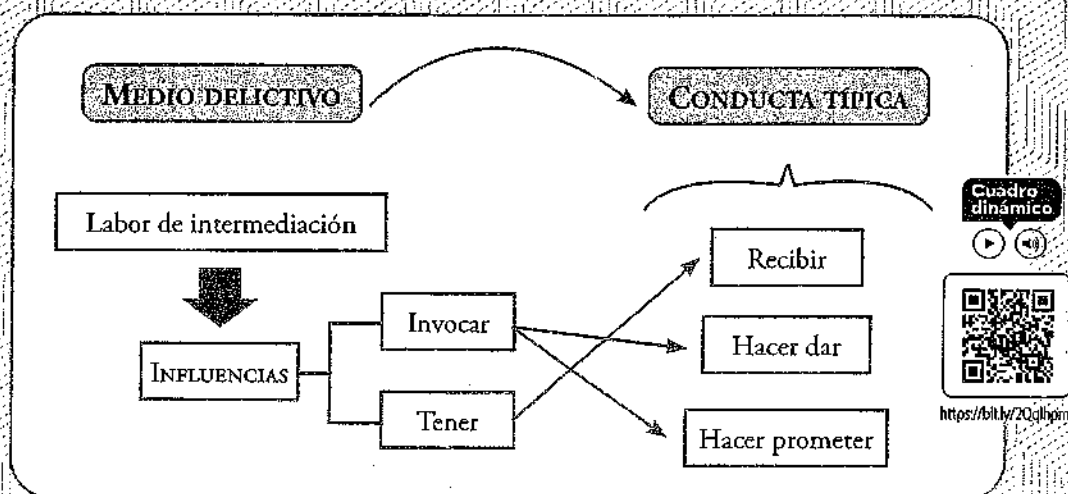
3248.  
Auto  
atribución

La posición activa que debe asumir el traficante es la **autoatribución** de las influencias, es decir, informar que él tiene la posibilidad de conseguir el objetivo funcional a través de sus influencias. Se autoatribuye que goza del control de las influencias y no terceros ajenos<sup>(771)</sup>. Por eso, es común utilizar la expresión jactancia en la invocación, debido a que no solo se informa de las influencias, sino que se indica que solo él puede ejecutarlas.

**Jurisprudencia:** «Invocar influencias reales o simuladas, esto es, la conducta del infractor ha de reflejar una atribución para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado» (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.35). <https://bit.ly/3bLNxvg>



La autoatribución puede ser **directa o indirecta**, en cuanto el control de las influencias es personalísimo o a través de un tercero de quien tiene el control (subordinados) y se vale para, más adelante, cumplir con la intermediación inductiva<sup>(772)</sup>. Si las influencias lo tiene un tercero de quien no tiene dominio o control, no podría arrogarse su autoatribución, pudiendo a lo mucho ser cómplice necesario del verdadero traficante si es que se consigue luego la negociación. Las influencias de intermediarios no controlables hacen atípica la imputación del delito.



(771) Vid. ECHEVARRÍA, 2019, p. 158; MANZINI 9.IV, 1961, p. 252; FEBRES CORDERO, 1966, p. 253; ROJAS VARGAS, 2020, p. 598; MORENO NIEVES en Calcina Hancoco/Paredes Vera 2, 2021, p. 555.

(772) Vid. CARDENAL MONTRAVETA en Corcoy Bidasolo I, 2019, p. 712.



También puede que el traficante no tenga la necesidad de informar de sus influencias al particular interesado, ya sea porque es conocida su relación con el empleado público de decisión o el particular interesado se ha dado el esfuerzo de descubrirlo. Es el segundo supuesto, puesto que el traficante solo **tiene la influencia** y así interviene en la negociación. El traficante asume una posición pasiva, puesto que no necesita mayor esfuerzo difusor de sus influencias, mejor dicho, no difunde ni alardea de sus facultades, limitándose a la confirmación de la misma. Es un *estatus* o una situación medial del traficante que se ajusta mejor en la modalidad pasiva (recibir).

3249.  
Tener in-  
fluencias

Importa que el particular interesado intervenga en la negociación con el conocimiento del *estatus* del traficante. Solo es viable las influencias reales con esta situación previa de tenencia. No ocurre una tenencia de influencias simuladas, aun si el particular interesado cree erradamente que lo tiene el traficante y este se aprovecha.

Con anterioridad a la Ley n.º 28355 del 6 de octubre 2004, el tráfico de influencias se limitaba a una intervención activa del sujeto activo, en cuanto la divulgación de sus influencias, lo que reclamaba la manifestación de la ostentación de las influencias. Eran impunes los casos de tenencia o en los que el traficante se limitaba a cumplir los requerimientos del particular interesado, sin autoatribución o divulgación de su preavilamiento<sup>(773)</sup>.

El **acto de decisión funcional** es lo pretendido por el particular interesado o el objetivo que debe cumplir el traficante en su labor de intermediación via influencias. Es el objetivo funcional por el cual solventa el particular interesado al traficante para conseguirlo via sus influencias. Entonces, tanto las influencias como la compensación se ofrecen en la negociación con motivo a la procuración de lograr el acto de decisión funcional. Si estas no obedecen al referido cometido no logran la aptitud jurídico penal que exige el tipo.

3250.  
Acto de  
decisión  
funcionari

Este elemento típico se desprende en el artículo 400 de su expresión «*ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo*». Nótese que el traficante ofrece al particular interesado sus influencias para la resolución del caso judicial o administrativo que no es más que la procuración de la obtención de la decisión judicial o administrativa o como denominamos un acto de decisión funcional. La norma penal es precisa al momento de identificar al objetivo funcional, ya que no se trata de cualquier acto de función, menos la posición, que pueda tomar el empleado público de decisión sobre este (realizar, retardar u omitir)<sup>(774)</sup>.

(773) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 530.

(774) Los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 586) y Código Penal de 2016 (artículo 582) plantean la generalidad del objetivo funcional: «*con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas*». Otras legislaciones penales también identifican al objetivo funcional: artículo 433-2 del Código Penal francés («*con el fin de obtener de una autoridad*

3251.  
Acto de  
decisión  
funciona-  
rial que  
beneficia  
al particu-  
lar intere-  
sado

Desde la posición del particular interesado lo entendemos como el **beneficio** que espera obtener luego de contratar los servicios del traficante. Entonces, entendamos que el servicio de la intercesión por influencias debe estar enfocado en lograr un acto de decisión funcional que favorezca o no perjudique al particular interesado. En otras palabras, se ampara, en todo o en parte, la pretensión o las pretensiones del particular interesado. Es un beneficio cuya naturaleza es indiferente (no solo económica); en otras palabras, el objeto de la pretensión es del más variado. El artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción precisa esa favorabilidad del acto pretendido (*«un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona»*).

Podríamos también comprender aquellos actos de decisión funcional aseme- jados o cercanos a las pretensiones del particular interesado. Ejemplo: al traficante se le encarga obtener una resolución judicial de absolución de la acusación y consigue una resolución judicial de prescripción de la acción penal.

3252.  
Resolucio-  
nes que se  
pronuncia  
sobre pre-  
tensiones

El acto de decisión funcional es considerado una resolución, disposición o una sentencia que se pronuncia sobre petitorios, reclamos, pedidos o pretensiones del particular interesado. Ahora bien, el procedimiento o proceso en el que se genera puede darse vía impulso de oficio como de parte<sup>(75)</sup>, siempre que tengan que resolver o pronunciarse por los intereses privados.

Ahora bien, puede que la pretensión lo haya planteado el propio particular inte- resado o un tercero a favor de este. Puede conllevar un beneficio directo o indirecto a él. Ejemplo: una resolución administrativa que se pronunciara sobre la autorización de funcionamiento de un negocio a favor de una persona jurídica en la que el particular interesado es un socio financiero. Es una previsión que también lo plantea el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (*«en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona»*).

3253.  
Elemento  
típico ten-  
dencial

Ahora bien, dicho beneficio es una proyección en el formato del tipo penal en estudio. El artículo 400 criminaliza a un traficante compensado y a un particular interesado que espera ser beneficiado. Este elemento típico se presenta en el tráfico de influencias como una finalidad o una tendencia y no como un resultado, por lo que no es menester verificar su cumplimiento, el cual implicaría llegar a una etapa de agotamiento. Cabe señalar que el legislador peruano no ha criminalizado la etapa de resultado del tráfico de influencias como delito cualificado por el resultado

*o de una administración pública distinciones, empleos, contratos o cualquier otra resolución favorable»*) artículo 256 bis del Código Penal argentino (*«a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo rela- tivo a sus funciones»*), artículo 158 bis del Código Penal uruguayo (*«con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo»*) y artículo 354 del Código Penal panameño (*«con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conociendo o pueda conocer»*).

<sup>(75)</sup> Vid. ENCO TIRADO, 2020, p. 171.

El acto de función pretendido es de tipo **decisorio**. No se consideran los actos de función de trámite o impulso procedimental. Como acto decisorio se acopla a un **hacer funcional** del empleado público (no a una omisión o un retardo), ya sea emitido en forma escrita u oral. No importa si los actos decisorios corresponden a una primera o definitiva instancia, menos si son revocables, ejecutoriados o consentidos<sup>(776)</sup>. Lo que importa es que **ponen fin a una instancia o procedimiento**. Tampoco debe ser de interés a los alcances típicos el órgano emisor (órgano unipersonal o colegiado) si es que integra lo jurisdiccional y lo administrativo. Sí es de verificar que se trate de órganos decisorios nacionales, mas no extranjeros o internacionales. No existe el delito de tráfico de influencias transnacional.

Los actos de decisión funcional pueden resultar siendo **legales** (tráfico de influencias impropio) o **ilegales** (tráfico de influencias propio)<sup>(777)</sup>, así como justos o injustos. No hay interés legislativo en detenernos a evaluar el contenido del acto de decisión pretendido. Asimismo, no es de recibo evaluar si dicho acto de decisión configura el producto delictivo de un **prevaricato** (artículo 418, Código Penal), aunque, de darse, se estaría ante un concurso real medial.

El artículo 400 solo precisa el tipo de actos de decisión funcional conforme a los órganos públicos emisores. Son aquellos que se relacionan con casos judiciales o administrativos. Es el contexto especial en el cual se desarrolla la negociación.

**Jurisprudencias:** *«Para que se configure el delito de tráfico de influencias será necesario que exista de por medio un caso judicial o administrativo en el que exista un funcionario encargado ante el cual se ejerza la influencia (real o simulada) que ofrece el sujeto activo»* (Ejecutoria suprema del 6 de febrero de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2336-2017 Pasco, considerando 7) <https://bit.ly/3CViAkx>.



*«Cuando el tipo penal señala, en cuanto al sujeto activo se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo, delimita el ámbito en el que se ha de desenvolver el actor de la infracción penal, pues es este quien ha de interceder ante el funcionario que tenga bajo su competencia el caso de su interés»* (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.40) <https://bit.ly/3bLNxvg>.



<sup>(776)</sup> Cfr. PEÑA OSSA, 1995, p. 194.

<sup>(777)</sup> Vid. MANZINI 9-IV, 1961, p. 257; CUGAT MAURI, 1997, p. 211; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 316; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 126; PEÑA OSSA, 1995, p. 194; PABÓN PARRA, 1995, p. 353; FRACOSO II, 1986, p. 468; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 362; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 219; NUCCI 3, 2019, p. 592; PAGLIUCA II, 2010, p. 225; ROJAS VARGAS, 2020, p. 601; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 532; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 301; GUIMARAY MORA en Montoya Vivanco, 2012, p. 109. En el ámbito legislativo tal diferenciación la observamos en los Proyectos de Código Penal de 2015 (artículo 586) y Código Penal de 2016 (artículo 582) bajo un mismo marco punitivo *«en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas»*. El artículo 158-bis del Código Penal uruguayo también acoge la diferenciación punitiva.

3254.  
Características de los actos de decisión funcional

3255.  
Actos de decisión funcional legal e ilegales

3256.  
Casos judiciales o administrativos

Los **casos judiciales** o jurisdiccionales son los que corresponden a los juzgados (provinciales o letrados), salas superiores y salas supremas del Poder Judicial. La materia es indiferente, pudiendo ser penal, civil, laboral, contencioso administrativo, familiar, comercial, constitucional, entre otros.

**Jurisprudencias:** «Por caso judicial ha de entenderse todo proceso llevado ante un órgano jurisdiccional cualquiera sea su instancia, en la que se ha de otorgar tutela jurisdiccional a quien la solicite» (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.40). <https://bit.ly/3bLNxvg>.



«Se encuentra acreditado el delito de tráfico de influencias ya que el imputado se comprometió con el querellante para interceder ante la juez quien estaba avocada al conocimiento de la querrela ante el Noveno Juzgado Penal de Lima» (Ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 10-V-01 Lima, considerando 9). <https://bit.ly/3GZutbd>.



Los **casos administrativos** son los procedimientos administrativos de carácter controversial en el que se resuelven derechos de los administrados<sup>(778)</sup> o se sanciona disciplinariamente a los administradores. Algunos consideran también a todo procedimiento en el que el funcionario tiene el poder discrecional para tomar su decisión sin que ello implique la existencia de partes<sup>(779)</sup>. En tal sentido, no negamos dicha línea interpretativa si tomamos en cuenta que la participación del particular interesado, en cuanto al tráfico de influencias, se debe a que en el caso administrativo se pone en juego sus propios intereses. Por ejemplo, en la aprobación de una ley, en la promulgación de una resolución suprema o en la aprobación de un informe de una comisión investigadora en el que está en juego definir los intereses del particular interesado.

**Jurisprudencia:** «Cuando la norma indica caso administrativo, se refiere a un procedimiento administrativo en la que ha de existir pronunciamiento respecto a la controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal» (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.40). <https://bit.ly/3bLNxvg>.



No ingresan a estos casos los que se refieren a los árbitros<sup>(780)</sup>, las rondas campesinas o los órganos constitucionales autónomos (*u. gr.*, Tribunal Constitucional, Junta Nacional de Justicia, Jurado Nacional de Elecciones). En ese sentido, también encontramos las decisiones de los fiscales en sus investigaciones por no ser jurisdic-

(778) Cfr. MORENO NIEVES en Calcina Hanco/Paredes Vera 2, 2021, p. 558.

(779) ASÍ: LÓPEZ ROMANÍ en García Caverro/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 256; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZÁLES CIEZA, 2020, p. 54.

(780) Es admitido por ENCO TIRADO, 2020, p. 171.

cionales, menos administrativas<sup>(781)</sup>. El artículo 400 limita el alcance típico del tráfico de influencias, a diferencia del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que no entra a dicho detalle («*para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte*»).

Es menester verificar que el empleado público de decisión que se invoca tener influencias sea el **competente** del objetivo funcional pretendido. El acto de decisión funcional solicitado por el particular interesado proviene por competencia del empleado público de decisión que el traficante aduce tener prevalimiento. Si existe discusión o cuestionamiento en trámite sobre la competencia del empleado público (*v. gr.* recusación, inhibición) todavía se puede incurrir en el tráfico de influencias. Si lo que se invoca como influencias se refiere a un funcionario incompetente o ajeno al objetivo funcional la negociación es atípica a un tráfico de influencias<sup>(782)</sup>. No podría considerarse un supuesto de influencia simulada si es que el error o el desconocimiento de la competencia funcional provienen del traficante.

**Jurisprudencias:** «Cabe acotar que los funcionarios o servidores públicos ligados competencialmente a tales procedimientos son los que recibirán la acción del traficante de influencias, por lo que si no se está ante un procedimiento de tales características, la conducta resultaría atípica» (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.40). <https://bit.ly/3bLNxvg>.



«Indudablemente se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (juéces) o amplias (fiscales respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investigados de poder discrecional administrativo)» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2003, R. N. n.º 11-2001 Lima)<sup>(783)</sup>. <https://bit.ly/3GY2Z5K>.



El artículo 400 establece las situaciones en las que se encuentra el empleado público de decisión con respecto a la competencia del acto de decisión funcional que importa al particular interesado. Esto, a la vez, permite definir el **momento comisivo del delito**. Así, el empleado público va a conocer, está conociendo o ha conocido el acto de decisión funcional. En principio, el legislador peruano

**3257.**  
Competencia del empleado público que se tiene influencia

**3258.**  
Momento de comisión del delito

<sup>(781)</sup> Así también: PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 705; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1012; NÚÑEZ PÉREZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 26, 2011, p. 16; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, pp. 167-168. En sentido contrario: CHANJAN DOCUMET/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 54; CHANJAN DOCUMET/PUCHURI TORRES/HINOJOSA JURADO/VILLALOBOS RONCAL/GUTIÉRREZ GOZZER/CUEVA ARANA en Revista Derecho & Sociedad n.º 54, 2020, p. 285.

<sup>(782)</sup> Cfr. MOLINA ARREBLA, 2000, p. 363; ROJAS VARGAS, 2007, p. 795; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 705; ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vásquez/Vásquez-Portomeñe Seijas, 2019, p. 123; SALINAS SICCHA, 2016, p. 680; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 128.

<sup>(783)</sup> PÉREZ ARROYO III, 2006, p. 1502.

pretendería; con ello, abatcar todas las posibilidades en las que estaría el traficante; sin embargo, se llega a algunas incongruencias. No obstante, con cualquiera de ellas, se configura el delito.

3259.

Funcionario de decisión que conocerá el caso

Un primer supuesto sucede cuando la negociación entre el traficante y el particular interesado se da antes que el empleado público haya asumido competencia del caso judicial o administrativo que importa al segundo (**funcionario pre competente**). En otras palabras, el empleado público de decisión, de quien se tiene prevalimiento, aún no asume competencia del caso, pero es el destinado por norma a serlo (*«ha de conocer»*). El trámite procedimental determina la posterior competencia del funcionario del caso. Ejemplo: el recurso de apelación que será resuelto por la única sala de apelaciones que tiene el distrito judicial. El momento de comisión del delito se traslada a una etapa previa a la asunción de la competencia del procedimiento o proceso y/o de la emisión del acto de decisión funcional.

**Jurisprudencia:** «La norma no exige necesariamente la existencia de un procedimiento para que se consuma el tipo penal (...), el legislador también se pone en el supuesto de un procedimiento futuro, con lo cual la conducta de la recurrente se adecua a dicho tipo penal» (Ejecutoria suprema del 18 de junio de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 17-2015 Junín, considerando 8). <https://bit.ly/3kePTrg>



3260.

Funcionario de decisión que conoce el caso

Un segundo supuesto sucede cuando la negociación entre el traficante y el particular interesado se da al momento en que el empleado público tiene competencia del caso judicial o administrativo que importa al segundo (**funcionario competente**). Mejor dicho, el empleado público de decisión, de quien se invoca en las influencias, mantiene la competencia (*«está conociendo»*). El momento de comisión del delito se sitúa a una etapa simultánea al proceso o procedimiento del caso, pero antes de la emisión del acto de decisión funcional.

3261.

Funcionario de decisión que conoció el caso

Un tercer supuesto ocurre cuando la negociación entre el traficante y el particular interesado se da cuando el empleado público ya dejó de ser competente del caso judicial o administrativo que importa al segundo (**funcionario post competente**). El planteamiento normativo nos lleva a un empleado público que se invoca en las influencias, pero que dejó de ser competente del caso (*«haya conocido»*). El momento de comisión del delito se traslada a una etapa posterior al acto de decisión funcional o a la pérdida de la competencia.

3262.

Críticas

Este supuesto es el objetado por la pérdida de la competencia del empleado público invocado en las influencias<sup>(784)</sup>. No hay motivación ni razón en los proyectos

(784) El cuestionamiento es asumido también por: HUGO ALVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 454; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 706; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p.

legislativos para explicar el porqué de su inclusión. Volvemos de nuevo a un supuesto de tentativa inidónea, ya que es un contrasentido entender que el particular interesado tendría interés en recurrir a un traficante para utilizar sus influencias sobre un empleado público que perdió competencia, ya sea porque emitió la decisión o por la contienda o cuestión de competencia.

Entre los autores peruanos se ha buscado dar una utilidad aplicativa a este supuesto excepcional. Para FIDEL ROJAS VARGAS sería una negociación *ex post* ante el desconocimiento sobre lo resuelto. «El legislador ha querido cubrir el espectro de posibilidades que suponen información privilegiada para el sujeto activo del delito, quien teniendo conocimiento de que ya el caso fue decidido o resuelto —información de la que carece el interesado— ofrece interceder ante un funcionario o servidor que conoció el caso, a cambio de donativo, promesa o ventaja que le debe dar u. ofrecer el interesado»<sup>(785)</sup>. Por su parte, JUAN PORTOCARRERO HIDALGO considera que la interpretación se relaciona con la posibilidad de la variación del acto de decisión. «En este caso hay que entender que la influencia se esta ofreciendo para obtener un cambio en el fallo»<sup>(786)</sup>.

Por nuestra parte, si debemos rescatar alguna utilidad a estas negociaciones *post* competencia, sería porque las influencias del traficante solo tendrían sentido para trasladar el soborno al empleado público de decisión como recompensa o agradecimiento por el acto de decisión funcional emitido (**tráfico de influencias subsecuente**)<sup>(787)</sup> o por el desconocimiento del particular interesado de la emisión del acto de decisión (todavía no es notificado) y la negociación solo tiene sentido para que el traficante cobre por su labor<sup>(788)</sup>. En los demás casos de pérdida de la competencia, la negociación *ex post* implicaría la venta de influencias simuladas, en la cual se aprovecha la ignorancia de particular interesado sobre la actual situación competencial del funcionario. Pero, todos estos supuestos nos llevarían a criminalizar casos extremos que no legitiman la potencialidad vulneradora del bien jurídico protegido. No tiene asidero sostener la imputación típica por su lejanía vulneradora a la neutralidad administrativa del acto de decisión funcional.

Respecto a la **conducta típica**, el tráfico de influencias es un **tipo penal compuesto o mixto**, ya que el artículo 400 nos presenta tres conductas de imputación **alternativa** del traficante: recibir, hacer dar y hacer prometer. Entonces, cualquiera de ellas configura el delito. Son modalidades de realización propia, que tienen sus propias peculiaridades y no se subsidian entre ellas.

302. PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, pp. 92-93; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 167.

(785) ROJAS VARGAS, 2007, p. 795.

(786) PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 240.

(787) Así tal. ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vásquez/Vásquez-Portomeneé Seijas, 2019, pp. 124-125.

(788) Vid. PEÑA CABRERA-FREYRE V, 2016, p. 706.

3263.  
Posibilidades interpretativas

3264.  
Conducta típica

**Jurisprudencia:** «La figura de tráfico de influencias posee una conducta típica compuesta o plurisubsistente, pues para configurarse requiere la concurrencia de una serie de actos ejecutivos en secuencia lógica, empero basta que el presunto autor realice un sola de las modalidades típicas para considerar consumado el delito» (Ejecutoria superior del 24 de abril de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 00016-2017-15-5001-JR-PE-01, considerando 3.4.1.2). <https://bit.ly/3BQznU5>.



**3265.**  
Verbos  
rectores:  
actos pro-  
positivos  
o percep-  
tivos

Existe una errada apreciación sobre cuales son las conductas típicas. Se confunde con la invocación o la tenencia de las influencias que no son más que requisitos típicos mediales<sup>(789)</sup>. El artículo 400 coloca a los actos perceptores de la compensación como los verbos rectores principales y definitivos para la configuración del tráfico de influencia. Se resalta como núcleo del tipo penal la definición compensadora que habilita el servicio corruptivo de las influencias, mas no el ofrecimiento o la tenencia de estas. Asumir que fuera lo contrario implicaría alegar que se está tipificando un tráfico de influencias imperfecto o una negociación inacabada. Consideramos que la potencialidad vulneradora de la neutralidad administrativa que exige el artículo 400 como verbos rectores principales se relaciona con los **actos perceptivos de la retribución** (recibir, hacer dar y hacer prometer) y no con los **actos propositivos de las influencias** (invocar o tener influencias).

**3266.**  
Alcances  
retributi-  
vos en las  
conductas  
típicas

En principio, estas conductas típicas se configuran en atención a lo que pretende el traficante para cumplir sus servicios de intermediación por influencias, es decir, la retribución. El contenido y la eficacia están en función a la compensación<sup>(790)</sup>. Ejemplo: recibir con compensación realizadas y hacer prometer con compensación realizables. Tomando en cuenta que se tipifica el tráfico de influencias en una etapa de ofrecimiento o venta de influencias, el legislador peruano ciñe los alcances conductuales en torno a que la oferta por los servicios corruptivos vía influencias se vea satisfecha retributivamente. Estas conductas típicas no solo se dan en el marco de un acuerdo o contratación, sino que la perfeccionan. Por ende, la interpretación conceptual que damos a cada conducta típica atiende a lo que espera el traficante del particular interesado como contraprestación.

(789) Cf. HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 278. Entre los autores que sostienen que nos encontramos ante verbos rectores complementarios o suplementarios a la invocación o la tenencia de las influencias: ROJAS VARGAS, 2007, p. 787; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 260; PEÑA TERREROS en *Actualidad Jurídica* n.º 157, 2006, p. 92.

(790) Entre las legislaciones que organizan las conductas conforme al tipo de remuneraciones (realizadas o realizables): artículo 430 del Código Penal español, artículo 256 *bis* del Código Penal argentino, artículo 158 *bis* del Código Penal uruguayo y artículo 369-C del Código Penal hondureño.



**Jurisprudencias:** «La presencia de estos verbos rectores complementarios cierra la tipicidad de la figura legal del tráfico de influencias. Ellos expresan que el pacto —entre el traficante que oferta sus reales o simuladas influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental— ha llegado a su fase ejecutiva final; es decir, 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 en la norma penal» (Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 677-2016 Lima, considerando 6.35). <https://bit.ly/3bLNxvg>.

«El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación, ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto de consumación. En el presente caso —tráfico de influencias simuladas— se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la conducta del imputado por este delito solo corresponde al acto de traficar que realizar el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector» (Sentencia del 13 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 374-2015 Lima, considerando 12). <https://bit.ly/3mUOF6g>.



En tal sentido, nos encontramos ante un **delito bilateral estricto** porque ineludiblemente la conducta del traficante anticipa o secunda a la conducta de particular interesado en la negociación para llegar al acuerdo. El presente tipo penal va a necesitar, de todas maneras, la conducta del particular interesado, pues sin ella no se consigue perfeccionar el negocio ilícito y no habrá tráfico de influencias. Por eso decimos que la estructura conductual es compleja, ya que se nos presenta un **delito dual subsistente**. Una **conducta principal** del traficante consistente en la afirmación del negocio con la aceptación de la compensación. Es la de mayor relevancia punitiva por ser la que no solo se ve compensada, sino que es la que ejercerá más adelante la labor de intermediación vía influencias. Una **conducta accesoria** o complementaria del particular interesado se define por el sentido contributivo, esto es, por afirmar la financiación o la solvencia de la labor de intermediación vía influencias a ejecutar. Si bien, no ha sido criminalizada, no obstante, se imputa en atención a las reglas de la participación. *De lege ferenda* importa su criminalización autónoma, puesto que tendría la misma significancia penal en atención al bien jurídico protegido. Recuerdese que en la negociación ambas partes mantienen una relación de horizontalidad y la intervención de cada uno ostenta la misma relevancia penal, sino se imposibilitaría el acuerdo.

**3267.**  
Delito  
bilateral

La bilateralidad estricta nos conduce a establecer que el tráfico de influencias no es imperfecto o inacabado. Justamente esa complejidad exige en el tipo penal la existencia del **acuerdo** en la negociación ilícita. Ambas partes deben verse satisfechas o

**3268.**  
Acuerdo

conformes porque el acuerdo recoge sus planteamientos o pretensiones. El tráfico de influencia se presenta como un típico desarrollo entre planteamientos y proposiciones dado entre el traficante y el particular interesado de ofrecimiento de servicios y compensaciones que de todas maneras concluye satisfactoriamente en un acuerdo. Los verbos rectores configuran un **tráfico de influencias perfecto**, esto es, un contrato ilegal de servicio vía influencia cerrado. Los actos propositivos o las tratativas de cada parte no bastan para la configuración de la conducta típica, si es que no llegan a una concordancia. Por ello, el tráfico de influencias no es un delito unilateral o de bilateralidad receptiva.

3269.

Delito de  
encuentro

Esto nos permite también caracterizar al tráfico de influencias como un **delito de encuentro**, puesto que las pretensiones del traficante y del particular interesado deben concordar, coincidir y culminar en un acuerdo. El ámbito del delito desarrolla la confluencia de dos conductas que luego terminarán en un contrato de servicios. En ese sentido, se suele sostener que, entre las conductas del particular interesado y el traficante, existe un **nexo causal**, una vinculación de causa-consecuencia en atención a quien tome la iniciativa en la negociación. El tráfico de influencias no es más que el acuerdo de voluntades hacia la realización de la labor compensada de intermediación vía influencias. En esa concertación o concordancia de manifestación reside el núcleo del injusto. Entonces, mientras que no se consiga el acuerdo, ya sea por desavenencias en las tratativas o el desistimiento o interrupción en el proceso negociador, no habrá tráfico de influencias.

**Jurisprudencias:** «La conducta típica está radicada —al ser un delito de encuentro— no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada» (Sentencia del 17 de julio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 683-2018, fundamento 1). <https://bit.ly/3BYcyOd>.



«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» (Sentencia del 26 de abril de 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de Lima, Expediente n.º 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, considerando 8.4). <https://bit.ly/3HaTvV5>.



3270.

Panorama  
general de  
conductas  
típicas

En el panorama general de las conductas típicas del traficante conforme al desarrollo de una negociación, vamos a ubicar tres grupos de verbos rectores. Un **primer grupo de conductas** se encuentra en la etapa inicial o formativa de la negociación. Se trata, por lo común, de los verbos rectores «solicitar» y «ofrecer». Con ellos se da inicio a la negociación, trasladando sus pretensiones al particular interesado, sin importar si son aceptados o no, bastando solo con su recepción informativa. Precisamente, su desvalor reside en el simple hecho de dar impulso a la negociación, sin necesidad de llegar a un contrato. Por ello, se les califica **conductas activas unilaterales**. Son las conductas típicas más extremas y alejadas a la legitimidad vulneradora de un bien

jurídico; por lo que, simbolizan el extremismo del adelantamiento de las barreras de punición. Quizá, por ello, el legislador peruano a la fecha no las ha vuelto a criminalizar<sup>(791)</sup>; aun cuando las identificamos en la fórmula del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

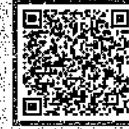
Un **segundo grupo de conductas** se ubica en la etapa conclusiva o de concertación de la negociación. En ella ubicamos los verbos rectores «*recibir*», «*cobrar*», «*obtener*» y «*aceptar*». Culminan la negociación al admitir la pretensión del traficante por su labor de intermediación vía influencias. El traficante toma la última palabra ante la iniciativa del particular interesado en impulsar la negociación. Precisamente el injusto estriba en que el traficante logra el contrato. Por ello, son **conductas pasivas bilaterales**, puesto que necesitarán previamente de la conducta del particular interesado ante la inactividad del traficante. De ellas se diferencia el tipo de compensación que el traficante admite, esto es, si se trata de una compensación realizada (inmediata) o realizable (mediata) o entrega inmediata o posterior, siendo lo que importa el aseguramiento contractual de un beneficio por la labor del traficante. El artículo 400 acoge la conducta de recibir (entrega inmediata de la compensación) mas no la de aceptar (entrega mediata de la compensación) que es recomendada por el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Un **tercer grupo de conductas** complejas que no se limitan a una sola etapa de la negociación, sino que atraviesan todo el proceso de la negociación. Estas se corresponden con los verbos rectores «*hacer dar*» y «*hacer prometer*». Así, no solo dan inicio a la negociación, sino que procuran conseguir que la culminen afirmativamente. Estos verbos rectores expresan la idea de no solo comunicar las posibilidades de intermediar vía influencias, sino de conseguir que el particular interesado entregue la compensación. El traficante toma el protagonismo y es el responsable mayor del acuerdo. Por ello, las consideramos **conductas activas bilaterales**, debido a que, de todas maneras, necesitarán de la respuesta afirmativa del particular interesado. Asimismo, estas también pueden ser organizadas conforme al tipo de compensación (realizada o realizable). Su desvalor recoge una doble fundamentación represora, en el sentido que no solo dan inicio a la negociación, sino que procuran su perfeccionamiento. Estas conductas son asumidas en su integridad por el legislador peruano.

En resumen, del panorama general antes desarrollado, el artículo 400 tipifica tres modalidades conductuales: *i)* el acto de recibir, como modalidad pasiva bilateral de compensación realizada o inmediata; *ii)* el acto de hacer dar, como modalidad activa bilateral de compensación realizada o inmediata; y *iii)* el acto de hacer prometer, como modalidad activa bilateral de compensación realizable o mediata. Analizaremos cada una de ellas.

(791) El verbo rector «*solicitar*» tuvo una efímera existencia normativa con la Ley n.º 29703 del 10 de junio de 2011 hasta la Ley n.º 29758 del 21 de julio de 2011. Actualmente ha sido incluido en el artículo 582 del Proyecto de Código Penal de 2016.

**Jurisprudencia:** *«Existe un comportamiento típico que ofrece varias modalidades delictivas, cada una compuesta de varios actos que muestran claramente el proceso ejecutivo del delito de tráfico de influencias desde su fase preparatoria hasta su consumación material, expresada en atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público (acto preparatorio), y el tráfico de la propia mediación (intersección) a nivel de ofrecimiento o de objetivización (acto consumativo) recepción de dinero, utilidad o promesa»* (Ejecutoria suprema del 13 de julio de 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4825-2005 Cono Norte, considerando 2). <https://bit.ly/3GZuDPR>



3272,  
Recibir

El **acto de recibir** reside en tomar algo que se le da o percibir algo que le realizan<sup>(792)</sup>. El traficante accede a los beneficios de la compensación (sea un bien o un servicio), no los posibles. No es un mero aceptar. El traficante entra en la tenencia inmediata de la compensación<sup>(793)</sup>. Se adecua esta modalidad conductual a una compensación realizada o inmediata, mas no a una promesa de compensación.

**Jurisprudencias:** *«El objeto de prueba que corresponde dilucidar en el presente examen es si el citado encausado recibió o no alguna ventaja patrimonial a cambio de ofrecer (no, de ejercitar efectivamente) dichas influencias (núcleo de la acción típica). Lo contrario, además de desbordar la delimitación típica de dicho injusto penal, importaría invadir el tema probandum de otro u otros delitos ajenos a los que han sido materia de procesamiento»* (Ejecutoria suprema del 31 de mayo de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. A. V. n.º 05-2008-10 Lima, considerando 3). <https://bit.ly/2ZZFOHL>



*«Se halla acreditado el delito de corrupción de funcionarios y la responsabilidad penal del procesado, con el acta de incautación, diligencia realizada en el interior del centro educativo, en circunstancias que cobraba la suma de cuarenta nuevos soles a la agraviada, ya que dicho procesado le dijo tener conocidos y prometió que iba a ingresar un acta de subsanación a la dirección del colegio a fin de arreglar la nota de su menor hija»* (Ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 2001, R. N. n.º 182-2001 Cono Norte)<sup>(794)</sup>. <https://bit.ly/3bQNFdQ>



<sup>(792)</sup> Las conductas pasivas tipificadas en otras legislaciones penales: artículo 346 del Código Penal italiano (recibe), artículo 430 del Código Penal español (aceptar), artículo 433-2 del Código Penal francés (aceptar), artículo 256 bis del Código Penal argentino (recibir y aceptar), artículo 332 del Código Penal brasileño (cobrar y obtener), artículo 158 bis del Código Penal uruguayo (recibir y aceptar), artículo 233 del Código Penal venezolano (recibir), artículo 336 del Código Penal salvadoreño (recibir), artículo 369-C del Código Penal hondureño (aceptar) y artículo 354 del Código Penal panameño (recibir y aceptar).

<sup>(793)</sup> *Vid.* TERRAGNI III, II, 2012, p. 435; TAZZA III, 2018, p. 232; GODÓY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 394; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 120; ROJAS VARGAS, 2020, p. 600; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 691; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 453; SALINAS SICCHA, 2016, p. 675; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 801; LÓPEZ ROMANÍ en García Cavero/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 249; QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 48; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 126.

<sup>(794)</sup> SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 532.

El acto de recibir no es un delito de expresión o manifestación. La exigencia de la entrega de la compensación nos lleva, por lo menos, a verificar expresiones corpóreas que permitan la perfección de acuerdo. En principio, la conducta en su esencia comisiva es un **desenvolvimiento corpóreo** del traficante en el que toma una actitud afirmativa con la percepción de la compensación. No son compatibles las meras manifestaciones o afirmaciones, si es que no están acompañadas siempre de actitudes corpóreas que confirmen la tenencia del beneficio.

3273.  
Conducta corpórea

Ahora bien, la **efectividad** del acto de recibir se relaciona con el proceso traslativo del bien o la realización del servicio. Cualquier defecto o imposibilidad de cualquier de ellos podría acarrear la atipicidad objetiva. Es la tenencia (material o inmaterial) inmediata de la compensación sin que se verifique si se ha disfrutado o satisfecho del mismo.

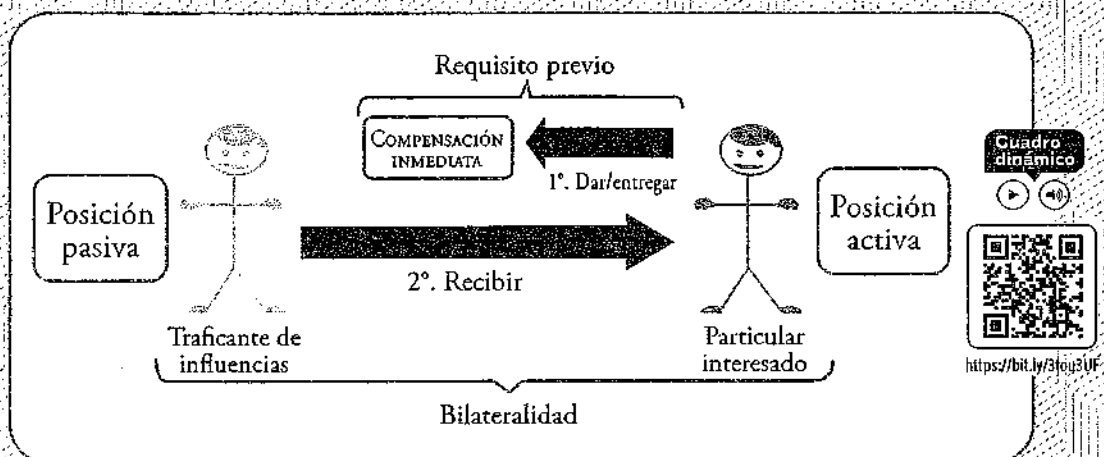
3274.  
Efectividad

La posición del traficante es **pasiva** en la negociación, ya que no da inicio a esta, sino que la culmina con la recepción de la compensación. Esta conducta sucede cuando la iniciativa de la negociación parte del particular interesado<sup>(795)</sup>. Por ello, es más posible que el traficante no necesite divulgar o invocar sus influencias, ya que lo conoce el particular interesado y es este quien se interesa en la negociación y busca al traficante para obtener sus servicios de intermediación via influencias. En el traficante es suficiente con que tenga las influencias. Si el traficante invoca sus influencias y luego recibe la compensación, se estaría más bien incurriendo en la modalidad de hacer dar<sup>(796)</sup>.

3275.  
Conducta pasiva

Un **requisito previo** del acto de recibir es la conducta del particular interesado que no se limita en solicitar el servicio (inducción), sino que debe entregar la compensación (aportación). Por ello, importa comprobar si previamente el particular interesado ejerció la conducta de dar o entregar la compensación. Mientras no exista esta no tiene cabida hablar de recepción.

3276.  
Requisito previo



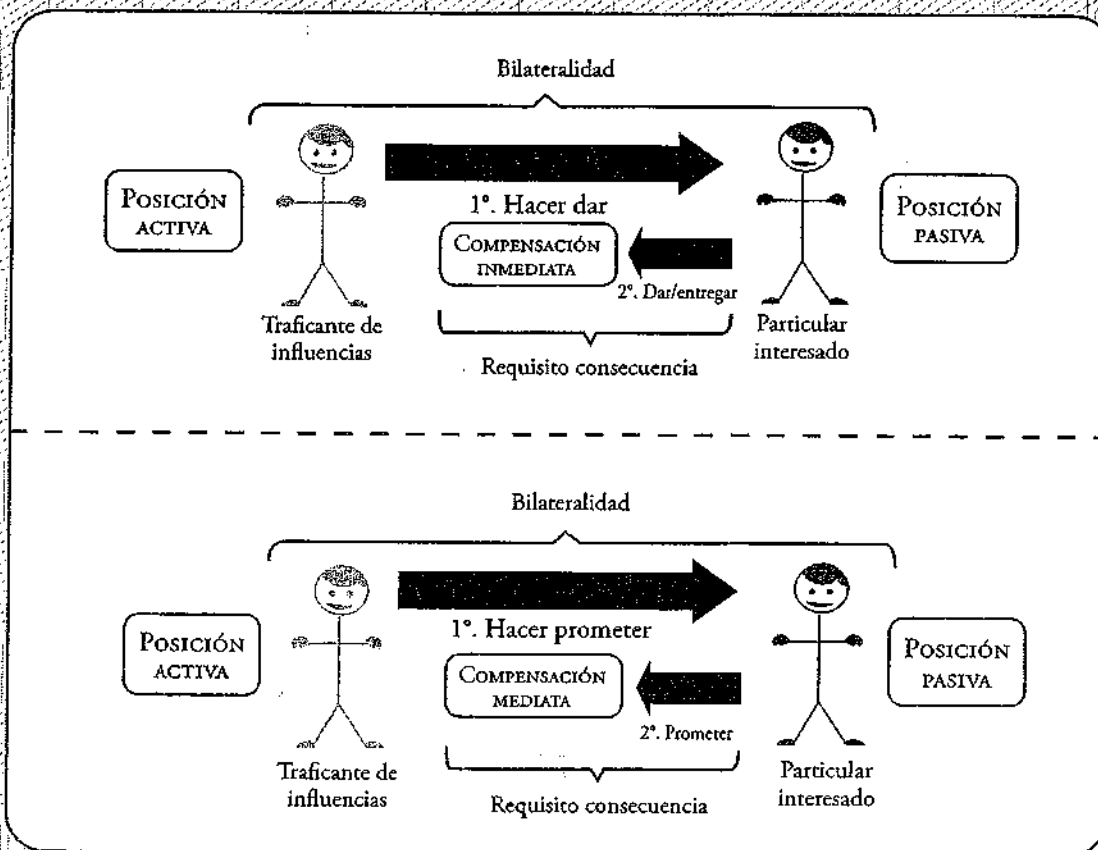
<sup>(795)</sup> Cf. MANZINI 9.IV, 1961, p. 258; HURTADO POZO en Anuario de Derecho Penal, 2005, p. 282; ROJAS VARGAS, 2020, p. 600; LÓPEZ ROMÁN en García Cayero/Vilchez Chunchayan, 2020, p. 249; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 166; QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 48; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 126.

<sup>(796)</sup> Así también: QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 48.

3277.  
Omisión

Podríamos sostener que habría espacios interpretativos para imputar una **omisión impropia**<sup>(797)</sup>. Así, cuando el traficante, que no invoca sus influencias (solo las tiene), no ejerce oposición ni reclamo cuando el particular interesado procede con la entrega de la compensación en forma material o inmaterial. Por ejemplo, cuando deposita a su cuenta bancaria un importante importe de dinero para la intermediación sin que el traficante muestre su disconformidad.

Tanto el acto de **hacer dar** como el acto de **hacer prometer** consisten en convencer o lograr obtener del particular interesado la compensación en cuanto a dar o realizar algo a su favor<sup>(798)</sup>. Es un pedido vinculatorio o generador de la compensación. El traficante procura que el particular interesado asuma la posición de ceder los beneficios de la compensación (sea un bien o un servicio).



(797) No admite la omisión: CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 298.

(798) Las conductas activas tipificadas en otras legislaciones penales: artículo 346 del Código Penal italiano (hacer dar y hacer prometer); artículo 430 del Código Penal español (solicitar); artículo 433-2 del Código Penal francés (solicitar); artículo 256 *bis* del Código Penal argentino (solicitar); artículo 332 del Código Penal brasileño (solicitar y exigir); artículo 158 *bis* del Código Penal uruguayo (solicitar); artículo 233 del Código Penal venezolano (hacer dar y hacer prometer); artículo 336 del Código Penal salvadoreño (hacer prometer); artículo 369-C del Código Penal hondureño (solicitar) y artículo 354 del Código Penal panameño (solicitar).

La diferencia de ambas conductas reside en el **tipo de compensación** que logran obtener. En el **acto de hacer dar** el traficante procura que el particular interesado entregue inmediatamente el beneficio de la compensación<sup>(799)</sup>. El traficante consigue en tenencia inmediata de la compensación. Se adecua mejor esta modalidad conductual con una compensación realizada o inmediata. El pago por el servicio tiene que darse en la etapa ejecutiva del delito. En el **acto de hacer prometer** (o también considerado «*hacer aceptar*») el traficante procura que el particular interesado le prometa o le asegure la entrega posterior o mediata del beneficio de la compensación. El traficante no consigue la entrega inmediata, sino la promesa o el compromiso de una posterior entrega de la compensación<sup>(800)</sup>. Se acopla mejor esta modalidad conductual con una compensación realizable o mediata. El pago por el servicio tiene que darse en la etapa de agotamiento del delito (durante la ejecución de las influencias o luego de obtener el acto de decisión funcional).

3279.  
Diferencias

Tanto en el hacer dar como en el hacer prometer, el desenvolvimiento del traficante se ajustaría a un **delito de expresión**, en el sentido del convencimiento que hace el traficante al particular interesado para la entrega de la compensación. Si hay un desenvolvimiento corpóreo esto proviene de la conducta que ejerce luego el particular interesado. En tal sentido, no son suficientes las meras proposiciones u ofrecimientos.

3280.  
Conductas de expresión

Por ello, la **efectividad** de los actos de hacer dar y hacer prometer se verifica con la creación en el particular interesado de una vinculación o compromiso de entrega de la compensación (realizada o realizable), sin llegar a una presión, coacción o intimidación<sup>(801)</sup>. El particular interesado asume la obligación de dar la compensación luego de verse convencido de la labor de intermediación del traficante vía influencias y no por otras razones. Se trata de un convencimiento sutil, pero no impulsivo, conseguido por el traficante. Por ello es que reafirmamos la naturaleza del presente delito como una negociación o un contrato ilícito de servicio. En tal sentido, la naturaleza de estas conductas se conecta a la asunción de una obligación contractual (voluntariamente se asume el compromiso de entrega), mas no de una coacción.

3281.  
Efectividad

(799) Así tab.: BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 73; ROJAS VARGAS, 2020, p. 600; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 453; SALINAS SICCHA, 2016, p. 676; LÓPEZ ROMANÍ en García Caverio/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 250; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 166; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 126.

(800) Así tab.: BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 73; ROJAS VARGAS, 2020, p. 600; HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, 2018, p. 453; PEÑA CARRERA FREYRE V, 2016, pp. 692-693; SALINAS SICCHA, 2016, p. 676; LÓPEZ ROMANÍ en García Caverio/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 250; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 166; ESPINOZA RAMOS en Vox Juris n.º 36, 2018, p. 126.

(801) Cfr. MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 357. Vid. QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 48. En sentido contrario: YON RUESTA en Themis n.º 43, 2002, p. 236.

**3282.** Conductas activas. En el hacer dar y en el hacer prometer, la iniciativa de la negociación parte del traficante<sup>(802)</sup>. En estos casos la posición del traficante es activa en todo el proceso de la negociación. Entonces el delito ocurre por el ofrecimiento y la procuración de la entrega del beneficio inmediato o posterior. Por ello, el sentido semántico de «hacer dar» o «hacer prometer» es conseguir la entrega de la compensación presente o futura. Es evidente que el sujeto activo tendrá que invocar o divulgar las influencias, debido a que el particular interesado no conoce del prevalimiento que tiene con el empleado público de decisión. Puede entenderse la invocación de las influencias como la conducta medial por excelencia de los presentes verbos rectores<sup>(803)</sup>. Ahora bien, nada impide que el particular interesado conozca del prevalimiento; pero, en todo caso, debe ser el traficante quien busque o tome la postura impulsiva en la negociación. Por ello, es deducible la imposibilidad de imputar formas omisivas en estas formas conductuales.

**3283.** Requisito consecuencia. Un requisito típico de consecuencia es la respuesta afirmativa que debe dar el particular interesado. Es la conducta inmediata basada en la admisión de la compensación a favor del traficante. En el acto de hacer dar sería la dación o la entrega de la compensación inmediata y en el acto de hacer prometer sería la aceptación, la promesa o el compromiso de dación o entrega de la compensación. Es imprescindible hallar, entre estas conductas, un nexo causal que permita identificar su vinculación directa. Esto permite resaltar que el tráfico de influencias es una especie de contrato de servicio de pago adelantado o de pago diferido o a resultado.

Sobre la naturaleza dogmática de este requisito, desde ya, negamos que sea una condición objetiva de punibilidad. A nuestro parecer integra la conducta típica como una especie de comprobación de efectividad de la conducta del traficante, sin considerarse un resultado típico.

**3284.** Formas directas e indirectas. Es posible que el traficante se valga de un tercero (interlocutor) para la ejecución de cualquiera de las modalidades conductuales. Aun cuando no hay mención expresa en el artículo 400 de esta forma conductual, nada impide su configuración si la propia norma no lo prohíbe; más aún si el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción lo recomienda<sup>(804)</sup>. Ninguna de ellas requiere una realización personalísima, pudiendo encomendar a otra persona la recepción, el hacer dar o el hacer prometer una compensación. Así, podríamos hablar de un tráfico de influencias directo debido a que es el propio traficante quien en forma

(802) Cf. MANZINI 9.IV, 1961, p. 258; ROJAS VARGAS, 2020, p. 600; QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 48.

(803) Así también, QUISPE AQUISE en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 87, 2016, p. 49.

(804) Se mencionan en el artículo 586 del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 582 del Proyecto de Código Penal de 2016. En otras legislaciones se describen las formas directas e indirectas: artículo 433-2 del Código Penal francés («directa o indirectamente»), artículo 256 bis del Código Penal argentino («por sí o por persona interpuesta») y artículo 158 bis del Código Penal uruguayo («por sí mismo o por otro»).



personal interviene en la negociación y ejecuta cualquiera de las conductas típicas. También se dará un **tráfico de influencias indirecto** cuando el traficante recurre a un representante o intermediario para que intervenga en su nombre en la negociación por los servicios vía influencias. En este supuesto el tercero puede tener la condición de cómplice primario por facilitar la concreción de la conducta típica; en ese sentido, el traficante intervendrá como un autor no ejecutivo. Si el tercero intermediario es un inimputable, el traficante será considerado un autor mediato.

Las reglas de la imputación objetiva aplicables al tráfico de influencias son las que corresponden a la **imputación objetiva de la conducta**. Lo que se necesita es evaluar si la conducta del traficante en una negociación por las influencias fue suficiente para conseguir incrementar el riesgo permitido en el sentido de lograr un acuerdo con el particular interesado en torno a una potencial ejecución de la labor de intermediación vía influencias. Al encontramos ante un delito de peligro abstracto importa imputar la idoneidad o la potencialidad vulneradora de la conducta del traficante que sea lo suficientemente relevante para conseguir su financiamiento por parte del particular interesado. Para entender que existe la mencionada potencialidad vulneradora de la neutralidad administrativa de los actos de decisión funcional interesa entonces que el riesgo no permitido se halle concretado en un acuerdo de realización de la labor de influencia corruptiva. Mientras no se llegue al aseguramiento retributivo del servicio que brindará el traficante, las proposiciones o las tratativas mantendrían todavía su condición de riesgos permitidos o tolerables.

En el ámbito de la gestión de intereses en casos administrativos, si el gestor ofrece o negocia sus servicios sujetos a la proscripción de las incompatibilidades normativas (artículo 9. Ley n.º 28024: «*Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública*»), específicamente por el no aprovechamiento de algún prevalimiento, no incurre en el presente delito. En todo momento mantiene su condición inocua o estándar en la negociación (**prohibición de regreso**), más aun si la norma administrativa habilita el servicio de la gestión de intereses.

Lo mismo podríamos señalar, en principio, en las entrevistas que tienen los **abogados** con sus clientes. Mientras que estos ofrecen ejercer el patrocinio sin invocar prevalimientos prosritos no incurrirán en el tráfico de influencias. Empero, entra en discusión si existe el tráfico de influencias si el abogado informa contar con una relación de amistad con los magistrados y dicho dato es lo que convence al particular interesado a su contratación. En todo caso tendrá que evaluarse la información que brinda el abogado a su cliente para llegar al acuerdo. Por lo pronto, el abogado ejerce una influencia debida (conducta neutral) debido a que busca el convencimiento al magistrado empleando sus oficios de convencimiento ceñido a los argumentos ajustados al caso<sup>(805)</sup>. Téngase presente que no solo tiene que informar de su relación de favorabilidad con el magistrado, sino también la potencialidad convencidora proveniente de

**3285.**  
Imputación objetiva

**3286.**  
Prohibición de regreso

**3287.**  
Ejercicio de la abogacía

(805) Cf. MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 148.

dicha relación. Si el abogado se limita a informar de su relación de favorabilidad no comete el delito, salvo que asegure su capacidad convencidora recurriendo a dicho prevalimiento. No creemos que si se brindan dichos datos para conseguir la contratación se considere una conducta estándar o sujera al ejercicio legítimo de la profesión. El abogado que ofrece sus servicios de influencias para el objeto funcional —y es lo que determina su contratación— de este incurre en el tráfico de influencias.

**Jurisprudencia:** *«La Sala Penal de Apelaciones para descartar la presencia de esta causa de justificación [ejercicio legítimo de la profesión], señala que el imputado no realizó una defensa, pues no se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes, para el estudio de los procesos no contó con la documentación de los expedientes. Análisis que es sobre hechos posteriores al acto imputado como tráfico de influencias simulado, es decir, que para determinar que no cumplen con los supuestos de la causa de justificación, se han valido de hechos no relevantes, que constituye una motivación aparente, porque según el principio de legalidad, el delito se ejecuta cuando se cumple el núcleo rector invocando influencias para interceder. Pero como hemos demostrado, es una práctica permanente que los abogados realicen una serie de actuaciones que no exigen el protocolo y que está permitido por las normas legales citadas sobre derechos y obligaciones del ejercicio de la profesión de abogados, como aquella de la gestión de intereses»* (Sentencia del 13 de noviembre de 2015 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 374-2015 Lima, considerando 52). <https://bit.ly/3mUOF6g>



3288.

Principio  
de confi-  
anza

Si nos trasladamos a instancias ejecutivas del contrato, en caso de descubrirse la intermediación corruptiva via influencias, el particular interesado podría alegar el **principio de confianza** si en la negociación se estableció que el defensor o el gestor iban a recurrir a los medios permitidos legalmente. En otras palabras, al particular se le autoriza confiar en la intervención debida de su representante ante las autoridades, conforme ha sido establecido en el contrato de servicios. Se rompe dicha confianza si el particular tomó conocimiento oportuno que se emplearán las influencias y, aun así, sin divulgar su confirmación, acepta la compensación propuesta por el traficante. No obstante, no podría haber tráfico de influencias si tomó conocimiento del mismo con posterioridad al contrato.

3289.

Desviación  
del incre-  
mento del  
riesgo

Podrían darse casos de **desviación del incremento del riesgo** cuando actos externos se adelantan al cierre del acuerdo. Por ejemplo, cuando el empleado público de decisión —de quien se invoca influencias— pierde competencia antes o durante la recepción de la compensación. No se logra perfeccionar el contrato y las tratativas de los intervinientes mantienen su condición de riesgos tolerables.

## §8. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

3290.

Dolo

En toda negociación es evidente que el traficante ingresa con la intencionalidad de conseguir ser compensado por sus influencias, lo que implica la intervención del sujeto activo a título de **dolo**. No cabe entender que el traficante negoció su labor

de intermediación corruptiva por imprudencia: «Ello no podía ser de otro modo si se recuerda que el autor se pone en disposición de realizar una conducta próxima a la inducción (la influencia) y dirija a desviar la actuación de la Administración»<sup>(806)</sup>. Los descuidos o las desinformaciones no podrían justificar un proceder culposo en la contratación si es que en todo momento se manifestó la necesidad que el traficante impulse o refuerze un proceso comunicativo corruptivo a través de sus influencias.

El **dolo** del traficante estriba en los conocimientos sobre la necesidad del particular interesado de contar con sus influencias para procurar verse beneficiado de un acto de decisión funcional y la voluntad de beneficiarse al ofrecer o acceder a brindar dichos servicios.

Los **conocimientos mínimos** tienen que comprender los puntos o las cláusulas del contrato de servicio ilegal o, mejor dicho, saber el contenido del acuerdo<sup>(807)</sup>. En todos los casos, el traficante debe **conocer la presencia de un particular interesado y su necesidad** de conseguir un acto de decisión funcional en torno a un caso judicial o administrativo. Tiene que saber la vinculación de dicha persona con los casos judiciales o administrativos. Estos conocimientos los puede obtener por sí mismo —si es que impulsa la negociación— o a través del propio particular interesado —si es que no impulsa la negociación—.

Sobre los **conocimientos de las influencias**, dependerá su rigor conforme al tipo de influencias (reales o simuladas). En atención a las influencias reales, debe conocer que ostenta una relación de favorabilidad o prevalimiento con el empleado público de decisión que le permitirá el convencimiento que necesita el particular interesado. Es inevitable negar dichos conocimientos si en el caso la conducta mediana es la invocación de las influencias, puesto que el sujeto activo, de todas maneras, exterioriza dichos conocimientos mínimos al particular interesado. Aun así, este puede que le haga recordar o reforzar sus conocimientos durante la negociación, sin necesidad de la invocación.

Si se trata de las influencias simuladas, no tiene sentido exigir los conocimientos mínimos de las influencias; más si la información que nos lleva a ellas. Solo es menester que el sujeto activo sepa que está aparentando una relación de favorabilidad con el empleado público de decisión o la potencialidad convencedora. Para conseguir la inducción a error al particular interesado importa por información manejar la información general del caso y el acto de decisión funcional que se pretende.

Los conocimientos de las influencias son actualizables en el momento de la negociación. ¿Se podría imputar conocimientos posteriores al acuerdo? ¿El traficante sería responsable penal si luego del acuerdo el particular interesado le plantea que recurra a sus influencias o este le manifiesta utilizarlas? En todo caso, estaríamos ante

**3291.**  
Conocimientos mínimos

**3292.**  
Conocimientos de las influencias

**3293.**  
Conocimientos posteriores de las influencias

(806) CUGAT MAURI, 1997, p. 251.

(807) Cf. MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 126.

una extensión o adición de cláusulas corruptas al contrato que lo vuelve delictivo. Recién en esos instantes podríamos hablar de un renovado acuerdo, pero que configura un tráfico de influencias.

3294.  
Conocimientos  
de los  
requisitos  
típicos

Asimismo, los conocimientos mínimos deben alcanzar los **requisitos típicos** conforme a las modalidades conductuales activas o pasiva. Así, en el acto de recibir el traficante conoce que la compensación proviene del particular interesado y que el mismo obedece por sus servicios vía influencias. En los actos de dar y hacer prometer tiene que saber que consiguió que el particular interesado le entregue la compensación o le prometa entregarlo. Son conocimientos exteriorizados dados, por lo menos, en el proceso de negociación.

3295.  
Voluntad

La **voluntad** del traficante se halla en la intención general de conseguir el acuerdo de las influencias con el particular interesado. Aunque, estimamos una doble intencionalidad en el sujeto activo conforme sean las influencias que este tenga al momento de la negociación.

Si se invoca o se tiene influencias reales, el traficante incurre en el delito con dos intenciones: *i)* la obtención del beneficio por una compensación inmediata o mediata y *ii)* la posterior realización de la labor de intermediación vía influencias. Si se invoca influencias simuladas o irreales, el traficante realiza el delito en dos intenciones: *i)* la obtención del beneficio por una compensación inmediata o mediata y *ii)* la generación de error al particular interesado para conseguir el beneficio.

3296.  
Intención  
de bene-  
ficio

Nos hallamos ante un **dolo de intención** (dolo directo) donde la constante para el traficante en el acuerdo es que se le entregue o le apruebe su retribución. Las influencias se ejecutan si es que el traficante es motivado con la compensación; por consiguiente, se podría considerar que la voluntad del traficante es un ánimo o una resolución de lucro o beneficio<sup>(808)</sup>.

Pero, no es un elemento subjetivo adicional. Si bien, el artículo 400 invoca la expresión «*para sí o para otro*» no es que se deba deducir de ello que la voluntad del traficante requiera del ánimo de beneficio (propio o de tercero vinculado) como una intensión especial de refuerzo. No es un tipo de tendencia interna trascendente. Desde ya, los verbos rectores —como recibir y hacer dar— reclaman en el ámbito del tipo penal que se dé el beneficio y no que sea una tendencial u objetivo. El beneficio tiene que ser un hecho y no una posibilidad. Estimamos que la expresión «*para sí o para otro*» permite subrayar la intencionalidad retributiva o beneficiosa con la que interviene el sujeto activo y así singularizarla.

(808) Cf. BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 76; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534; ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vázquez/Vázquez-Portomeneé Seijas, 2019, p. 132; SALINAS SICCHA, 2016, p. 698; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1013; RODRÍGUEZ DELGADO en *Ius Et Veritas* n.º 33, 2006, p. 263; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 303.

En tal sentido, en el caso de las influencias reales se nos plantea un **delito de resultado cortado** en cuanto el objetivo funcional (acto de decisión funcional), del cual se espera que consiga el traficante obtenerlo, no requiere su concreción para la tipicidad.

Por este dolo de intención, es imposible imputar el dolo eventual al traficante de influencias<sup>(809)</sup>. No hay espacios para la indiferencia o la conformidad de la negociación de sus influencias. El traficante toma la decisión si sus servicios incluyen el empleo o no de las influencias. Si el traficante no invoca las influencias, mientras que el particular interesado no manifieste su empleo en el servicio, no podemos imputar subjetivamente el delito; ya que no basta que se piense en la posibilidad de su empleo. Si existe la manifestación del empleo de las influencias por una de las partes en la negociación, no se podría considerar el dolo eventual.

Hay posibilidad de **error de tipo** en elementos importantes. Por ejemplo, en la identificación del particular interesado. Cuando el traficante recibe un beneficio de un tercero que lo confunde con el particular interesado, cuando recibe un dinero pensando que es la retribución por el servicio de influencias que brindará o cuando confunde la competencia del empleado público que se invoca tener influencias. Si se demuestra el error (relevante) en el conocimiento sobre el particular interesado, el beneficio como compensación o la competencia del empleado que se tiene influencias, no habría responsabilidad penal, aun si se diera la posibilidad de poder salir del error.

3297.  
¿Dolo  
eventual?

3298.  
Error de  
tipo

## §9. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 9.1. Consumación y tentativa

El acuerdo perfecciona al tráfico de influencias por ser su momento culminante<sup>(810)</sup>. La **consumación formal** se sitúa en ese instante. Pero debe ser precisada conforme a cada modalidad conductual. Así, los actos de **recibir** y **hacer dar** se consuman cuando el traficante accede a la tenencia (material o inmaterial) del beneficio de la compensación. En el momento en que el particular interesado o su intermediario consiguen que el traficante o su intermediario consiguen la percepción de la compensación se consuma el delito, independientemente que luego lo goce o disponga.

El acto de **hacer prometer** se consuma cuando el particular interesado manifieste —vía oral, escrita, gráfica, etc.— la accesibilidad al servicio comunicando al traficante su compromiso de entrega posterior de su retribución. El instante de la consumación acontece cuando el traficante toma conocimiento por parte del particular interesado o su intermediario que de la promesa. No es suficiente su divulgación si es que no llega a ser percibido por el sujeto activo.

3299.  
Consumación  
formal

<sup>(809)</sup> Cfr. CLEMENTE/RIOS, 2011, p. 103; ROJAS VARGAS, 2007, p. 799; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534; SALINAS SICCHA, 2016, p. 698; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 303.

<sup>(810)</sup> Así también: REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1014; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 650; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 94.

**3300.**  
Delito instantáneo

Estamos ante un **delito instantáneo**. El momento mismo de la concertación o el acuerdo suceden en un solo efecto, por la coincidencia temporal de la asertividad tanto del traficante como del particular interesado sobre sus pretensiones en cuanto al acto de decisión funcional. Para el tráfico de influencias la compensación —como pago inmediato o promesa— configura el acuerdo y no puede acontecer como permanencia. Las tratativas o las proposiciones no la generan. La renovación del acuerdo o la ampliación de sus cláusulas califican los actos independientes, mas no secuelas para la permanencia del estado antijurídico.

**3301.**  
¿Delito de actividad?

Se ha señalado que el tráfico de influencias es un **delito de mera actividad**<sup>(811)</sup> porque no es necesario que el traficante consiga como resultado el objetivo funcional del particular interesado (el acto de decisión funcional). Las conductas típicas podrían configurar delitos formales en tanto que solo basta con la realización de los mencionados verbos rectores para llegar a la consumación. No obstante, es menester algo más, esto es, verificar la consecuencia retributiva, es decir, la entrega del beneficio que supone la compensación, ya sea en forma inmediata o siquiera el compromiso contractual de su entrega posterior<sup>(812)</sup>. Esto nos permite ir más allá de una mera realización formal del verbo rector. El traficante no solo percibe el pedido del servicio o lo ofrece, se requerirá que a continuación exista la compensación (realizada o realizable).

**Jurisprudencias:** *«Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal»* (Sentencia del 17 de julio de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 683-2018, fundamento 1). <https://bit.ly/3BYcyOd>.



*«El delito en estudio es uno de mera actividad en la cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de su conducta, sin importar el resultado material, ni el hecho que las influencias sean reales o simuladas»* (Ejecutoria suprema del 10 de mayo de 2012 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1280-2011 Huancavelica, considerando 4). <https://bit.ly/2ZZjvBF>.



*«Es un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material, de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas, lo que debió ser apreciado de manera exhaustiva por el Colegiado Superior»* (Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 4097-2008 Santa, considerando 4). <https://bit.ly/30c0ImO>.



(811) Así: CUGAT MAURI, 1997, p. 245; POLAINO NAVARRETE en Polaino Navarrete II, 2011, p. 340; MUÑOZ LORENTE en Eunomía n.º 4, 2013, p. 86; ALONSO PÉREZ, 2000, p. 248; CARDONA TORRES, 2010, p. 514; RÓMERO DE TEJADA en Cuadernos de Derecho Local n.º 24, 2010, p. 70; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 118; PEÑA OSSA, 1995, p. 194; BOUMPADRE III, 2003, p. 223; PARMA/MANGIAFFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 636; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 893; PRADO 3, 2019, p. 423; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 805; LÓPEZ ROMANI en García Cavero/Vilchez Chinchayán, 2020, p. 265; PEÑA TERREROS en Actualidad Jurídica n.º 157, 2006, p. 94.

(812) Así también: SALINAS SICCHA, 2016, p. 700.

*«Es 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»* (Sentencia del 26 de abril de 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de Lima, Expediente n.º 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, considerando 8.4). <https://bit.ly/3HaTvV5>.



Quando el sujeto activo admite el beneficio de la compensación, no quiere decir que esta sea el resultado material del tráfico de influencias. El beneficio no es la concreción de la vulnerabilidad del bien jurídico. Asimismo, no hay daño o resultado perjudicial que demostrar o verificar. Si en la invocación de las influencias se afecta la honorabilidad del empleado público de decisión, no debe ser confundido como el resultado esperado en el tipo penal. La reputación institucional no se conecta con el sentido protector de la norma penal.

**3302.**  
¿Es necesario un resultado?

La **tentativa** técnicamente es posible<sup>(813)</sup>, más aun en negociaciones duraderas, complejas o fraccionadas. Ontológicamente resaltamos un espacio entre el ofrecimiento y la obtención o afirmación del beneficio para actos de desistimiento o interrupción externa que evitarán la perfección del contrato de servicios por influencias. Por lo pronto, negamos la tentativa en el acto de recibir por el efecto instantáneo en la entrega inmediata del beneficio. Más bien, nótese ello en las conductas complejas de hacer dar y hacer prometer, aunque algunos cuestionan la tentativa de esta última<sup>(814)</sup>. En estos casos, el prototipo de tentativa es la **acabada**, debido a que el traficante realiza todos los esfuerzos para el convencimiento, pero al final no consigue la compensación esperada.

**3303.**  
Tentativa

**Jurisprudencia:** *«En la diligencia policial en la que se tomó la declaración a la agraviada ingresó una llamada a su celular de parte de la encausada, la misma que le solicitó dinero a cambio de la protección a la obra, que ello ha quedado plasmado en el acta correspondiente (... que tiene buenas relaciones con la policía y de cualquier cosa la podía apoyar... que, con el coronel, tiene muy buenas relaciones...)* Que tal situación deja entrever entonces que la encausada simuló tener influencias en la policía para pretender obtener un provecho económico, provecho que no se consumó debido a que no se le entregó dinero alguno» (Ejecutoria suprema del 18 de junio de 2015 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 17-2015 Junín, considerando 7). <https://bit.ly/3kePTrg>.



<sup>(813)</sup> Cfr. MANZINI 9 IV, 1961, p. 260; RANIERI III, 1955, p. 385; PENA OSSA, 1995, p. 194; PACHECO OSORIO I, 1972, p. 316; CLEMENTE/RÍOS, 2011, p. 106; TERRAGNI III II, 2012, p. 437; GONZÁLEZ en Balcarcé II, 2014, p. 232; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 827; FRAGOSO II, 1986, p. 469; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 363; PRADO 3, 2019, p. 423; JESÚS<sup>14</sup>, 2012, p. 275; GALVÃO, 2015, p. 300; PIERRANGELI 2, 2007, p. 896; MASSON 3, 2018, p. 709; BITENCOURT 5, 2019, p. 248; CUNHA, 2019, p. 907; GONÇALVES, 2015, p. 817; SALLES JUNIOR, 1987, p. 362; GRECO 3, 2017, p. 851; SILVA en Queiroz 2, 2013, p. 1000; MARTIN DE SANCTIS en Jalil/Greco Filho, 2019, p. 837; ISHIDA, 2015, p. 703; COELHO, 2019, p. 1300; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 74; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534; SALINAS SICCHA, 2016, p. 701.

<sup>(814)</sup> Asl.: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534; ROJAS VARGAS, 2007, p. 800; CANCHO ALARCÓN en Cancho Alarcón, 2014, p. 298.

No obstante, no creemos que se deba reprimir la tentativa de un tráfico de influencias. No habría legitimidad para hacerlo por el extremismo del adelantamiento de la barrera de punición que ello conlleva y la lejana apreciación vulneradora del bien jurídico protegido. Que motivación punitiva habría frente a un imperfecto contrato de servicio por influencias que no ha conseguido llegar a un acuerdo para la realización de la labor de intermediación via influencias. No hallamos potencialidad futura para poder lograr la meta corruptiva esperada por el particular interesado; simplemente las tratativas o las proposiciones serían riesgos tolerables o insignificantes.

3304.  
Agota-  
miento

Por otra parte, en la **etapa de agotamiento**, ubicamos las actividades proyectadas en el contrato de servicio por influencias. Así, por parte del traficante, la ejecución de sus labores (realización de la intermediación via influencias) o la obtención del acto de decisión funcional (objetivo pretendido por el particular interesado). El objetivo funcional o la ejecución del servicio no tienen que ser realizada; por ello, se le considera un **delito de consumación anticipada**. Por parte del particular interesado, en caso de la modalidad de hacer prometer es la ejecución de la promesa de la compensación.

**Jurisprudencias:** «Desde los cargos formulados por la Fiscalía, de un lado, que las tratativas entre traficante e interesado se dieron a plenitud, desde luego, antes de la decisión de la causa seguida por el segundo de los nombrados, a cuyo efecto se invocó influencias reales; y por otro lado, que la decisión jurisdiccional de la Sala Constitucional y Social Transitoria no resultó afectada, la cual fue contraria a las expectativas del interesado. Se trata, en suma, de un delito de tráfico de influencias consumado» (Sentencia del 21 de mayo de 2007 de la Sala Penal Especial Suprema, Expediente n.º 06-2006 A. V., considerando 10). <https://bit.ly/3EXYK8B>



«El enunciado legal no incluye como componente material típico ni que el traficante lleve a la práctica el ofrecimiento o que se haya conseguido el propósito buscado con la intercesión, pues el delito ya se habría consumado» (Ejecutoria superior del 24 de abril de 2017 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente n.º 00016-2017-15-5001-JR-PE-01, considerando 3.4.1.6). <https://bit.ly/3BQznU5>



## 9.2. Autoría y participación

3305.  
Autoría  
inmediata

La **autoría inmediata** del traficante consiste en el dominio del ofrecimiento o la recepción del pedido de brindar el servicio de intermediación via influencias, así como la admisión de la retribución. Es autor inmediato quien interviene en la negociación en el rol de locador del servicio. Ya indicamos que puede hacerlo el sujeto activo en forma personal (delito de propia mano) o por intermediarios.

3306.  
Autoría  
mediata

En este último caso, cabe la posibilidad de la **autoría mediata** mientras que el intermediario, del que se vale el traficante para ser representado en la negociación, no sea responsable penal (*v. gr.*, inimputable o menor de edad). Por ejemplo, quien pide a un procurador la entrega de un sobre cerrado a un tercero sin informarle del contenido ni el sentido del mismo. El dominio de la voluntad lo mantiene el traficante beneficiado por la compensación.



La **coautoría común** puede darse si la labor de intermediación de influencias se ejecuta en conjunto por haber sido acordado de esa manera con el particular interesado. En principio, los coautores deben intervenir en el acuerdo con el particular interesado o, siquiera uno de ellos, siempre que represente al otro. Si uno de los socios intermediadores no interviene en el contrato, aunque lo conozca y ejecute el servicio de influencias, pero no se ve comprometido por el contrato, ni menos compensado, no incurrirá en el tráfico de influencias.

Si el particular interesado acuerda simultáneamente con diferentes traficantes nos encontraremos ante **coautorías accesorias**, puesto que no existe entre los sujetos activos independientes acuerdo en común, manteniendo cada uno su propio dominio en la negociación.

En la participación, el **instigador** crea el dolo del ofrecimiento del servicio al traficante y, por lo común, lo será el particular interesado. Nada impide que lo sea el propio empleado público de decisión. También lo puede ser un tercero desvinculado al acto de decisión funcional pretendido que más adelante puede coadyuvar al acercamiento del particular interesado con el traficante. Son **cómplices necesarios** los intermediarios del traficante y del particular interesado, toda vez que sus aportes esenciales permiten el acuerdo con el traslado del beneficio de la retribución o la promesa de darla. También lo será el tercero beneficiado que accede a la compensación del traficante.

3307.  
Coautoría

3308.  
Participación

**Jurisprudencia:** «Resulta obvio que conviviendo con el Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó dos meses, y por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona y, como era de conocimiento público, de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello, que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente de poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtenerse las resoluciones judiciales favorables a su hermano y a su tío político, lo que en efecto así sucedió» (Ejecutoria suprema del 9 de julio de 2003 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1401-2003 Lima, considerando 3), <https://bit.ly/3bQdCcy>.



### 9.3. Concurso de imputaciones

Hemos visto la cercanía del tráfico de influencias simuladas con el delito de estafa (artículo 196, Código Penal). En la doctrina se habitúa decir que existe entre ellos un concurso aparente de leyes (principio de especialidad)<sup>(815)</sup> o concurso ideal<sup>(816)</sup>. In-

3309.  
Con relación a la estafa

(815) Así, FRAGOSO II, 1986, p. 469; MIRABETE/FABRINI 3, 2019, p. 363; PRADO 3, 2019, p. 423; JESUS 4, 2012, p. 275; COSTA JUNIOR 3, 1992, p. 219; PIERANGELI 2, 2007, p. 896; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 346; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 537; DÍAZ PRETEL en Gaceta Penal & Procesal penal n.º 125, 2019, p. 170.

(816) Así, ROJAS VARGAS, 2007, p. 807.

dicamos la imposibilidad de imputar la estafa por la propia autopuesta en peligro del particular interesado sobre el empleo de su patrimonio individual para un servicio ilegal.

3310.

Con relación a la injuria

Asimismo, se ha visto que en el acto de la invocación de las influencias —sean reales o simuladas— podría verse ofendida la dignidad o la reputación del empleado público de decisión. Este podría impulsar una querrela por **injuria** (artículo 130, Código Penal) o **difamación** (artículo 132, Código Penal). En tal situación, se estaría ante un concurso ideal de delitos, mas no un concurso aparente de leyes (principio de absorción)<sup>(817)</sup>, puesto que nos hallamos ante distintos bienes jurídicos.

3311.

Con relación al prevaricato

En caso el traficante consiga un acto de decisión funcional irregular, en cuanto una sentencia con hechos o pruebas falsas o sustentada en leyes supuestas o derogadas, conforme a lo pretendido por el particular interesado, estaremos ante un concurso real medial entre el tráfico de influencias y el **prevaricato** (artículo 418, Código Penal).

3312.

Con relación al patrocinio incompatible

En el **patrocinio incompatible indirecto o genérico** (artículo 385, Código Penal) apreciamos a un empleado público carente de competencia del acto de decisión funcional, pero que a través de sus propias atribuciones le permite ostentar las influencias necesarias para conseguir lo pretendido por el particular interesado. Con relación al tráfico de influencias agravado habrá un concurso real medial, puesto que este delito es la preparación de la labor de intermediación via influencias que será el patrocinio incompatible. Se podría decir que es una variante de la ejecución funcional de las influencias reales.

3313.

Con relación al cohecho

Reiteramos la situación excluyente entre el tráfico de influencias y el **cohecho**, sea funcional o generalizado por actos de decisión (artículos 395 y 398, Código Penal), si el primer delito se ve agotado con la ejecución del servicio ilegal. Todo parte del dominio del hecho en la labor convencidora al empleado público de decisión. Si lo tiene el particular interesado, el traficante es su cómplice intermediario en el cohecho; pero si lo tiene el traficante como locador contratado es autor del delito en estudio.

3314.

Con relación a lavado de activos

Si el tráfico de influencias genera beneficios indebidos al sujeto activo podría ser identificado como el delito precedente generador de fondos ilegales para un **lavado de activos** (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106). Si hablamos de la tenencia de los fondos indebidos, entre ambos delitos habrá un concurso ideal de delitos. Si son actos de conversión o transformación estaremos ante un concurso real medial de delitos.

## §10. JUSTIFICACIÓN

3315.

Estado de necesidad justificante

No se justifica recurrir a negociar las vías corruptivas de las influencias cuando el particular interesado necesita, de todas maneras, obtener el acto de decisión funcional para proteger o amparar un derecho constitucional fundamental. No habrá

(817) Así lo considera: BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 346.

**estado de necesidad justificante** porque no es que las influencias del traficante sean las únicas acciones de defensa que tiene el particular interesado para resguardar dicho derecho; más aún si son ilegales. Asumir lo contrario implicaría desconocer la garantía de la neutralidad administrativa del acto de decisión funcional.

**§11. IMPUTACIÓN PERSONAL**

Si el particular interesado interviene en la negociación en una condición de **grave alteración de la conciencia** (*v. gr.*, ebriedad absoluta), aun cuando el traficante mantiene su imputabilidad, no podríamos sostener que exista el tráfico de influencias al estar viciada la determinación de una de las partes y comprometer la configuración del acuerdo.

No puede ser un traficante imputable si el particular interesado lo controla via amenazas graves (**miedo insuperable**) para que a continuación ejerza la intermediación via sus influencias. El acuerdo asumido también se cuestiona porque se ha viciado la voluntad de una de las partes. Recordemos que debe existir entre el traficante y el particular interesado el convencimiento antes que la imposición extorsiva.

**§12. PENA**

La pena del **tráfico generalizado de influencias** (o tráfico de influencias básico) es triple (conjunta): *i)* La pena de privación de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. *ii)* La pena de inhabilitación (accesoria), con el mismo plazo, para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; suspensión de derechos políticos; incapacidad para ejercer profesión, comercio, arte o industria; y la privación de grados, títulos honoríficos u otras distinciones (artículo 36, numerales 2, 3, 4 y 8, Código Penal). *iii)* La pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

La pena del **tráfico funcional de influencias** (o tráfico de influencias agravado) es triple (conjunta): *i)* La pena de privación de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. *ii)* La pena de inhabilitación (principal) de cinco a veinte años de la función, cargo o comisión (aunque sea de elección popular); para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; y la privación de grados, títulos honoríficos u otras distinciones (artículo 36, numerales 1, 2 y 8, Código Penal). *iii)* La pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

La pena de inhabilitación será perpetua en los siguientes supuestos alternativos (artículo 426, segundo párrafo, Código Penal): *i)* Cuando el agente actúa como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella. *ii)* Cuando la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo. *iii)* Cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad, pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa de la seguridad o soberanía nacional.

**3316.**  
Grave alteración de la conciencia

**3317.**  
Miedo insuperable

**3318.**  
Pena del tráfico de influencias básico

**3319.**  
Pena del tráfico de influencias agravado

**3320.**  
Inhabilitación perpetua



## **QUINTA LECTURA**

**García Navarro, E. (2022).** Enriquecimiento ilícito. En García Navarro, E. (2022). Derecho Penal Parte Especial (Tomo II). Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos. Lima, Perú. Editorial Iustitia, pp. 1695-1774.

En todo delito de corrupción pública tendente a un beneficio económico es inevitable una consecuente situación de enriquecimiento ilícito del empleado público. En el presente delito no cabe distinciones sobre el origen el beneficio económico, esto es, si proviene del patrimonio público o privado, el resultado deriva siempre del aprovechamiento del funcionario público de sus propias funciones para verse lucrado.



Edward García Navarro

Tomo II

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Delitos contra  
la Administración  
Pública cometidos  
por funcionarios  
y servidores públicos



EDICIONES  
JUSTITIA





EDWARD GARCÍA NAVARRO

DERECHO  
PENAL  
PARTE ESPECIAL



Delitos contra la  
Administración Pública  
cometidos por funcionarios  
y servidores públicos

Tomo II



IUSTITIA

Primera edición: abril de 2022

© 2022, Derecho Penal - Parte Especial - Tomo II

© 2022, Edward García Navarro

© 2022, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima

Tfís.: 321-0258 • 427-1881

mentejuridica@hotmail.com

www.grijley.com

Composición e Impresión

Editora Grijley E. I. R. L.

Jr. Azángaro 1075, Lima

Tfís.: 337-5252 • 666-0714

elay.grijley@hotmail.com

Diseño y diagramación

Libra Huamali Sánchez

Tiraje: 1.000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N.º 202201700

Registro del Proyecto Editorial: 31501012200122

ISBN: 978-612-4362-37-8

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total  
o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

## ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

(Artículo 401, Código Penal)



**SUMARIO:** §1. Generalidades. §2. Naturaleza delictiva. §3. ¿Autonomía delictiva? §4. Modalidades. §5. Antecedentes. §6. Descripción, fuentes y antecedentes legales. §7. Bien jurídico protegido. §8. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. §9. Imputación subjetiva. §10. Ampliación de la imputación. 10.1. Consumación y tentativa. 10.2. Autoría y participación. 10.3. Concurso de imputaciones. §11. Justificación. §12. Imputación personal. §13. Modalidad agravada. §14. Pena.

### §1. GENERALIDADES

En todo delito de corrupción pública tendente a un beneficio económico es inevitable una consecuente situación de enriquecimiento ilícito del empleado público. En el presente delito no cabe distinciones sobre el origen del beneficio económico, esto es, si proviene del patrimonio público o privado, el resultado deriva siempre del aprovechamiento del funcionario público de sus propias funciones para verse lucrado. Así, las atribuciones funcionariales le sirve al empleado público para conseguir del particular el beneficio económico cuando lo ofrece como objeto de venta o también recurre a sus atribuciones funcionariales para conseguir trasladar los fondos de la entidad pública a su ámbito patrimonial.

3445.

Una forma de corrupción

**Jurisprudencia:** *«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» (Ejecutoria suprema del 6 de setiembre de 2017, R. N. n.º 5318-2006 Junín, considerando 5). <https://bit.ly/3D07dY5>.*

Una realidad insoportable para la estabilidad del aparato administrativo es su cada vez más estigmatizada asimilación a una máquina de riquezas que aglutina patrimonialmente al empleado público aventurero que ingresa a la carrera administrativa como si fuera un negocio. La noción que se impregna en las mentes de los administrados es que quien labora en o para la Administración Pública es un corrupto que, a costa de la Sociedad, incrementa su patrimonio en vez de ser un servidor público presto a los fines constitucionales y legales.

3446.

Objetivo político-criminal

Frente a ello, la estrategia normativa contra la corrupción estriba en que el mensaje preventivo general busca la evitación de oportunidades de enriquecimiento vía el aprovechamiento de la función pública. El objetivo de la criminalización del enriquecimiento ilícito consiste en evitar el enriquecimiento no autorizado del empleado; para ello, las herramientas sancionatorias deben asfixiar la suerte crematística o siquiera generar un mínimo de convicción al ciudadano que la función pública no es la vía más adecuada para lograr el enriquecimiento o generarse ingresos económicos paralelos e ilegales<sup>(214)</sup>. Se tiene que desanimar al empleado interesado en que su suerte económica no es la de la vida corrupta en los estratos gubernamentales. Al sopesar los pros y los contras concluirá que un mal negocio resulta si decide por el enriquecimiento ilícito.

3447.

Delito consecuencia

El enriquecimiento ilícito se presenta como un **delito consecuencia** por coincidir su injusto en una etapa definitiva o de concreción de la finalidad crematística del sujeto activo funcional en cualquier forma de corrupción. Si la mirada político-criminal para combatir la corrupción es la anticipación de las barreras de punición para criminalizar los actos preparatorios; en este caso, el enfoque es contrario, y ahora la mirada represiva se dirige hacia los actos consumativos y de agotamiento del objetivo del corrupto. No es permitido que se deje escapar por impunidad a aquellos empleados públicos que lograron encubrir sus actos delictivos y librarse de la fiscalización de sus actuaciones funcionariales.

3448.

Genesis criminalizadora

La **genesis de la criminalización** del enriquecimiento ilícito se encuentra en la problemática probatoria del delito funcional que genera los ingresos económicos ilícitos. Las incertidumbres probatorias de los delitos de corrupción forman un espacio de impunidad que por excepcionales técnicas legislativas se pretende superar (*u. gr.*, criminalización de actos preparatorios, excepcionalidad de imputación a los extraneus, adelantamiento de las barreras de punición). En esa problemática nace la

<sup>(214)</sup> *Vid.* BLANCO CORDERO en Heydegger/Juliana, 2013, p. 548; DE LUCA/LOPEZ CASARIEGO en Revista de Derecho Penal II, 2004, p. 135; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 96.

criminalización del enriquecimiento ilícito. Cuando resulta difícil saber cómo incrementó el empleado público su patrimonio particular, se entendía que solo procede la creación de una figura penal consistente en un enriquecimiento ilícito como consecuencia inevitable del aprovechamiento indebido del cargo. Y, por ello, las propuestas legislativas iniciales planteaban un enriquecimiento ilícito presunto o una presunción excepcional de enriquecimiento ilícito en quien tiene desbalance patrimonial o ingresos superiores a lo habitual. Pero de dicha necesidad criminalizadora surge otra problemática y reside en esa presunción *in malam partem* y el trasladado de la carga probatoria al propio imputado para desvirtuar el delito y reafirmar la licitud de su enriquecimiento<sup>(215)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal que busca evitar espacios de punibilidad, tanto frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado, es decir, no sea posible la persecución penal, como en los casos en que el enriquecimiento provenga de conductas que impliquen infracción grave de deberes funcionales» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2) <https://bit.ly/3ClqtTZ>.



Pero, actualmente, queda desfasada la idea originaria de su génesis tipificadora. No debe ser considerado un enriquecimiento ilícito la presunción del origen ilícito de los fondos, sino que también importa probatoriamente esclarecer la ilicitud de los ingresos extras del empleado público. Queda en el recuerdo la *ratio legis* presuntiva de la ilicitud del enriquecimiento, puesto que ahora estamos ante un enriquecimiento ilícito real cuyos ingresos económicos proscritos deben provenir del abuso funcional y no deducirlo sin sustento probatorio.

Si el motivo criminalizador del enriquecimiento ilícito estriba en superar la actividad probatoria que acredite la formación ilegal de los ingresos económicos del empleado público, las fórmulas penales iniciales necesitaban contar elementos típicos que los faciliten. Así, la salida normativa estaría en trasladar dicha exigencia probatoria en la **imposibilidad suficiente y justificadora del empleado público sobre su enriquecimiento**. Entonces, las descripciones legales del enriquecimiento ilícito contenían como elemento configurativo la no justificación debida o razonable de la procedencia regular de los ingresos que producen el incremento patrimonial. Así, por ejemplo, se observa en el artículo 268 (2) del Código Penal argentino («*al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial*») y en el artículo 412 del Código Penal colombiano («*incremento patrimonial injustificado*»)<sup>(216)</sup>. Asimismo, en la legislación internacional, en el artículo IX de la

3449.  
Motivo  
criminalizador  
actualizado

3450.  
Problemática de  
legitimación  
constitucional

(215) Cf. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 363; BLANCO CORDERO en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-16, 2017, p. 5.

(216) También se observa en otras legislaciones penales: artículo 241 *bis* del Código Penal chileno («*incremento patrimonial injustificado*»), artículo 279 del Código Penal ecuatoriano («*incremento*

Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) («no pueda ser razonablemente justificado por él») y el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) («no pueda ser razonablemente justificado por él»). En nuestra legislación nacional también se tuvo parecida exigencia típica en el artículo 401 con la modificatoria dada por la Ley n.º 28355 («que no pueda justificar razonablemente»).

3451.

La injustificación razonable del incremento como punto discutible

En tal sentido, en la construcción dogmática del delito dicha injustificación razonable es puesta como el núcleo del delito (tipificación de una desobediencia funcional) o incorporado como otro elemento reforzador del carácter ilegal del enriquecimiento. Pese a ello, las consecuencias operativas de una figura penal de enriquecimiento ilícito con estos agregados traen consigo violaciones a los límites garantistas del poder penal. Por eso, en algunos países no se ha tipificado el delito o, pretendiendo hacerlo, se ha declarado su inconstitucionalidad. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en Portugal, cuando el Tribunal Constitucional, mediante el Acuerdo n.º 179/2012, declaró la inconstitucionalidad del Decreto n.º 37/XII que incorporó los artículos 335-A y 386 en el Código Penal portugués, los mismos que tipificaron al enriquecimiento ilícito de particulares y de funcionarios públicos. Las razones de la inconstitucionalidad radican en la falta de identificación de un bien jurídico protegido y la vulneración del principio de presunción de inocencia.

3452.

Delito de sospecha

La injustificación razonable de los ingresos económicos al patrimonio personal del empleado público hace del enriquecimiento ilícito un **delito de sospecha**<sup>(217)</sup>. Se llega a una sospecha indeterminada cuando la norma penal no precisa como debería entenderse el origen ilícito de los ingresos económicos y opta, más bien, por una imputación automática del hecho cuando resulta difícil acreditar otros delitos funcionariales en atención a la subsidiariedad atributiva del enriquecimiento ilícito<sup>(218)</sup>. Sobre ello, JORGE FEDERICO MIKKELSEN-LOTH comenta que «con este tipo penal se introduce en nuestro Derecho Penal positivo una figura tan peligrosa como es el no deseado instituto del delito de sospecha; ello así porque se permite presumir situaciones de culpabilidad valiéndose de hechos sin identificar»<sup>(219)</sup>. En ese ámbito,

*patrimonial injustificado»), artículo 333 del Código Penal salvadoreño («incremento patrimonial no justificado»), artículo 448 de Código Penal nicaraguense («que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley»), artículo 351 del Código Penal panameño («íntegramente indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos... y cuya procedencia lícita no pueda justificar») y artículo 150.1 del Código Penal cubano («sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener tal aumento patrimonial»).*

(217) Cf. DONNA, 2002, p. 392; ABOSO, 2018, p. 1416; MAZZON en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1292; HERNÁNDEZ BASUALTO en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.º 27, 2006, p. 200; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 439; PEÑA CABRERA ERSYRE V, 2016, p. 733; HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 198.

(218) Cf. HERNÁNDEZ BASUALTO en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.º 27, 2006, p. 200; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, 2018, p. 439; MATOS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 442; BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 214.

(219) MIKKELSON-LOTH, 2001, p. 44.

la exigencia en la imputación de la injustificación razonable o debida nos lleva a serias consecuencias inconstitucionales<sup>(220)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La conversión de la no razonabilidad de la justificación del incremento patrimonial y la circunstancia que dicho incremento se hayan producido en el período en el que el procesado fue funcionario o servidor públicos son circunstancias periféricas que consideradas, per se, como suficientes para inferir una responsabilidad penal por enriquecimiento equivaldría a convertirlo en un delito de sospecha. Ello es incompatible con un derecho penal de acto, propio de un Estado Constitucional de Derecho» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 13). <https://bit.ly/3wtry5Q>



Una consecuencia inconstitucional es la vulneración del principio de **presunción de inocencia** (artículo 2.24.e, Constitución Política)<sup>(221)</sup>. El planteamiento de una presunción de enriquecimiento se traduce en una práctica exigible de acreditación de la licitud del enriquecimiento al propio imputado y lo libera de ello al fiscal, por cuanto le basta y sobra con afirmar la ausencia justificadora para confirmar el delito. Hay una evidente inversión de la carga de la prueba sobre la justificación del enriquecimiento ilícito, puesto que la norma penal le enmienda o le facilita al fiscal una actividad probatoria, la cual la recarga al imputado. El imputado se ve obligado a acreditar la licitud de su patrimonio para evitar la condena.

3453.  
Vulneración a la presunción de inocencia

**Jurisprudencia:** «¿Quién tiene la carga de la prueba en la determinación de la existencia o no de un enriquecimiento ilícito? El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el período que tuvo dicha condición» (Acuerdo del Tema III del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 20 y 21 de junio de 2008). <https://bit.ly/3mVE2Qu>



Entre los penalistas, ISIDORO BLANCO CORDERO sostiene lo siguiente: «Una aplicación automática que determine que todo incremento patrimonial no justificado da lugar a la sanción penal del sujeto vulnera, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, si además de dicho incremento patrimonial la acusación aporta más elementos de prueba que permitan al Tribunal considerar como probado el hecho presumido, la presunción de inocencia puede resultar

<sup>(220)</sup> En sentido contrario: CREUS, 1981, p. 423; DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO en Revista de Derecho Penal II, 2004, pp. 138-139; CABALLERO en Donna III, 2010, pp. 150-151; OTRANTO en Ziffer III, 2019, pp. 1946-1947.

<sup>(221)</sup> Así también: DONNA, 2002, p. 390; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 363; BRUZZONE/GULLCO en Bruzzone/Gullco, 2005, p. 29; CONTI en Riquert III, 2018, p. 2050; MAZZON en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1292; CARTOLANO en Pérez Álvarez, 2016, p. 468; RODRÍGUEZ, 2000, p. 34; CHIRINOS SOTO, 2004, p. 803; SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1797.

suficientemente garantizada»<sup>(222)</sup>. Por su parte, HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO considera «que al Ministerio Público le corresponda acreditar el enriquecimiento injustificado del funcionario y que esto represente una decidida exclusión de cualquier forma de inversión de la carga de la prueba no puede sino significar que el Estado está obligado a rendir la «prueba diabólica», esto es, a demostrar el hecho negativo consistente en la ausencia de toda posible justificación del incremento patrimonial, lo que, en cuanto imposible, en términos prácticos implica la necesidad de acreditar positivamente el origen ilícito del mismo»<sup>(223)</sup>.

**Jurisprudencias que insisten en la inversión de la carga de la prueba:**

*«Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita»* (Sentencia del 17 de agosto de 2018 de la Sala Penal Transitoria, Casación n.º 953-2017 Lima, fundamento 5.5). <https://bit.ly/3F1atmQ>.



*«Se concluye indefectiblemente que el recurrente no justificó la procedencia real del dinero con el que adquirieron los certificados bancarios en mención ni el destino real de estos, por lo que, dadas las conclusiones del Informe financiero número treinta y cuatro (véase a foja cuatro mil ciento treinta y dos), respecto a un incremento patrimonial no justificado (independientemente del monto al que se arribó), se concluye que dicho funcionario público se valió de su cargo para realizar actividades no reguladas ni autorizadas por sus superiores, para generar un incremento en su patrimonio que no justificó en su oportunidad»* (Ejecutoria suprema del 7 de marzo de 2018 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1438-2017 Lima, considerando 13). <https://bit.ly/3F5U54B>.



*«El acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento proventura de fuentes lícitas; es por ello, que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento, es suficiente que el imputado no cumpla con acreditar la procedencia de su desbalance patrimonial para que se configure el ilícito, razón por la cual algunos autores consideran que ello no es una inversión de carga de la prueba, sino de lo que en este caso opera por mandato legal la obligación del acusado de acreditar lo lícito de su patrimonio desproporcionado, siendo la situación en este caso, que el Ministerio Público a través de la prueba ofrecida y actuada ha cumplido con demostrar que el funcionario presenta un desbalance patrimonial no justificado»* (Votos singulares de los magistrados DUBERLÍ RODRÍGUEZ TINEO, JORGE LUIS SALAS ARENAS y BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ del 13 de junio de 2012, R. N. n.º 1076-2011 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3BY2CEI>.



<sup>(222)</sup> BLANCO CORDERO en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-16, 2017, p. 22.

<sup>(223)</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.º 27, 2006, pp. 213-214.



«Si bien frente a la conclusión de culpabilidad, existe la negativa del recurrente, sin embargo no probó el origen legítimo de los bienes que posee, por lo que las pruebas plenas existentes como los bienes patrimoniales, inmuebles, cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera, vehículos y por supuesto el desequilibrio entre sus posibles ingresos y su patrimonio, no hace más que revertir su presunción de inocencia» (Ejecutoria suprema del 7 de diciembre de 2011 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1051-2011 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3C1VpTQ>



Otra consecuencia inconstitucional es la afectación del derecho a la **no auto incriminación** (principio *nemo tenetur edere contra se*) (artículo 139.14, Constitución Política)<sup>(224)</sup>. No cabe duda la afectación del imputado de invocar el derecho a la reserva o al silencio si la norma penal exige indirectamente la acreditación probatoria de la legalidad de su enriquecimiento con el componente de la no justificación del incremento patrimonial. La reacción probatoria a la justificación del incremento impide al imputado quedarse callado porque lo contrario significaría reafirmar la tesis inculpatoria del fiscal.

3454,  
Vulneración a la no auto incriminación

Al respecto, MARCELO A. SANCINETTI sostuvo que «la garantía existe justamente para no ser obligado a declarar en casos en que una conducta 'previa del declarante pueda haber sido más que ilícita: ¡delictiva! Se trata precisamente de eso»<sup>(225)</sup>. Por su parte, MIGUEL A. INCHAUSTI afirma que «en tanto la ley castiga el silencio del requerido (sea que simplemente se mantenga en el mismo ante el requerimiento, o manifieste que se niega a responder al mismo) o la falta de prueba de la licitud del enriquecimiento, para de tales situaciones deducir la ilicitud del mismo, reiteramos que con ello ha consagrado una írrita y manifiesta violación al principio constitucional (...) de no estar nadie obligado a declarar contra sí mismo»<sup>(226)</sup>.

**Jurisprudencia:** «La no justificación o la falsa justificación puede ciertamente ser positivizado o evaluado judicialmente en la investigación y juzgamiento de los delitos de enriquecimiento ilícito. Pero debe ser dimensionado en su justa y razonable medida. Pero nada autoriza a pensar que sea una relativización del deber del Estado, residenciado en la función del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, de probar con suficiente prueba de cargo la responsabilidad del funcionario o servidor público de haberse enriquecido ilícitamente. Una explicación posible al malentendido es que se haya asumido incorrectamente, que el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter omiso, en el que el Ministerio Público se limite a establecer el desbalance patrimonial y el funcionario requerido omita rendir cuentas del mismo. El error radica en la percepción que la exigencia del accountability —propia de cualquier funcionario o servidor



<sup>(224)</sup> Así también: CONTI en Riquert III, 2018, p. 2050; DONNA, 2002, pp. 390-391; MAZZON en Arce Aggeo/Báez/3, 2013, pp. 1292-1293; CARTOLANO en Pérez Álvarez, 2016, pp. 469; MONTÓYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, pp. 60-61.

<sup>(225)</sup> SANCINETTI, 2000, p. 96.

<sup>(226)</sup> INCHAUSTI, 2001, pp. 76-77.

*público— del ámbito administrativo se extienda automáticamente al ámbito penal. No se puede darse tal equiparación porque las exigencias, los efectos y la distribución de las cargas procesales son completamente diferentes. La rendición de cuentas es de orden exclusivamente administrativo y político. Sus efectos pueden significar una responsabilidad administrativa o hasta política según el caso. Pero en el ámbito penal, nadie puede ser obligado a asumir responsabilidad penal, mediante una institución administrativa, como la rendición de cuentas. Pesa más el derecho a no auto incriminarse y, con ello, a guardar silencio si se estimase conveniente. Pero la omisión de explicar la causa lícita de incremento patrimonial no puede generar responsabilidad (...) Entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público procesado, colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de resitura igualmente convencional y, por ende, constitucional» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerandos 13-14). <https://bit.ly/3wrry5Q>*

3455.

Ausencia de la injustificación razonable en el art. 401

Actualmente, el artículo 401 no contiene el componente de la injustificación razonable del incremento patrimonial. No hay deber de justificación patrimonial reprochable penalmente que amerite poner alertas de vulneración a los principios constitucionales<sup>(227)</sup>. Más bien, en su reemplazo, acertadamente se incorporó un modo o forma creadora del enriquecimiento, esto es, el abuso funcional. Así, la conexión del enriquecimiento ilícito con un abuso funcional supera los cuestionamientos legitimadores del delito al reinvertir la carga probatoria al fiscal en torno a la formación arbitraria de los ingresos económicos ilegales y, con ello, libera de la misma al imputado, salvaguardando sus derechos constitucionales.

## §2. NATURALEZA DELICTIVA

3456.

Naturaleza delictiva

En la evolución normativa de la fórmula del enriquecimiento ilícito se han dado, por lo menos, dos formas constructivas sobre su **naturaleza delictiva**, entiéndase siempre relacionada con la problemática de su criminalización antes reseñada. En la actualidad, pervive la configuración del presente ilícito penal como una forma de desobediencia funcional o de abuso funcional.

3457.

Como desobediencia funcional

Ante la incertidumbre de cómo lograr probar al enriquecimiento ilícito ante el ocultamiento o el encubrimiento de su generación, se propone un **enriquecimiento presunto** o de supuesta incorporación de fondos ilícitos. Para ello, el injusto no debe residir en el acto mismo del enriquecimiento, ya que justamente es el aspecto conductual de complicada probanza. Entonces, el injusto tiene que formarse como un incumplimiento del deber informativo patrimonial de los empleados públicos; entiéndase mejor, en un estadio posterior al acto mismo del enriquecimiento. Así, se criminaliza algo más que un incumplimiento funcional, un acto de desobediencia, puesto que existe un requerimiento informativo al empleado público de

(227) Vid. CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 141.

transparentar su patrimonio personal. La naturaleza delictiva del enriquecimiento ilícito se corresponde a una **desobediencia funcional** que se estructura dogmáticamente como una omisión propia<sup>(228)</sup> al desobedecer el deber administrativo de transparentar o informar el patrimonio integral (situación típica generadora). En el acto de desobediencia se sustenta la presunción del enriquecimiento y, por ello, se considera que el presente modelo delictivo supera las dificultades probatorias del enriquecimiento: ahora solo cabe acreditar la desobediencia a la información y ya no el acto mismo del enriquecimiento<sup>(229)</sup>.

Sin embargo, dicha presunción de enriquecimiento, no hace más que revivir cuestionamientos sobre la legitimidad sancionadora del enriquecimiento ilícito. Una negación informativa no puede conllevar a una presunción *in malam partem* de un enriquecimiento ilícito; por ello, es menester reconducir la estructura del delito a un **abuso funcional**<sup>(230)</sup>. Es en el aprovechamiento indebido del cargo (acto arbitrario) donde debe sopesar la carga probatoria sobre la ilicitud del enriquecimiento, por lo que no basta con el desbalance patrimonial si es que no tiene esa vinculación con un abuso funcional. La dificultad probatoria sobre el origen ilícito de los ingresos económicos ha de ser reconducida a la averiguación de una extralimitación de los parámetros funcionariales del empleado público. El origen de la ilicitud se halla en el abuso funcional y la carga probatoria se dirige a este en vez de presumirla con la desobediencia. Entonces, lo que se debe criminalizar es un **enriquecimiento real** producto de un abuso funcional.

3458.  
Como  
abuso fun-  
cional

### §3. ¿AUTONOMÍA DELICTIVA?

No cabe duda que el enriquecimiento ilícito es un delito funcional que forma parte del repertorio de la corrupción pública. Aun así, cabe la interrogante si estamos ante un delito puramente autónomo o que requiere de otras formas delictivas para su imputación típica. Por lo pronto, el legislador peruano no ha criminalizado al enriquecimiento como una modalidad especial o agravada de algún delito funcional (común o especial), sino como una figura penal propia de sanción penal independiente (inclusive, más grave que otras formas de corrupción) que, además, cuenta con su propio bien jurídico específico de afectación (siquiera emparentados a un correcto funcionamiento administrativo); lo que permitiría apreciar un deslinde frente a otros delitos funcionariales, sin llegar todavía a la formación de su propia familia delictiva como ocurre en otras legislaciones penales<sup>(231)</sup>.

3459.  
Prototipo  
legal del  
enrique-  
cimiento  
ilícito

(228) Cfr. RIMONDI, 2005, p. 277. Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.º 27, 2006, p. 206.

(229) Entre los penalistas peruanos que recomiendan dicho modelo: ENCO TIRADO, 2020, p. 186.

(230) Sostiene la esencia delictiva del enriquecimiento ilícito como un abuso funcional: LAJE ANAYA III, 1981, p. 152; PEÑA OSSA, 1995, p. 201; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 121.

(231) Así. Código Penal argentino. (Capítulo IX bis: «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y

3460.  
Delito au-  
tónomo?

No obstante, no consideramos que todo ello signifique una desvinculación dogmática absoluta con los delitos funcionariales. De todas maneras, el enriquecimiento ilícito tendrá que valerse de los efectos típicos de otros delitos funcionariales para lograr su configuración. Con ello, no es que el enriquecimiento ilícito sea un delito estrictamente dependiente, sino que, por la comunicabilidad jurídica de los alcances típicos de los delitos funcionariales, es menester la conjugación de sus componentes típicos para dar una cobertura mayor a la represión penal de los diferentes aspectos que pueda implicar una corrupción pública.

En vista de ello, el enriquecimiento ilícito es un **delito autónomo**<sup>(232)</sup>, puesto que, como veremos *infra*, atenta aspectos específicos de la correcta actuación administrativa; pero, a la vez, requiere de una **interconexión dogmática** con otros delitos funcionariales para completar su configuración típica, lo que puede considerarse una **subordinación aplicativa** frente a estos. No se puede establecer una autonomía plena del enriquecimiento ilícito debido a que, de todas maneras, necesitará del delito funcional principal para complementar su estructura típica o establecer la oportunidad de su imputación.

3461.  
Subordi-  
nación  
aplicativa

Es cierto que el artículo 401 no cuenta con una expresión legal de la subsidiariedad como tiene el artículo 412 del Código Penal colombiano («*siempre que la conducta no constituya otro delito*»), pero esto no impide resaltar el grado de subordinación del delito. Se ha dicho que la ausencia de similar texto en la fórmula nacional es óbice para sostener la subsidiariedad cuando la *ratio legis* o el fundamento de su tipificación fue siempre superar la problemática probatoria que suponga acreditar otros delitos funcionariales mediante una fórmula residual como el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, estos conceptos han sido superados por la actual redacción del artículo 401 que se aleja de sus fuentes foráneas y ya no necesita ceñirse a dicha *ratio legis*.

Consideramos que la cuestión de la subsidiariedad debe ser reemplazada con la subordinación aplicativa del enriquecimiento ilícito frente a otros delitos funcionariales. Para llegar a ello, contribuye el esquema delictivo descrito en el artículo 401; mas, para algunos, sería aconsejable otra vez mas apostar por la referencia textual<sup>(233)</sup>. En otras

*empleados*»), Código Penal colombiano (Capítulo VI: «*Del Enriquecimiento ilícito*»), Código Penal mexicano (Capítulo XIII «*Enriquecimiento ilícito*»), Código Penal panameño (Capítulo III «*Enriquecimiento injustificado*») y Código Penal cubano (Sección III «*Enriquecimiento ilícito*»).

<sup>(232)</sup> Cfr. MURCIA RAMOS, 2012, pp. 127-128; Cfr. SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 61; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 553; GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 207; SALINAS SICCHA, 2016, p. 707; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 290. En sentido contrario: ROJAS VARGAS, 2007, p. 870; CÁCERES JULCA, 2014, p. 109; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 823.

<sup>(233)</sup> Así: CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 155; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 454. En algunas legislaciones se condiciona la aplicación del enriquecimiento ilícito frente a otro delito funcional: artículo 412 del Código Penal colombiano («*siempre que la conducta no constituya otro delito*»), artículo 241 *bis* del Código Penal chileno («*lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial*

palabras, es un abuso funcional centrado en el momento del provecho económico, esto es, con posterioridad. Para mejor entender la aplicación subordinada del delito en estudio, se parte siempre en la identificación del enriquecimiento ilícito en etapas concluyentes del *iter criminis* de un delito funcional. Así, podemos ubicarlo en la consumación formal cuando se trata de delitos de lesión (*v. gr.* peculado, colusión agravada) o en la consumación material o agotamiento cuando son delitos de peligro (*v. gr.* cohecho, negociación incompatible). En tal parecer, el enriquecimiento ilícito aparece en la escena del hecho en los momentos culminantes o definitivos por ser el efecto o la consecuencia esperada por el agente de la corrupción. En ese panorama, el delito funcional es el delito principal y el enriquecimiento ilícito, el delito consecuencia.

Ahora bien, el delito funcional principal frente al enriquecimiento ilícito cumple **dos papeles dogmáticos** que importa comentar; en otras palabras, la subordinación aplicativa del presente delito conlleva al análisis de las funciones o roles que cumple el delito funcional principal en este: *i*) definición dogmática de los ingresos ilícitos; y la *ii*) determinación de la oportunidad de la imputación.

*Primero*, la definición ilícita de los ingresos que motivan el incremento patrimonial lo define un delito funcional. El delito principal forma los ingresos ilícitos; sin este no se podría hablar de enriquecimiento ilícito. Entre ellos hay una conexión dogmática o vinculatoriedad derivada de los efectos o consecuencias económicas que provienen del delito principal para luego formar parte de la estructura típica del delito consecuencia. En el delito principal se producen los fondos ilícitos; y, en el delito consecuencia, estos ingresarán al patrimonio personal del funcionario público.

3462.  
Primer rol  
del delito  
principal:  
formación  
de los  
ingresos  
ilícitos

Cuando dicho dispositivo describe un incremento patrimonial de ingresos ilícitos provenientes del abuso funcional, no hace más que establecer el origen típico: un delito funcional. No imaginamos casos de abusos funcionariales generadores de beneficios económicos para el empleado público que no sean delictivos. No cabe enriquecimiento ilícito de infracciones administrativas o ilícitos civiles<sup>(234)</sup>, puesto que, en ellos, no encontramos el rasgo del abuso funcional (¿abusar de las facultades administrativas para imponer cláusulas en un contrato privado?) y, además, admitirlo sería contradecirse con el carácter fragmentario o la necesidad de una *ultima ratio* del poder penal<sup>(235)</sup>. De todas maneras, el enriquecimiento ilícito va a depender de los delitos funcionariales para completar su imputación típica. Por consiguiente, no podemos negar esta subordinación aplicativa de la figura penal.

*indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título*), artículo 448 del Código Penal nicaragüense (*así incurrir en un delito más severamente penado*) y artículo 1503 del Código Penal cubano (*siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad*).

<sup>(234)</sup> Así lo consideran: TERRAGNI III, 2012, p. 540; ROJAS VARGAS, 2007, p. 847; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 553.

<sup>(235)</sup> Cfr. GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 211.

En realidad, el enriquecimiento ilícito dependerá típicamente del injusto (típico y antijurídico) del delito funcional, sin importar si hubo o no imputación personal. Solo a través del injusto del delito funcional principal se puede formar los ingresos económicos ilícitos<sup>(236)</sup>. No son ingresos ilícitos los provenientes de otras fuentes no delictivas de tipo funcional, sean de estructura típica común o especial. ¿Acaso habrá alguna fuente generadora de ingresos ilícitos producto de un abuso o el aprovechamiento de la función pública que no constituya delito? La dependencia aplicativa habilita la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito como un cajón de sastre que se activa cuando no se configura el delito funcional principal.

3463.  
Subsidiariedad probatoria o punitiva

Se ha dicho que en el enriquecimiento ilícito opera la subsidiariedad «para impedir que por falta de demostración de uno o varios delitos cumplidos con abuso de poder, los mismos queden impunes»<sup>(237)</sup>; en otras palabras, es una **subsidiariedad probatoria o punitiva**, referente a la dificultad de acreditación de los delitos funcionariales que generan los ingresos económico ilícitos o por cuestiones de prescripción de la acción penal, todos ellos a fin de no permitir espacio de impunidad<sup>(238)</sup>. Si somos consecuentes con esa apreciación podríamos decir que «al tenerse los elementos para probar el delito específico de corrupción de funcionarios ya no es posible la aplicación del enriquecimiento ilícito, porque el mismo tiene una naturaleza subsidiaria debiéndose aplicar la norma especial y no esta norma genérica»<sup>(239)</sup>. Empero, la subsidiariedad probatoria o punitiva no opera ante la imposibilidad de acreditación de los ingresos ilícitos o, mejor dicho, del injusto funcional que los genera. La subsidiariedad probatoria, como sucede en el análisis dogmático, se ve relegada al aspecto de la culpabilidad del empleado público; mientras que la subsidiariedad punitiva no opaca el injusto de delito funcional principal solo que impide su procesamiento.

**Jurisprudencia:** *«Este delito es de naturaleza subsidiaria que cubre vacíos de impunidad en casos donde existen problemas desde el punto de vista probatorio, de allí que la ratio legis de este delito tuvo una clara orientación residual»* (Ejecutoria suprema del 31 de agosto de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1194-2014 Lima, considerando 10). <https://bit.ly/3knN11C>



<sup>(236)</sup> Vid. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 385; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, pp. 213-214; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 726; LEÓN TOMASTO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 92, 2017, p. 172.

<sup>(237)</sup> PEÑA OSSA, 1995, p. 201.

<sup>(238)</sup> Cf. MURCIA RAMOS, 2012, p. 122; OSORIO CHACÓN en *Castro Cuenca II*, 2011, pp. 665 y 674; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 553; ROJAS VARGAS, 2007, p. 872; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 726; CARO JOHN, 2010, pp. 310; NAKASAKI SERVIÓN en *Ius et Praxis* n.º 33, 2002, p. 191; CÁCERES JULCA, 2014, p. 109; MONTONA VIVANCO, 2015, p. 126; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 686; ENCO TIRADO, 2020, p. 185; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1074; PÉREZ LÓPEZ en *Nakasaki Servigón*, 2016, p. 453; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 290; LEÓN TOMASTO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 92, 2017, p. 172; SAUCEDO BARAHONA en *Actualidad Penal* n.º 45, 2018, p. 137.

<sup>(239)</sup> CARO JOHN, 2010, p. 311.

No cabe confundir la exclusión radical del enriquecimiento ilícito cuando hay otros delitos funcionariales que la generan y así sostener que el déficit probatorio de estos habilita automáticamente la imputación del enriquecimiento ilícito. Se etiqueta erradamente que el enriquecimiento ilícito solo opera como una cortina de presunción ante la imposibilidad probatoria de un enriquecimiento derivado de otros delitos funcionariales. Evidentemente, condicionar la imputación de enriquecimiento ilícito al déficit probatorio de otro delito funcional no hace más que imposibilitarla o dejarla en desuso<sup>(240)</sup>. No es la forma cómo ha de interpretarse la subsidiariedad. El injusto del delito en estudio radica en ese estadio de incremento no justificado del patrimonio del empleado público, lo cual no siempre es abarcado por otros delitos funcionariales, puesto que solo se conecta a circunstancias posteriores no abarcadas por la norma penal o por las secuelas típicas que genera todo adelantamiento de las barreras de punición al momento de la tipificación de las formas de corrupción.

*Segundo*, la oportunidad de la imputación típica del enriquecimiento ilícito en relación con la configuración del delito funcional principal. Esta función dogmática se aplica conforme sea la ubicación del enriquecimiento ilícito en el proceso ejecutivo del delito funcional principal. No es que este tenga una posición prevalente en la imputación y el enriquecimiento sea residuo o subsidiario a la oportunidad de este, sino que los componentes dogmáticos de ambos determinan qué título delictivo se ajusta al caso.

Si el enriquecimiento ilícito se encuentra en la etapa de la consumación formal del delito funcional principal, este sería un delito de lesión (*v. gr.*, colusión agravada, peculado) y el enriquecimiento queda confundido con su elemento de resultado (perjuicio patrimonial o provecho económico). En tal sentido, nos encontraríamos ante un **concurso aparente de leyes** que se resuelve con el **principio de consunción** de las figuras penales, porque la más compleja (delito funcional principal) absorbe a la otra (enriquecimiento ilícito). No podemos ser ajenos a la otra salida de mayor acogida entre los penalistas peruanos<sup>(241)</sup>, esto es, el **principio**

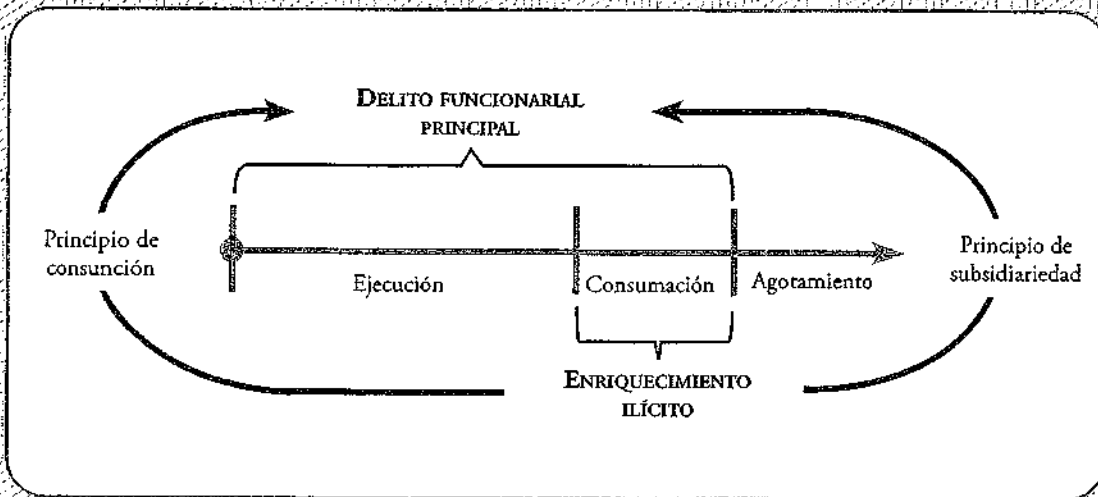
**3464.**  
Segundo rol del delito principal: oportunidad de imputación

**3465.**  
Cuando el enriquecimiento ilícito es la consumación del delito principal

(240) *Vid.* GALVEZ VILLEGAS, 2017, pp. 212-213.

(241) *Así*: PRADO SILDARRIAGA, 2017, p. 129; ROJAS VARGAS, 2007, p. 871; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 552; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 155; SALINAS SICCHA, 2016, p. 723; CARO JOHN, 2010, pp. 310-311; HUGO ALVAREZ, 2007, p. 126; NAKASAKI SERVIGÓN en *Ius et Praxis* n.º 33, 2002, p. 191; REATEGUI SANCHEZ, 2017, p. 1073; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 78; PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 244; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 126; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 453; CÁCERES JULCA, 2014, p. 109; SALINAS SICCHA, 2016, pp. 712-713; ENCO TIRADO, 2020, p. 185; ARISMÉNDEZ AMAYA, 2018, p. 823; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 687; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 289; UGAZ SANCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2017, p. 129; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 63; LEÓN TOMASTO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 92, 2017, p. 172; PAZ PANDURO en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 102, 2017, p. 121; GARCÍA AQUINO en *Actualidad Penal* n.º 42, 2017, p. 42; SAUCEDO BARAHONA en *Actualidad Penal* n.º 45, 2018, p. 137. En sentido contrario, TOMÁS GALVEZ VILLEGAS sostiene que «si es que el sujeto al realizar el incremento patrimonial configurativo del delito de enriquecimiento ilícito infringe alguna otra norma penal (incurre en otro delito), estaremos ante un concurso ideal de delitos, que se

de subsidiariedad que, como regla de un concurso aparente de leyes, en su versión tácita, también es aplicable por ser una forma de abuso funcional, su consecuencia patrimonial la pondría en una posición expectante referente a la configuración de los otros delitos.



**Jurisprudencias:** «No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades inominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual. Por tanto, sólo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401° del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9Wlkp>.



«Dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen ilícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso —uso indebido— del cargo que ostenta» (Sentencia del 6 de julio de 2016 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 782-2015 Del Santa, considerando 6). <https://bit.ly/31zGWlB>.



resolverá aplicando el principio de absorción previsto en el art. 48 del CP, es decir, aplicando hasta la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte. Resultaría un despropósito sostener la subsidiariedad y aplicar una norma levisima dejando de lado una norma extremadamente grave; ello determinaría un abierto fraude a la ley y una desnaturalización del contenido de la relación de subsidiariedad en la teoría del concurso aparente de normas» (2017, p. 222).



En otras palabras, queda desplazado el enriquecimiento ilícito por los delitos que generaron los ingresos ilícitos<sup>(242)</sup>; lo que nos autoriza afirmar que solamente es invocable frente a la imposibilidad configurativa de los delitos funcionariales principales<sup>(243)</sup>. Se proscribe la doble imputación de los tipos penales por un mismo hecho, ya que lo contrario implicaría una flagrante afectación al principio del *ne bis in idem*<sup>(244)</sup>; por una parte, se procesa y sanciona al empleado público por el delito funcional principal que generó el ingreso económico ilícito y se consolidó con su aprovechamiento; y, por otra parte, a la vez, se le procesa y sanciona por el enriquecimiento ilícito cuando éste se corresponden al momento del aprovechamiento económico del delito funcional principal del cual ya fue procesado y sancionado. No hay posibilidades para un concurso ideal de delitos, ya que, de todas maneras, entre ambos delitos los une el objeto jurídico de protección genérico (correcto funcionamiento de la administración<sup>(245)</sup>). Por eso, al enriquecimiento ilícito también se le ha denominado un **tipo penal residual** o de recogida<sup>(246)</sup>.

Si el enriquecimiento ilícito se sitúa en la etapa de la consumación material o el agotamiento del delito funcional principal, este no sería más que un delito de peligro (abstracto o concreto) (*v. gr.*, cohecho, colusión simple). Por consiguiente, no hay superposición típica entre los delitos y se permite una imputación conjunta por las reglas de un **concurso real medial de delitos**. No hay desplazamiento entre ellas y, más bien, son imputables en el mismo caso. No cabe hablar de un concurso aparente de leyes resuelto por el principio de consunción en cuanto se quiera calificar al enriquecimiento como un hecho posterior o copenado en atención al delito funcional principal<sup>(247)</sup>. La razón estriba en que el enriquecimiento ilícito es una afectación diferente de bienes jurídicos protegidos específicos que no agota los efectos injustos del delito funcional principal ni mucho menos la encubre o la facilita; decir lo contrario nos llevaría a reafirmar su absoluta dependencia delictiva.

**3466.**  
Cuando el enriquecimiento ilícito es el agotamiento del delito principal

<sup>(242)</sup> Cfr. PARMA/MANGIATICO/ALVAREZ DOYLE, 2019, p. 658; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 873.

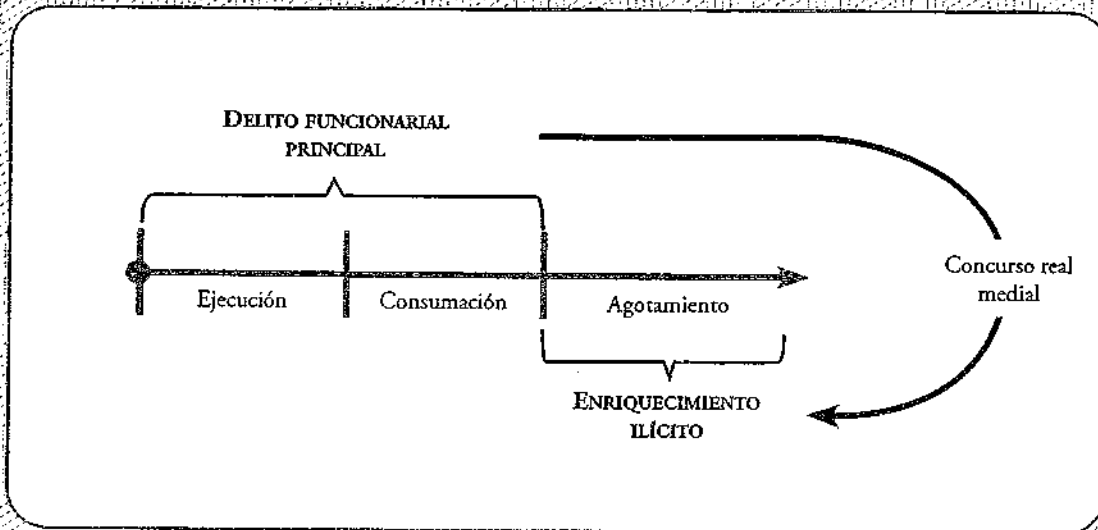
<sup>(243)</sup> Vid. CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 41; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 67; ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 58; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 137; MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 371; PABÓN PARRA, 1995, p. 355.

<sup>(244)</sup> Cfr. BLANCO CORDERO en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-16, 2017, p. 25; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 155; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 553; HUGO ALVAREZ, 2007, p. 123; NAKASAKI SERVIGÓN en Jus et Praxis n.º 33, 2002, p. 198; MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 126; ENCO TIRADO, 2020, p. 185; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 453; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 687; LEÓN TOMASTO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 92, 2017, p. 172; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 337; SAUCEDO BARAHONA en Actualidad Penal n.º 45, 2018, p. 137.

<sup>(245)</sup> Optar por un concurso ideal: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 222; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 725.

<sup>(246)</sup> Cfr. BULLEMORE/MACKINNON IV, 2018, p. 213.

<sup>(247)</sup> En sentido contrario: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 218.



#### §4. MODALIDADES

3467.  
Clasifica-  
ciones

De los contados modelos legislativos que tiene el enriquecimiento ilícito, observamos clasificaciones o modalidades puntuales en torno a la existencia o la presunción del enriquecimiento, las vías para conseguir el enriquecimiento, los ejecutores del enriquecimiento y los beneficiados de los ingresos ilícitos.

3468.  
En aten-  
ción al  
núcleo  
conductual

Una **primera clasificación** del presente delito se centra en la tipificación del núcleo conductual en tanto exista o no en el empleado público un concreto enriquecimiento ilícito. Así, por una parte, existe un **enriquecimiento ilegal real** cuando se tipifica el acto mismo del enriquecimiento o del incremento del patrimonio personal del empleado público como momento culminante del delito. Es el modelo de mayor recepción y que se aprecia, además de nuestro Código Penal, en las legislaciones penales de Chile, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Cuba y Puerto Rico; asimismo, en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Por otra parte, hay un **enriquecimiento ilegal presunto** o **supuesto** cuando se tipifica el incumplimiento funcional de la declaratoria del patrimonio personal o su declaración falsa o tergiversada. Se opta por criminalizar el acto mismo de la desobediencia o la omisión declarativa exigible al empleado público y se asume por presunto o posible un enriquecimiento ilegal. Este modelo tiene poca acogida y se encuentra en las legislaciones penales de Argentina, México y Nicaragua.

3469.  
Conforme  
al modo  
empleado  
para el  
enriqueci-  
miento

Una **segunda clasificación** atiende los modos o las formas cómo el empleado público consigue el incremento de su patrimonio personal. Tenemos un **enriquecimiento ilegal estricto** o **abusivo** cuando el empleado público se aprovecha de sus propias atribuciones funcionariales a efectos de conseguir los ingresos ilegales a su patrimonio personal. Hay una conexión funcional entre las atribuciones administrativas del empleado público y los ingresos económicos ilegales. Acogen este modelo,

además de nuestra legislación, la de Ecuador, Costa Rica y México. Asimismo, se está ante un **enriquecimiento ilegal amplio** si el empleado público se vale de cualquier vía o medio para conseguir los ingresos ilegales que los incorporará a su patrimonio personal. En este caso, no se exige vinculación entre el aprovechamiento del cargo funcional y la generación de los ingresos ilegales, bastando solo que estos se generen mientras se encuentre vigente la condición funcional del sujeto activo, incluso en un lapso posterior temporal prudente. Este modelo tiene acogida en los convenios internacionales antes citados y en las legislaciones penales de Colombia, Chile, El Salvador, Nicaragua y Panamá.

Una **tercera clasificación** se centra en identificar quien recibe los fondos ilegales para la configuración del enriquecimiento ilícito. Así, ocurre un **enriquecimiento ilícito directo** cuando es el propio empleado público quien percibe los ingresos económicos ilegales. Sucede un **enriquecimiento ilícito indirecto** cuando el empleado público evita ser descubierto o pretende encubrir su incremento patrimonial a través de una persona interpuesta o testaferro que recibe los fondos indebidos bajo la apariencia de ser el destinatario final del beneficio económico. Entre las legislaciones penales que acogen esta clasificación se encuentran la de Argentina, Ecuador, Costa Rica, Panamá y Cuba.

Una **cuarta clasificación** atiende al destinatario final de los ingresos ilegales, es decir, quien verá incrementado su patrimonio personal. Lo común es hablar de un **enriquecimiento ilícito personalísimo** por ser el propio empleado público quien se verá beneficiado con la incorporación de fondos ilegales a sus arcas. No obstante, cabe la posibilidad de tipificar un **enriquecimiento ilícito para terceros**, puesto que no es el empleado público quien incrementa su patrimonio personal, sino terceras personas vinculadas a este (*u. gr.* familiar, hijos, pareja sentimental, empresas). Esta clasificación es descrita en las legislaciones penales de Colombia, Ecuador y Cuba.

## §5. ANTECEDENTES

Se considera al enriquecimiento ilícito una figura penal cuya propuesta criminalizadora legislativa proviene de los proyectistas y los legisladores latinoamericanos<sup>(248)</sup>, en especial, de los argentinos y los colombianos. Así, el enriquecimiento

**3470.**  
Conforme a quien interviene en la conducta típica

**3471.**  
Conforme a la persona beneficiada

**3472.**  
Origen de la figura penal

<sup>(248)</sup> Otros antecedentes latinoamericanos de importancia es el artículo 10 de la Ley sobre la Probidad Administrativa del 9 de mayo de 1931, en Guatemala. Con el doble propósito de sancionar a los funcionarios deshonestos y salvaguardar a los honestos, se sanciona aquellas declaraciones de bienes y deudas de los funcionarios que ocultaren información o faltaren a la verdad. Es de anotar que dicha ley guatemalteca habría sido la inspiración a José Peco al formular su propuesta delictiva del enriquecimiento ilícito. También cabe informar al artículo 1 del Decreto paraguayo n.º 448 del 18 de marzo de 1940 que es considerado por algunos como la primera expresión legislativa sancionadora: «*Todo funcionario o empleado público de cualquier clase o jerarquía, sea designado por el nombramiento o elección, que se enriqueciera directamente o por interpuesta persona, por el ejercicio ilegal o deshonesto de su cargo o de la influencia derivada del mismo, será castigado con (...), siempre que el hecho no constituyera un*

ilícito como delito tiene sus orígenes en los debates doctrinarios argentinos dados en la década de los 30 del siglo pasado ante la creciente explotación económica de las funciones públicas<sup>(249)</sup>. No hay antecedente europeo<sup>(250)</sup> o foráneo que haya tenido interés legislativo para tipificar como delito el hecho de enriquecerse recurriendo al cargo funcional<sup>(251)</sup>.

3473.  
Proyecto  
COROMINAS  
SEGURA

Encontramos una primera expresión criminalizadora en el **Proyecto de Ley de 1936** del diputado argentino RODOLFO COROMINAS SEGURA, que estipulaba la creación de un registro nacional de bienes de funcionarios y empleados públicos. En el Capítulo I («Desempeño deshonesto de la función pública») del referido proyecto se incluyó la fórmula penal del enriquecimiento ilícito y su presunción de ilicitud. En cuanto al delito, en el artículo 1<sup>(252)</sup> se presenta un **enriquecimiento real amplio** por desempeño deshonesto de la función pública, haciendo un deslinde típico con otros delitos específicos. A continuación, la propuesta establece hasta tres supuestos específicos de enriquecimiento ilícito del empleado público: *i)* un enriquecimiento amplio, esto es, en el ejercicio del cargo público de bienes, sin poder probar el origen lícito de sus recursos; *ii)* un enriquecimiento por mejora de la situación económica ante la cancelación de deudas o la extinción de obligaciones que afectaban el patrimonio; y, *iii)* un enriquecimiento específico como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud del aumento económico y la verosimilitud de las fuentes del recurso. Sin embargo, en el artículo 2<sup>(253)</sup> se propone la original pero objetable fórmula de la **presunción de ilicitud del enriquecimiento**, bajo una técnica genérica, con relación a aquellos bienes de los empleados públicos que no hayan sido declarados oportunamente en un registro especial.

*delito más grave*. Por otra parte, es menester mencionar al Proyecto de Ley del 2 de noviembre de 1936 del diputado ARMANDO D. PIROTTTO en Uruguay. En su artículo 1 se creó el delito de deshonestidad en el desempeño de la función pública que consiste en la adquisición de bienes sin justificación del origen lícito de los recursos y la mejora de la situación económica del funcionario por cancelación o extinción de obligaciones.

(249) Cf. DONNA, 2002, p. 366; INCHAUSTI, 2001, p. 28; MIKKELSON-LOTH, 2001, p. 34.

(250) Actualmente, son pocas las legislaciones penales europeas que cuenta con una tipo penal de enriquecimiento: artículo 189 del Código Penal de Lituania (introducido en 2010), artículo 368, Código Penal de Ucrania (introducido en 2011), artículo 330/2 del Código Penal de Moldavia (introducido en 2013).

(251) Cf. INCHAUSTI, 2001, p. 25.

(252) «(...) todo enriquecimiento por desempeño deshonesto de función pública, siempre que el hecho no constituya otro delito especialmente previsto en el Código Penal. Incurre en este delito, a) Los empleados o funcionarios que mientras ejercen un cargo público adquieren bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto a tal efecto; b) Los que en las mismas circunstancias han mejorado su situación económica cancelando deudas o extinguiendo obligaciones que afectaban su patrimonio; c) Las personas que de cualquier modo se enriquecieron durante su gestión, en un empleo público, como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocadas».

(253) «Se presume de origen ilegítimo, adquiridos por procedimientos deshonestos, las rentas y los bienes que no hayan sido declarados oportunamente al registro especial creado por esta ley».

Asimismo, se prosigue la tendencia criminalizadora con el **Proyecto de Código Penal argentino de 1937** de JOSÉ PECCO (publicado en 1942). Se ubica al enriquecimiento ilícito dentro los «*Delitos contra los deberes de la función pública*» (Capítulo I) en los «*Delitos contra la administración pública*» (Título III). En el artículo 323<sup>(254)</sup> se presenta una tipo penal de **enriquecimiento real amplio**, esto es, con o sin aprovechamiento del cargo funcional («*mediante el ejercicio de su cargo o la influencia derivada del mismo*»). El verbo rector «*lucrar*» puede ser ejercido directamente por el sujeto activo o por persona interpuesta y el beneficio económico puede estar dirigido a favor del sujeto activo o de un tercero; en tal sentido, se da mayor cobertura a una serie de opciones casuística. Asimismo, en el artículo 324<sup>(255)</sup> se insiste en la fórmula de la presunción de ilicitud del enriquecimiento, aunque con una fórmula casuística o de enumeración de supuestos, desligándose de la propuesta de la obligatoriedad de un registro nacional de bienes.

3474.  
Proyecto  
PECCO

Más adelante, el **Proyecto de Código Penal argentino de 1960** de SEBASTIÁN SOLER realiza modificaciones importantes a las predecesoras propuestas legislativas del enriquecimiento ilícito. Es este el modelo que, más adelante, se acogerá en el Código Penal de 1921. Sobre su ubicación legislativa, en un solo dispositivo aglomera la figura penal en estudio junto a otros delitos funcionariales. En atención al delito, el artículo 326.d<sup>(256)</sup> nos presenta a un enriquecimiento ilícito en una estructura de incumplimiento de la justificación patrimonial cercano más a una desobediencia funcional («*no justificare, al ser debidamente requerido*»). Se llega a criminalizar un **enriquecimiento presunto** o posible y ya no uno real<sup>(257)</sup>. Con ello, el contenido del injusto ya no acoge el sentido del enriquecimiento mismo, sino un incumplimiento administrativo (posiblemente una omisión propia) en cuanto una desobediencia. Además, se pretende superar cualquier similitud a una presunción de licitud y conducir su injusto, más bien, a una violación de un deber funcional: información cabal de los bienes.

3475.  
Proyecto  
SOLER

SEBASTIÁN SOLER lo explica: «La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones.

(254) «El funcionario que lucrare, directamente o por persona interpuesta, para sí o para tercero, mediante el ejercicio de su cargo o la influencia derivada del mismo».

(255) «Salvo prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable del patrimonio, que no provinere de las siguientes causas: a) Emolumentos legales del cargo; b) Ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatible con la función pública; c) Acrecimiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquirieren lícitamente durante su ejercicio y las rentas que produjeran esos mismos bienes; d) Herencia, legado o donación por causa extraña a la función, acreditados por instrumento público; e) Hechos fortuitos; f) Ejercicio de derechos legítimamente adquiridos».

(256) «(...) el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado (...) no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público».

(257) Cf. SOLER V, 1978, p. 203. Vid. INCHAUSTI, 2001, p. 29.

Así resulta que la dificultad de esa prueba, concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud de enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial. En línea de principios, esa fundamentación no es simpática en derecho penal; pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio (...). Pero hay otra consideración más simple aun, que permite resolver el problema en una forma nada excepcional o presuntiva. Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva; en los delitos de comisión por omisión esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios, un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, que se aparte de la función pública»<sup>(258)</sup>.

3476.

Ley  
16.648

El texto argentino definitivo de la figura penal es elaborado por RICARDO NÚÑEZ, el mismo que está contenido en la Ley n.º 16.648 del 20 de octubre de 1964 que incorpora al enriquecimiento ilícito en el Código Penal de 1921<sup>(259)</sup>. Así, se crea un rubro autónomo titulado «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados» (Capítulo IX bis) dentro de los «Delitos contra la administración pública» (Título XI). Junto al delito de utilización de información y datos reservados, se criminaliza como delito al enriquecimiento ilícito en el artículo 268 (2)<sup>(260)</sup>. Con la influencia del proyecto de SEBASTIÁN SOLER, se nos presenta un enriquecimiento presunto bajo una estructura de desobediencia funcional en torno a la conducta típica de «no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial» previa a «ser debidamente requerido» el empleado público y con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público. Asimismo, rescatando parte de la propuesta de JOSÉ PECO,

(258) SOLER V, 1978, pp. 205-206.

(259) Anteriormente, se incorporó la figura penal con el Decreto Ley n.º 4778 de 1963, aunque fuera derogado por la Ley 16.648.

(260) «(...) el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con (...)».

se resaltan las formas directa o indirecta en el enriquecimiento, es decir, el manifiesto enriquecimiento del empleado público o el disimulado enriquecimiento a través de una persona interpuesta.

Más adelante, con la **Ley n.º 25.188** del 25 de setiembre de 1999 se realiza modificaciones al artículo 268 (2)<sup>(261)</sup>. Para nuestro análisis, importa informar las siguientes: *i)* se cierra el círculo temporal del enriquecimiento ilícito al señalar como límite máximo hasta dos años después de haber cesado en el desempeño del cargo, de evidente influencia colombiana; *ii)* se equipara la pena del autor con la de la persona interpuesta, también de inspiración colombiana; y, *iii)* se incorpora la modalidad del enriquecimiento por cancelación de deudas o extinción de obligaciones que ya era formulada en el proyecto de RODOLFO COROMINAS SEGURA.

3477.  
Ley  
25.188

En la **legislación colombiana**, la primera expresión legislativa la encontramos en el artículo 171<sup>(262)</sup> del **Anteproyecto de Código Penal de 1974**<sup>(263)</sup>. Los integrantes de la Comisión Redactora crean una figura penal de **enriquecimiento ilícito real amplio** en el sentido de un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio del cargo. La fórmula penal no precisa la vinculación del enriquecimiento con el cargo funcional, simplemente se presenta el ejercicio funcional como el contexto delictivo para el enriquecimiento<sup>(264)</sup>. Además, se desdobra en los supuestos de beneficio propio o para un tercero. Al parecer, se trata de una creación propia legislativa que no guarda comparación o influencia con otras legislaciones extranjeras.

3478.  
Anteproyecto de  
Código  
Penal colombiano  
de 1974

Posteriormente, se modifica la propuesta con el artículo 179<sup>(265)</sup> del **Anteproyecto de Código Penal colombiano de 1976** que es reiterado en el artículo 183

3479.  
Anteproyectos de  
Código  
Penal colombiano  
de 1976 y  
1978

(261) « (...) el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

(262) «El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga, para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo».

(263) Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 387; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 644.

(264) Vid. PEÑA OSSA, 1995, p. 197.

(265) «El empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidamente, por razón de su cargo, o de la influencia derivada del mismo, y siempre que el hecho no constituya otro delito (...). Se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior el empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtuviere para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado o hiciera que no guarden proporción con sus ingresos lícitos. Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado o el de aquellos con quienes pretenda ocultar el delito. La acción penal solo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación».

del **Anteproyecto de Código Penal de 1978**<sup>(266)</sup>. Esencialmente, entre las modificaciones a comentar, están la de la vinculación funcional del enriquecimiento al cargo público y el cierre temporal de la posibilidad del enriquecimiento hasta dos años siguientes a la dejación del cargo. Por lo pronto, se mantiene la fórmula de un **enriquecimiento ilegal real**, pero ahora **estricto**.

3480.

Anteproyecto de Código Penal colombiano de 1979

A continuación, una última propuesta redactora se advierte en el artículo 169<sup>(267)</sup> del **Anteproyecto de Código Penal colombiano de 1979**, el mismo que solo acogió la influencia argentina de su Ley n.º 16.648 (texto original del artículo 268-2 del Código Penal de 1921) en cuanto a la reserva aprobatoria que justifica el incremento patrimonial<sup>(268)</sup>. El legislador colombiano regresa a la propuesta del Anteproyecto de 1974 y establece como conducta típica al incremento patrimonial no justificado; aún así, adiciona la exigencia de la vinculación funcional del cargo con el enriquecimiento («por razón del cargo o de sus funciones») ya precisada en los Anteproyectos de 1976 y 1978.

3481.

Código Penal colombiano

Esta fórmula penal es la que se traslada al artículo 148<sup>(269)</sup> del **Código Penal de 1980** en un capítulo propio denominado «*Del Enriquecimiento ilícito*» (Capítulo VI) dentro de los «*Delitos contra la administración pública*» (Título XIII). En consecuencia, el modelo colombiano es un **enriquecimiento ilícito real y estricto** al aprovechamiento del cargo funcional.

Actualmente, el **Código Penal colombiano de 2000** mantiene al enriquecimiento ilícito en el capítulo «*Del Enriquecimiento ilícito*» (Capítulo VI) dentro de los «*Delitos contra la administración pública*» (Título XV). En el artículo 412<sup>(270)</sup> se reitera el tipo penal de enriquecimiento ilícito real, aunque no precisa el carácter estricto o vinculatorio con el cargo funcional para generar el enriquecimiento. Sobre el periodo del enriquecimiento amplía el límite máximo a cinco años posteriores a la desvinculación.

(266) Para mayor detalle informativo de las propuestas de los anteproyectos. Vid. CANCELO TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, pp. 1-9; ZARAZO OVIEDO, 1996, pp. 38-40.

(267) «El empleado oficial que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito (...). En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial no justificado, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto».

(268) Vid. PEÑA OSSA, 1995, p. 198.

(269) «El empleado oficial que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito (...). En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto».

(270) «El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito».



Entre las legislaciones latinoamericanas cercanas al modelo argentino cabe mencionar al artículo 224 del **Código Penal mexicano** (Capítulo XIII «Enriquecimiento ilícito»; Título X «Delitos cometidos por servidores públicos») y el artículo 448 del **Código Penal nicaragüense** (Capítulo V «Del cohecho»; Título XIX «Delitos contra la administración pública»). Entre las legislaciones latinoamericanas cercanas al modelo colombiano se encuentran el artículo 333 del **Código Penal salvadoreño** (Capítulo II «De la corrupción»; Título XVI «Delitos relativos a la administración pública»), artículo 351 del **Código Penal panameño** (Capítulo III «Enriquecimiento injustificado»; Título X «Delitos contra la administración pública») y artículo 150 del **Código Penal cubano** (Sección III «Enriquecimiento ilícito»; Capítulo III «Ejercicio fraudulento de funciones públicas»; Título II «Delitos contra la administración y la jurisdicción»).

Por último, en el ámbito internacional, la **Convención Interamericana contra la Corrupción** (1996), en su artículo IX<sup>(271)</sup>, prevé un modelo de **enriquecimiento ilícito de tipo real y amplio**, condicionado a la no justificación razonable de un exceso significativo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones. Asimismo, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** (2003), en su artículo 20<sup>(272)</sup>, establece un prototipo delictivo de incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

## §6. DESCRIPCIÓN, FUENTES Y ANTECEDENTES LEGALES

El delito de **enriquecimiento ilícito** está tipificado en el artículo 401 del Código Penal conforme al siguiente texto legal:

*«El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.*

*Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.*

Evolución  
legislativa



<https://bit.ly/3lvZwga>

(271) «El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él».

(272) «Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificados por él».

3482.

Otras  
legisla-  
ciones  
latinoame-  
ricanas

3483.

Legisla-  
ción inter-  
nacional

3484.

Art. 401

*inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

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

3485.

Antecedente constitucional

Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, en su artículo 62, se estableció la obligatoriedad de hacer la declaración jurada de sus bienes y rentas a todo empleado público que administre o maneje fondos del Estado o de organismos sostenidos por él<sup>(273)</sup>. Asimismo, se indicó que el Fiscal de la Nación, ante una denuncia de presunción de un enriquecimiento ilícito, puede formular cargos ante el Poder Judicial. El referido dispositivo constitucional señalaba «la ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este Artículo»<sup>(274)</sup>. Sin embargo, el Código Penal de 1924 no contaba con una fórmula legal que tipifique al enriquecimiento ilícito como delito y así superar el simple enunciado constitucional<sup>(275)</sup>, más aun si existe la encomienda de regular la responsabilidad de dicha declaración de patrimonio.

3486.

Decreto Legislativo 121

Por tal motivo, el Decreto Legislativo n.º 121 del 12 de junio de 1981 incorpora, por vez primera, a la figura penal en estudio en el artículo 361-A<sup>(276)</sup> del

(273) Dicha obligatoriedad ya estaba prevista en el artículo 22 de la Constitución Política de 1933: «Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlo expresa y específicamente, en la forma que determine la ley». Sin embargo, solamente se trataba de una responsabilidad administrativa. El dispositivo constitucional no sugería ni exigía la criminalización de un enriquecimiento ilícito. Cf. HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 93. En sentido contrario: CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peshiera, 2002, p. 106.

(274) También la Constitución Política de 1993, en su artículo 41, reproduce el mismo deber funcional a los empleados públicos, que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, de informar vía declaración jurada de sus bienes y rentas, al asumir el cargo, durante su ejercicio y al cesar del mismo. Se habilita a la Fiscal de la Nación la formulación de cargos al Poder Judicial ante una denuncia por enriquecimiento ilícito.

(275) Vid. BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 77; GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 172; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peshiera, 2002, p. 107. En sentido contrario JORGE HUGO ÁLVAREZ afirma que la tipificación del enriquecimiento ilícito no obedece a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política. El citado autor considera que la expresión enriquecimiento ilícito en el dispositivo constitucional obedecía un término conglobante de otros delitos como el peculado, el cohecho, entre otros, más no en la necesidad tipificadora de un enriquecimiento ilícito como delito autónomo (2007, p. 98).

(276) «El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, se enriqueciere indebidamente (...). Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita. Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto».

Código Penal de 1924, el mismo que sigue como fuente legal foránea una mixta, colombiana-argentina<sup>(277)</sup>. En cuanto a la ubicación legislativa, se incurre en error legislativo al trasladar al enriquecimiento ilícito en un rubro completamente alejado a su naturaleza delictiva<sup>(278)</sup>, esto es, entre los delitos de «*Denegación y retardo de justicia*» (Título VI), dentro de los «*Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales*» (Sección XIV).

La norma penal cuenta con aspectos sustantivos y procesales del enriquecimiento ilícito. En relación con lo primero, el primer párrafo de artículo 361-A acoge en parte como fuente legal al artículo 148 del Código Penal colombiano de 1980, específicamente, en torno al aprovechamiento del cargo de función para el enriquecimiento. Se tipifica un **enriquecimiento ilícito real y estricto** en un supuesto de hecho conciso: el funcionario o servidor público se enriquece indebidamente por razón de su cargo o de su función.

En relación con lo segundo, en el segundo párrafo del artículo 361-A se establece como indicio del delito la desproporción notoria de lo informado por el empleado público en las declaraciones juradas con los que normalmente podría obtener de causas o fuentes lícitas. Con ello, contradictoriamente a los alcances del delito, podría explicarse como indicios aquellos ingresos ilícitos que no tengan relación con un aprovechamiento indebido del cargo<sup>(279)</sup>. Además, adiciona a favor del fiscal una prueba tasada cuestionable por estar sostenida en una sospecha indeterminada de la desproporción probatoria. Asimismo, en el tercer párrafo del artículo 361-A se describe la reserva probatoria que justifique el incremento patrimonial. Esto último es transcrito textualmente de su fuente legal, el artículo 268 (2) del Código Penal argentino de 1921.

Durante la vigencia del Código Penal de 1924 se han formulado una serie de propuestas legislativas que adoptan *ad litterem* el texto del artículo 361-A. Así tenemos al artículo 381 del Proyecto de Código Penal de 1984, artículo 408 del Proyecto de Código Penal de 1985, artículo 383 del Proyecto de Código Penal de 1986, artículo 363 del Proyecto de Código Penal de 1990 y al artículo 394 del Proyecto de Código Penal de 1991.

Con el **Código Penal de 1991** se corrige la ubicación legislativa del enriquecimiento ilícito. Se traslada el delito al rubro de «*Corrupción de funcionarios*» (Sección IV), dentro de los «*Delitos cometidos por funcionarios públicos*» (Capítulo II), de los «*Delitos contra la Administración Pública*» (Título XVIII). El problema reside en la

3487.  
Código  
Penal de  
1991

(277) Cf. PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 241; HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 93; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 108; CÁCERES JULCA, 2014, p. 41. Sosuene que sigue la influencia colombiana: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 540.

(278) Vid. PRADO SALDARRIAGA I, 1996, p. 290; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 108.

(279) Vid. CÁCERES JULCA, 2014, p. 42.

reunión en un solo grupo a cohechos, tráfico de influencia, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, lo que genera confusión sobre su naturaleza dogmática, sin perjuicio de entenderlo desde una perspectiva política-criminal como una forma de corrupción pública.

El delito se tipifica en el artículo 401<sup>(280)</sup>, en el que se transcribe el primer párrafo del artículo 361-A del Código Penal de 1924 y se insiste en la fuente colombiana. Con un modelo peruano genérico y escueto<sup>(281)</sup>, se tiene a un **enriquecimiento ilegal real y estricto**, por cuanto el funcionario o servidor público se enriquece ilícitamente por razón de su cargo. La crítica de algunos penalistas a la fórmula nacional<sup>(282)</sup> se halla en el señalamiento difuso y dudoso del verbo rector «enriquecerse», sin más acompañamiento de componentes interpretativos que el adverbio «ilícitamente», lo que llevaría posiblemente a aplicaciones desventuradas o alejadas al objeto jurídico de protección. Asimismo, no hay mención de reglas procesales y probatorias aplicables a la figura penal, lo cual resultó un acierto.

3488.  
Ley 27482

Más adelante, la fórmula legal será objeto de una serie de modificaciones legales. Una **primera modificación** del artículo 401<sup>(283)</sup> es la de la **Ley n.º 27482** del 15 de junio de 2001, que radica en la reincorporación del indicio del enriquecimiento ilícito por desproporción evidente de lo declarado frente al rango normal de lo debidamente adquirido o percibido como sueldo, emolumento u otros ingresos lícitos. Adviértase que se trata del aspecto probatorio tasado que ya estaba previsto en el derogado artículo 361-A del Código Penal de 1924. Esto evidentemente resulta cuestionable debido a que revive una prueba tasada a favor del acusador, de la cual solo le queda al imputado desvirtuarla, con lo que se estaría comprometiendo garantías procesales como la no autoincriminación y la presunción de inocencia.

<sup>(280)</sup> «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años».

<sup>(281)</sup> Para FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS el artículo 401 «no define el enriquecimiento ilícito, es decir, no ofrece parámetros objetivos para determinar cuándo existe enriquecimiento ilícito» (2001, p. 43). La propuesta del citado autor, siguiendo la recomendación de artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción es la siguiente: «El funcionario o servidor público que, incrementa su patrimonio con significativa exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años» (Loc. Cit.).

<sup>(282)</sup> Así: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 540-541; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, pp. 1033-1034.

<sup>(283)</sup> «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

Una **segunda modificación** del artículo 401<sup>(284)</sup> proviene de la **Ley n.º 28355** 3489, del 6 de octubre de 2004. Con esta ley se etiqueta el delito como enriquecimiento ilícito. Asimismo, se adecua el texto legal nacional a las recomendaciones dadas en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, conforme así lo informa el dictamen del 19 de marzo de 2004 de la COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28355

Resaltamos las siguientes modificaciones relevantes: *i)* se varía el verbo rector «enriquecerse» por «incrementar su patrimonio». Con ello, se hace más específica la conducta típica referente a una evaluación económica del patrimonio particular del empleado público en comparación a lo que lícitamente contaba<sup>(285)</sup>; por ello, se adiciona la expresión «respecto de sus ingresos legítimos». *ii)* se incluye el elemento normativo «que no pueda justificar razonablemente» a efectos de dar contenido a la ilicitud del enriquecimiento, aunque de alto grado de cuestionamiento constitucional. *iii)* se reemplaza la expresión «por razón de su cargo» por «durante el ejercicio de sus funciones». Esto amplía las posibilidades de un enriquecimiento ilícito no derivado precisamente por el aprovechamiento del cargo funcional. El planteamiento del Proyecto de Ley n.º 4851-2002-CR («Proyecto de Ley Anticorrupción y contra el Crimen Organizado») del MINISTERIO PÚBLICO del 4 de diciembre de 2002 consistía precisamente en la supresión de la expresión «por razón de su cargo»; empero, se optó por la sustitución de una expresión más amplia que no implica una vinculación funcional, sino una coincidencia con el ejercicio funcional y que, en realidad, se llega a similares consecuencias aplicativas. Esto trae consigo serios cuestionamientos por la tipicidad de casos en los que el empleado público se ve enriquecido siendo empleado público, pero sin recurrir a sus atribuciones funcionales (*v. gr.*, estafas, apropiaciones ilícitas, receptaciones), lo que además compromete algunos principios penales como la *ultima ratio*<sup>(286)</sup>. *iv)* se adiciona la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, numerales 1 y 2 del Código

(284) «El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

(285) Algunos autores consideran que el incremento patrimonial sigue siendo una conducta genérica: ROJAS VARGAS, 2007, p. 836.

(286) *Vid.* HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 102.

Penal. *v*) se incorpora la modalidad agravada en atención a la condición jerárquica del sujeto activo funcional: funcionario de alta dirección, este sometido a la prerrogativa del antejuicio o a la acusación constitucional.

3490.  
Ley 29703

Una **tercera modificación** del artículo 401<sup>(287)</sup> se deriva de la **Ley n.º 29703** del 10 de junio de 2011, en la cual se suprime la pena de inhabilitación para las modalidades básica y agravada del enriquecimiento ilícito, al hallarse las ya establecidas en el artículo 426 del Código Penal. Se suprime la expresión *«que no pueda justificar razonablemente»* que, en parte, si bien permitía la precisión del carácter ilegal del enriquecimiento, resultaba un arma de doble filo, en cuanto refuerza el traslado de la carga probatoria al imputado, puesto que, mientras que no justifique el enriquecimiento, queda fortalecido la acreditación del delito. En tal parecer, aun cuando la reforma legislativa no se ha plasmado motivación alguna del por qué se optó por la supresión de la referida expresión legal, hay razones garantistas más que suficientes para abogar por su no mención en el artículo 401.

La propuesta inicial proveniente del Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ (*«Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública»*) de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA del 3 de agosto de 2010 incidía en la vuelta de la vinculación funcional como elemento típico suprimido por la Ley n.º 28355. El referido proyecto señalaba lo siguiente: «Se sustituye el criterio ocasional (en el ejercicio del cargo) por el causal o funcional (abuso del cargo), para la producción del resultado: incremento indebido del patrimonio del funcionario. Con ello, se ratifica el criterio racional que en estos delitos no se castiga al funcionario enriquecido por el solo hecho de enriquecerse, sin conexión alguna con el abuso del cargo» (página 6). Sin embargo, dicha modificación no fue asumida por la COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ya que en su dictamen del 13 de abril de 2011 sostuvo que *«esta modificación es tendenciosa y no acorde con una política anticorrupción, que en la actualidad nuestro país inmerso en una ola de corrupción vive, como producto del mismo avance económico que se está dando, lo que lleva a un incremento del fisco y con ello mayor presupuesto para acciones de las instituciones, por lo que cerrar el tipo determinaría una ambigüedad en su aplicación, y una cortina de escape para muchos funcionarios que enriquezcan*

(287) *«El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícitas.»*

su patrimonio ilícitamente, pero que fundamenten no haberlo hecho abusando de su cargo. La fórmula original de ejercicio de sus funciones permitía que tan solo se tenga que fijar la relación funcional el marco de acción funcional en el cual se haya dado el incremento ilícito del patrimonio» (páginas 9-10).

Una **cuarta modificación** del artículo 401<sup>(288)</sup> es dada por la **Ley n.º 29758** del 21 de julio de 2011. Encontramos tres modificaciones importantes: *i)* El reemplazo de la expresión «durante el ejercicio de sus funciones» por «abusando de su cargo», lo que trae de vuelta al enriquecimiento ilícito estricto por la necesaria indagación típica de la vinculación funcional en cuanto al aprovechamiento del cargo para el enriquecimiento. Así, se deja de lado la recomendación internacional del artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y se opta por la propuesta del Proyecto de Ley n.º 4187/2010-PJ («Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública») de la Corte Suprema de Justicia de la República del 3 de agosto de 2010. *ii)* Se restituye la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, del Código Penal para las modalidades básica y agravada. *iii)* Se disminuye de dieciocho a quince el extremo máximo de la pena privativa de libertad de la modalidad agravada por la condición de alta jerarquía del sujeto activo funcional.

3491,  
Ley 29758

Una **quinta modificación** del artículo 401<sup>(289)</sup> proviene de la **Ley n.º 30111** del 26 de noviembre de 2013, con la cual se agrega al marco punitivo la pena de 365 a 739 días-multa para las modalidades básica y agravada del enriquecimiento ilícito. Una **sexta modificación** deriva del **Decreto Legislativo n.º 1243** del 22 de octubre de 2016 y estriba en la ampliación de restricciones en la pena de inhabilitación, ahora conforme al artículo 36, numerales 1, 2 y 8 del Código Penal.

3492,  
Ley 30111  
y Decreto  
Legislativo  
1243

(288) «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuricio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

(289) «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuricio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

3493.  
Proyectos  
legislati-  
vos

Con relación a los proyectos legislativos, el artículo 588<sup>(290)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2015 y el artículo 584<sup>(291)</sup> del Proyecto de Código Penal de 2016 contienen en sus fórmulas legales la propuesta dada por la Ley n.º 28355, en especial, por tipificar un enriquecimiento ilegal amplio, al emplear la expresión «durante el ejercicio de sus funciones» y dar precisión al carácter ilegal del incremento patrimonial con las expresiones «no pueda justificarlo» o «no pueda justificar razonablemente» que, a su vez, trae consigo graves vulneraciones constitucionales. La novedad de las propuestas legislativas se encuentra en la precisión del marco temporal máximo de la comisión del delito, esto es, hasta cinco años después de haber cesado en la función pública.

### §7. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3494.  
Bien  
jurídico  
genérico

Hemos considerado que todo delito funcional tiene por **objeto jurídico de protección genérico** al correcto funcionamiento del aparato administrativo; pero ahora conocido por la operatividad regular de una función pública. Una actuación funcional regular es aquella que se realiza bajo los exclusivos cometidos dados por la Constitución y la Ley a efectos de que sirva a los objetivos generales que la Administración Pública espera brindar a la Sociedad. En contrasentido, una realidad reprochable es que la realización de la función pública esté sometida a los intereses económicos de los empleados públicos o que sirva como fuente generadora de ingresos

<sup>(290)</sup> «1. El funcionario o servidor público que ilícitamente se enriquece respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones y no pueda justificar razonablemente, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42. 2. Si el agente es un funcionario que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o esté sometido a la prerrogativa del antejuzicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42. 3. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

<sup>(291)</sup> «El funcionario o servidor público que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones y no pueda justificarlo, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación no menor de cinco ni mayor de diez años conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a seiscientos treinta días multa. Si el agente es un funcionario que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuzicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad es no menor de diez ni mayor de quince años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a seiscientos treinta días multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».



patrimoniales a costa de las responsabilidades que tiene frente a la entidad pública y a la Sociedad. El mensaje preventivo general es la evitación del enriquecimiento particular del empleado público mediante la explotación de la función pública y el compromiso responsable de transparentar sus ingresos económicos<sup>(292)</sup>. Por eso existe un «interés social de toda la comunidad que sus funcionarios o empleados público no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requerido, como una exigencia no solo legal, sino social»<sup>(293)</sup>.

Una actuación funcional, para cumplir sus objetivos públicos, debe estar despejada de todo interés crematístico extraíble de las propias atribuciones funcionariales. En una primera línea de entendimiento establece que «se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumento patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario por parte del agente»<sup>(294)</sup>. Para ello, importa saber sobre qué base debe fundamentarse una correcta actuación funcional frente a la posibilidad aprovechadora económica del empleado público; mejor dicho, ¿cuál es ese interés u objeto específico de protección que permite garantizar o, siquiera, prevenir que la función pública sea el medio de aprovechamiento para un enriquecimiento ilícito del empleado público? Entre los penalistas se han dado una gama de planteamientos definitorios del **bien jurídico específico**, los cuales podemos organizarlos entre las tesis moralistas, reputacionales, patrimonialistas y principistas.

**3495.**  
Bien jurídico específico

Una **primera postura** propugna el desenvolvimiento probo de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones a efectos de evitar un aprovechamiento económico de los mismos. Se trata de las **tesis moralistas** que sostienen que un correcto funcionamiento de la administración contra enriquecimientos ilícitos solo se podrá lograr si se atiende como tutela penal la lealtad, decencia, probidad y la honestidad del empleado público en su actividad funcional. Estos valores subjetivos y abstractos serían los que forman la **moralidad administrativa** exigible a un correcto y recto funcionario y que determina al objeto jurídico específico de protección<sup>(295)</sup>.

**3496.**  
Tesis moralistas

Se podría decir que la conjunción de estos valores subjetivos nos traslada a un estado de insospechabilidad sobre el aprovechamiento crematístico del funcionario probo sobre sus propias atribuciones funcionariales. La primera regla es confiar y no sospechar del empleado público, pues se entiende que su proceder funcional está

(292) Vid. TERRAGNI III, II, 2012, p. 533.

(293) CABALLERO en Donna III, 2010, p. 145.

(294) CREUS, 1981, p. 417.

(295) Entre los autores colombianos que siguen esta tesis: FERREIRA DELGADO, 1995, p. 121; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 667. Entre los autores argentinos: LEVEN en Donna III, 2010, p. 112; TERRAGNI III, II, 2012, p. 534; BOUMPADRE III, 2003, p. 340. Entre los autores peruanos: REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1031; PRADO SALDARRIAGA I, 1996, p. 289; NAKASAKI SERVIGÓN en Ius et Praxis n.º 33, 2002, p. 190. Vid. tab. VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 43.

sujeto a toda actuación que solo beneficie a la administración y no a su persona. Por ello, también los que siguen una postura moralista propugnan alternativamente la **insospechabilidad** en el desempeño funcional como el objeto jurídico específico de protección<sup>(296)</sup>.

Entre los penalistas colombianos que siguen esta postura, BAUDILIO MURCIA RAMOS establece que «es generalmente aceptado que el principio de moralidad debe presidir toda la actividad administrativa, y se hace mayormente preponderante frente a la actitud de los servidores públicos, atendiendo a su especial condición, y en razón a sus funciones, que a diferencia de cualquier particular, les genera una serie de obligaciones y deberes funcionales adicionales que se deben atender. Esta noción de moralidad, se sitúa en el campo de lo ético-político de la función pública y conlleva la transparencia en la gestión pública»<sup>(297)</sup>. De los penalistas argentinos, MIGUEL A. INCHAUSTI considera que «el propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base esta del respeto a los organismos del Estado por parte de los administrados, la que debe considerarse agredida por la conducta de cuya represión se trata. Se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la Administración Pública»<sup>(298)</sup>. Por su parte, JORGE LUIS RIMONDI indica que «quien se ha valido de fondos ilegalmente obtenidos para acrecentar su patrimonio, no se ha conducido con rectitud en algún aspecto de su vida de relación, es decir, no ha tenido integridad en su obrar, por lo que, de tratarse de un funcionario público, ha violado los principios éticos legalmente establecidos»<sup>(299)</sup>. Entre los autores peruanos, FIDEL ROJAS VARGAS establece que «el artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídicopenalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación»<sup>(300)</sup>.

Empero, delimitar el objeto jurídico de protección a aspectos moralistas o a propugnas éticas no hace más que doblegar al funcionario a la obediencia o a la sumisión velada y, con ello, llegar a un enriquecimiento ilícito como un mero acto de desobediencia<sup>(301)</sup>. Y, a la vez, importa una amplia gama de interpretaciones y definiciones de lo que deberá comprenderse por moralidad administrativa que podría acatrear conclusiones arbitrarias de lo que se conoce por desobediencia. También conlleva al problema de deslindar los casos de incumbencia estrictamente administrativa frente a los de mayor gravedad que requiere la atención del poder penal.

(296) Así: TAZZA III, 2018, p. 301; VILLADA, 1999, p. 384; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 927.

(297) MURCIA RAMOS, 2012, pp. 122-123.

(298) INCHAUSTI, 2001, p. 39.

(299) RIMONDI, 2005, p. 291.

(300) ROJAS VARGAS, 2007, p. 854.

(301) *Vid.* CONTI en Riquert III, 2018, p. 2051.

Una **segunda postura** trasfiere la atención de la protección penal a la imagen social de la entidad pública que debe mantenerse pulcra por parte de sus empleados públicos. Si estos desvían los objetivos trazados de las funciones públicas para atender sus propios ingresos económicos, la imagen social de la administración corre un alto riesgo de transformarse en el descrédito generalizado. Las **tesis reputacionales** se dirigen a tutelar la buena imagen o el decoro de la Administración Pública frente a actos de enriquecimiento ilícito por aprovechamiento de los cargos funcionariales<sup>(302)</sup>. Para sus seguidores, el fin de protección de la norma penal recae en la **imagen institucional**, siendo que los demás valores — como la probidad, la honestidad, la lealtad, etc. — solo son los medios o las vías para su protección. Por ello, algunos especifican la reputación en una imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la representan<sup>(303)</sup>.

Uno de los penalistas peruanos que mejor describe esta postura es LUIS BRAMONT ARIAS cuando señala que «el objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función o el servicio público del descrédito a que la exponen funcionarios o servidores públicos que, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración para su provecho personal o para fines privados, cualesquiera que sean»<sup>(304)</sup>.

No obstante, opinamos que con las tesis reputacionales entramos al mismo juego de las subjetividades, puesto que tendríamos que saber qué implicancias conlleva una imagen institucional y cómo podría verse resguardado con un tipo penal de enriquecimiento ilícito. La vaguedad y la confusión que lleva una imagen institucional como objeto específico de protección no ayudan en la precisión de lo que se deba conseguir de una correcta función pública frente a la posibilidad de su explotación económica. En realidad, con esta postura se entendería que el acto del incremento ilegal de los fondos económicos resulta siendo una forma de difamación o denigración contra el honor objetivo de la entidad pública y no un quebrantamiento a los fines generales que se espera en sus actuaciones administrativas.

Ante los cuestionamientos subjetivos y generalizados de las tesis moralistas y reputacionales, hay quienes siguen un enfoque tutelar dirigido al **patrimonio público**. Con las **tesis patrimonialistas** se señala el enriquecimiento ilícito del empleado público tiene que generar una afectación considerable al erario estatal, por lo que no se puede ser ajeno a las consecuencias económicas que sufre la entidad pública cuando

3497.  
Tesis reputacionales

3498.  
Tesis patrimonialistas

<sup>(302)</sup> Entre los autores argentinos que siguen esta postura: LAJE ANAYA III, 1981, p. 152; GONZÁLEZ en Balcázar II, 2014, p. 249; VILLADA, 1999, p. 384; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 927; PARMA/MANGIÀFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 655.

<sup>(303)</sup> Así, DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO en Revista de Derecho Penal II, 2004, p. 125; DONNA, 2002, p. 394; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 695; TAZZA III, 2018, p. 301.

<sup>(304)</sup> BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 78.

uno de sus dependientes se ve enriquecido a costa de la función pública que debe estar a merced del interés económico del aparato administrativo y no de la persona que lo realiza. No es que tampoco se exija una afectación real al patrimonio público, bastando solamente con establecer una tutela potencial del patrimonio público<sup>(305)</sup>, toda vez que el acto de enriquecerse ha de ser siquiera una alerta expositiva a un riesgo previsible de las consecuencias negativas para el patrimonio público.

Entre los penalistas colombianos, ALVARO OSORIO CHACÓN considera que «es objeto de protección mediante el punible de enriquecimiento ilícito de servidor público el patrimonio público; toda vez que el incremento patrimonial no justificado obtenido por el servidor público, puede tener origen en una indebida apropiación de recursos del Estado (...). De igual manera, indirectamente puede resultar adversamente afectado con dicha conducta punible el orden económico y social, porque el desvío hacia el patrimonio de funcionarios corruptos de recursos del Estado impide que esos fondos se apliquen a los fines sociales a los cuales se encuentran estimados»<sup>(306)</sup>.

A nuestro parecer, no tiene sustento una apuesta por el contenido económico del bien jurídico protegido<sup>(307)</sup>, ya que no siempre en un enriquecimiento ilícito el empleado público comprometerá al patrimonio público, al menos en aquellos casos donde la fuente de enriquecimiento deriva de un patrimonio privado ante el aprovechamiento indebido del cargo para perjudicarlo o beneficiar a su titular por recurrir a este para direccionar una actividad funcional. Entonces, no en todos los casos se verá afectado el patrimonio público, por lo que no puede ser considerado el bien jurídico del presente delito. Además, la prevención general de la norma penal se dirige a una etapa previa al enriquecimiento en sí, en cuanto enderezar la intervención funcional a fines exclusivamente públicos y no a intereses económicos de incumbencia personal. Por eso, algunos sostienen que una tutela al patrimonio público se asocia mejor en otros delitos funcionariales (*v. gr.*, peculado, colusión agravada)<sup>(308)</sup>.

Por otra parte, una **cuarta postura** sostiene la garantía a la proscripción del enriquecimiento ilícito del empleado público resguardando los alcances limitadores de las actuaciones funcionariales con la prevalencia de los principios administrativos que la regulan. «El funcionario o servidor tiene la condición de garante al haberle otorgado la administración pública diversas potestades, facultades y prerrogativas;

3499.  
Tesis principistas

(305) Así: CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 142; CÁCERES JULCA, 2014, p. 81.

(306) OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 668; Considera al tesoro público como objeto de protección junto a la moralidad: MURCIA RAMOS, 2012, p. 123.

(307) Así también: RIMONDI, 2005, p. 290; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 188; ROJAS VARGAS, 2007, p. 854; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 735; HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 237; SALINAS SICCHA, 2016, p. 716; ENCO TIRADO, 2020, p. 189; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 451; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 314.

(308) Cfr. FERREIRA DELGADO, 1995, p. 121.

sin embargo, en vez de cumplir y responder a las expectativas sociales, el agente abusa de dichas facultades para incrementar su patrimonio, generando la desconfianza y deslegitimación de la ciudadanía en la administración<sup>(309)</sup>. No importa la entidad pública o el empleado público en sí, si no están relacionados a un acto de función. Es el acto de función el medio generador del cual se puede conseguir el peculio irregular; por ello, la protección penal tiene que dirigirse a la función pública en sí para su regular actuación. Esto se consigue si nos remitimos a los **principios administrativos** que establecen los parámetros normativos que evitan el aprovechamiento tergiversado de la función pública.

Las **tesis principistas** establecen que el objeto jurídico específico de protección se relaciona con los principios administrativos por ser criterios rectores para una correcta actuación funcional desligada de recurrencias crematísticas a favor del empleado público. La garantía al no aprovechamiento económico de la función pública se consigue si se refuerza el mensaje preventivo general de dar vigencia aplicativa a los principios administrativos. Por ello, algunos penalistas sostiene la prevalencia de algunos principios rectores como la probidad, transparencia y la veracidad en el ejercicio de la función pública<sup>(310)</sup>; la funcionalidad, regularidad y la imparcialidad de la función pública<sup>(311)</sup>; o la legalidad, objetividad y el fin prestacional de la función pública<sup>(312)</sup>.

Por nuestra parte, adoptamos como objeto jurídico de protección una dualidad de principios: la **objetividad** en el ejercicio de la función pública y la **transparencia** de una situación económica neutral del empleado público. Es importante hablar de esta conjunción de principios para tener un mensaje preventivo general integral sobre las dos posibilidades apreciativas a un enriquecimiento ilícito, esto es, el acto de función en sí y el ámbito patrimonial del funcionario encargado del acto de función. Esto nos permite trazar una cobertura penal completa de los espacios posibles de desbalance patrimonial.

Por ende, al analizar la relevancia típico penal de un caso, el intérprete debe verificar la vulneración de ambos principios si quiere imputar penalmente un enriquecimiento ilícito. No tenemos duda de la vinculación operativa de ambos principios para enfrentar todo aprovechamiento económico indebido de la función pública, ya que la objetividad funcional permitirá evitar ingresos económicos no autorizados y la transparencia patrimonial reflejará ello a través de una exposición situacional económica neutral del funcionario público.

**3500.**  
Bien jurídico dual

(309) GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 188.

(310) Así: MONTOYA VIVANCO, 2015, p. 121; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 63; ENCO TIRADO, 2020, p. 189.

(311) Así: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 187.

(312) Así: GUIMARAY en Alerta Anticorrupción n.º 9, 2012, p. 5.

**Jurisprudencia:** «Lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo —delito especial de posición institucionalizada—: la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcionarial» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qrTZ>

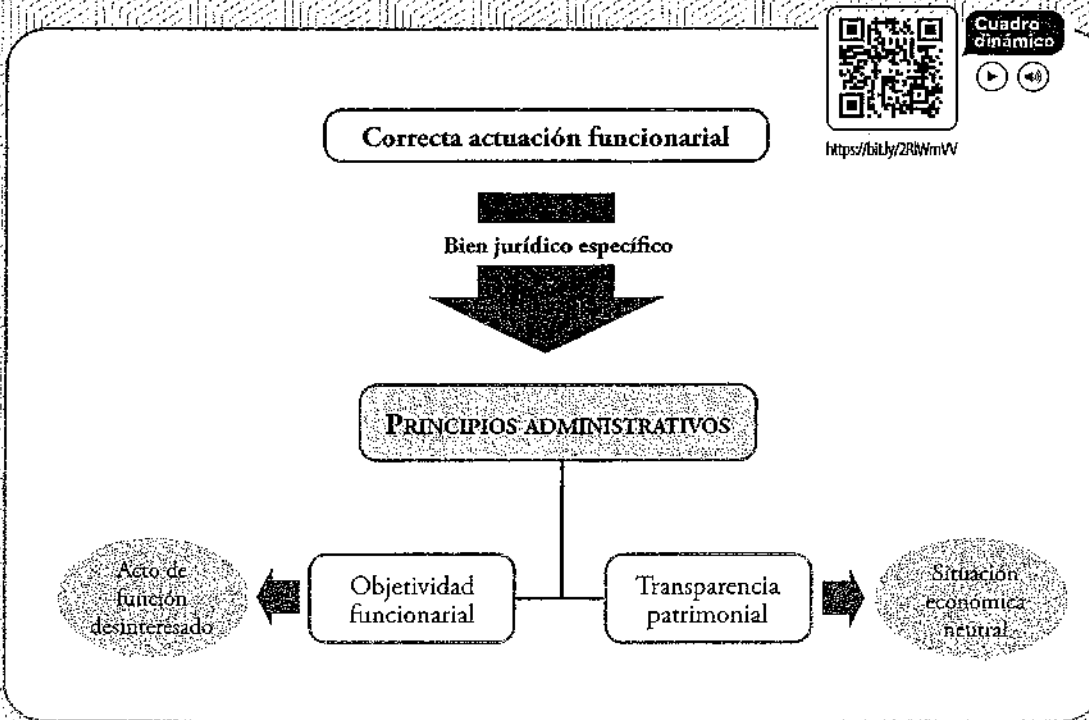


**3501.**

Principio de objetividad funcionarial

En cuanto al **principio de objetividad funcionarial**, se enfoca a la actuación funcionarial en sí misma, en el sentido del impedimento del aprovechamiento personal por la instrumentalización de la función pública para la obtención de ingresos o egresos económicos ilícitos. Un desenvolvimiento desinteresado (económicamente) de la función pública evitará que la función pública sea su medio de enriquecimiento y, por el contrario, su conducencia ceñida a los intereses públicos.

La objetividad del ejercicio funcionarial refleja el desapego a todo interés personal del empleado público que pueda verse involucrado, entre ellos, el económico; por ello, un acto de función objetivo es aquel que se efectúa de manera desinteresada o cerrada a los fines establecidos por la norma administrativa. Solo un acto de función consigue ser correcto y regular cuando se somete al interés público y se circunscribe a los parámetros normativos previamente establecidos. En el enriquecimiento ilícito lo que se pretende es que el acto de función sea subjetivo y se desvíe a los intereses económicos del empleado público.



En relación con el **principio de transparencia patrimonial**, se traslada a la exposición de regularidad y claridad en los ingresos y egresos del empleado público que lo lleve a una situación económica neutral o regularmente permitida. Con ello, se refleja una estabilidad patrimonial del funcionario público que no se ve infectada por la vulnerabilidad de su objetividad sobre un aprovechamiento económico de su cargo funcional. Quien tenga responsabilidad funcional de un acto de función potencialmente generados de ingresos o gastos económicos, está sometido a la transparencia de una situación económica de neutralidad o regularidad permitida. Los funcionarios públicos, al ser conductores o responsables de funciones públicas por mandato constitucional, tienen el deber de someterse a la transparencia patrimonial a efectos de evitar cualquier generación económica derivada de sus funciones.

Desde antes, SEBASTIÁN SOLER ya afirmaba que «la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial»<sup>(313)</sup>. Nosotros lo encausamos al principio de transparencia patrimonial porque brinda las garantías suficientes para que el funcionario no consiga explotar económicamente sus atribuciones funcionariales. Se quiebra la situación económica neutral del empleado público cuando se aprovecha de sus atribuciones y consigue los recaudos paralelos proscritos. Para ello, se enfoca en la claridad, regularidad e inocuidad del ejercicio de la función pública, en cuanto que esté desprovista de cualquier imperio interesado de tipo económico para así llegar a una situación económica considerablemente permitida<sup>(314)</sup>.

La transparencia es una garantía al desenvolvimiento económico de los empleados públicos que se espera tengan tanto en sus ingresos como en sus gastos o egresos para lograr la **estabilidad económica permitida** y evitar el **desbalance patrimonial desautorizado**. El estudio del presente bien jurídico necesita ser analizado tanto desde los ingresos como de los egresos del empleado público para establecer si éste expone una situación económicamente permitida (estabilidad patrimonial) o no (desequilibrio o desbalance patrimonial). Un **ingreso regular transparentado** supone que el empleado público goza de los sueldos, las remuneraciones o los emolumentos que la administración le brinda con motivo a sus labores y servicios; además, excepcionalmente faculta a algunos empleados públicos la permisibilidad de ingresos adicionales o servicios paralelos. Con ello se evitan fuente de ingresos prohibidos que deriven del aprovechamiento de la función pública. Un **gasto o egreso regular transparentado** es la superación de deudas, créditos y obligaciones patrimoniales o contractuales con sus propios ingresos o posibilidades financieras

(313) SOLER V, 1978, p. 206.

(314) Entre los seguidores este planteamiento: BLANCO CORDERO en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología n.º 19-16, 2017, p. 33; CARTOLANO en Pérez Álvarez, 2016, p. 473; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBIAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 864; PEÑA OSSA, 1995, p. 19.

permitidas al empleado público. Así, es posible también dar una mirada delictiva a un enriquecimiento del empleado público que ve superado sus deudas y obligaciones a través de ingresos no autorizados que simplemente disminuyen su carga de gastos y evita el empleo de sus propios ingresos regulares para así mantener o reforzar su patrimonio particular.

**3503.**  
Pluralidad  
de bienes  
jurídicos

No debemos dejar de mencionar otras posturas del bien jurídico que aconsejan no limitarse a una interpretación unilateral de su contenido, toda vez que el aprovechamiento funcional al enriquecimiento no autorizado es un problema mayúsculo que comprometería un sinnúmero de valores e intereses que rigen el desenvolvimiento administrativo regular del empleado público. En tal sentido, estaremos hablando de un **delito pluriofensivo**<sup>(315)</sup>. Por ello, los seguidores de esta postura consideran que cabe la confluencia de más objetos de protección, como la moralidad, el prestigio, la confianza, la transparencia, la imagen o el decoro, la legalidad, la fidelidad y la disciplina que son las directrices en el desarrollo de la función pública<sup>(316)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«El bien jurídico que se protege con este delito es la funcionalidad, prestigio, dignidad y confianza de la Administración Pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran»* (Ejecutoria suprema del 21 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2160-2018 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3bVtiv3>.



*«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»* (Ejecutoria suprema de 16 de mayo de 2003, R. N. n.º 09-2001 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/309extS>.



**3504.**  
Carencia  
de bien  
jurídico

Por último, otros sostienen la imposibilidad de fijar un bien jurídico propio del presente delito y, recurriendo a un carácter dependiente de la figura penal, consideran que el objeto específico de protección es el que corresponderá a los delitos principales de los cuales se relaciona el enriquecimiento ilícito<sup>(317)</sup>. En consecuencia, habrá una variedad de objeto jurídico de protección conforme a lo que se tutela frente al delito principal (*v. gr.*, imparcialidad, legalidad, patrimonio público, etc.).

<sup>(315)</sup> Cf. ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 59; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 668.

<sup>(316)</sup> Así: CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, pp. 26-27; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 56; ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 59; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 394; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 678; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 451; IZARNÓTEGUI PINASCO en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 124, 2009, p. 239.

<sup>(317)</sup> Así: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 541.



## §8. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

Todo empleado público que se enriquece ilícitamente a costa de sus atribuciones funcionariales es **sujeto activo** del presente delito. Quien ostenta un cargo funcional y se vale de sus facultades administrativas para conseguir ingresos ilícitos económicos incurre en un incremento patrimonial ilícito y debe ser imputado por el presente delito. A dicha persona se le etiqueta el calificativo de **funcionario enriquecido** o empleado crematístico, puesto que el reproche penal recae en cuanto logra concretar su interés lucrativo en el ejercicio funcional.

**3505.**  
Sujeto activo

El enriquecimiento ilícito es un **delito de infracción de deber propio** debido a que el fundamento de su punibilidad se encuentra en el quebrantamiento de un doble deber funcional: el **deber de la objetividad** en el ejercicio funcional, esto es, desinteresado económicamente, y, el **deber de la transparencia económica**, entendido no como un deber informativo de los ingresos económicos, sino en el mantenimiento de una situación económica patrimonial neutral o considerablemente tolerable. Es menester subrayar esta distinción para no incurrir en confusiones sobre la naturaleza delictiva del presente delito. No se le reprocha al agente delictivo no haber cumplido un deber informativo administrativo patrimonial, sino el no sostener una situación patrimonial permitida.

**3506.**  
Delito de infracción de deber propio

**Jurisprudencia:** «Se trata, desde una perspectiva formal —del mero círculo de autores estipulados en el tipo penal, de su condicionamiento formal—, de un delito especial propio, y, desde una perspectiva de imputación material, de un delito de infracción de deber —determina un obligado institucional y se sustenta en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor: la Administración Pública al funcionario o servidor público—» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qrFZ>.



La infracción de los mencionados deberes funcionariales en el momento del enriquecimiento reafirma la naturaleza autónoma del presente delito. Por consiguiente, no cabe recurrir a la infracción de los deberes administrativos del delito funcional previo, para la calificación del presente injusto, sino que el acto mismo del incremento también significa la vulnerabilidad de nuevos deberes funcionariales (objetividad y transparencia)<sup>(318)</sup>. Así, el corrupto, para conseguir su propósito de enriquecimiento, tendrá que incurrir en un doble momento quebrantador de los deberes funciona-

<sup>(318)</sup> En posición diferente, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN considera que «el delito de enriquecimiento ilícito no sanciona la infracción de un deber propio y específico de la función pública que ejerce la persona mediante una acción concreta. Por el contrario, esta norma tiene como presupuesto (incluso la mayor de las veces una pura sospecha) que el funcionario público ha infringido previamente un deber propio de su función, lo que le ha significado algún tipo de ventaja patrimonial que ingresado a su patrimonio» (2010, p. 309).

riales: unos, por la obtención de los ingresos ilícitos (los que se relacionen al delito funcional previo); y, otros, por la incorporación de los mismos a su patrimonio personal (los que corresponden al enriquecimiento ilícito).

El enriquecimiento ilícito no es un delito de infracción de deber impropio, el quebrantamiento de los deberes antes anotados no motiva la agravación de la punibilidad, debido a que el enriquecimiento ilícito constituye un delito autónomo. Asimismo, tampoco se debe argumentar que la condición funcional agrava la punibilidad, ya que no se cuenta con una modalidad de enriquecimiento ilícito de particulares.

3507.

Funcionario y servidor público

El artículo 401 identifica al sujeto activo con la expresión «*funcionario o servidor público*». Nos informa que el empleado público crematístico lo puede ser cualquiera, sin distinción de categoría o jerarquía administrativa, en tanto que forme parte del aparato administrativo nacional, ya sea de las entidades conformantes de los Poderes del Estado, de los Gobiernos regionales y locales o de los organismos constitucionalmente autónomos.

**Jurisprudencia:** «Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425° del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9Wlqp>



3508.

Categoría funcional

En principio, podrían serlo desde un alto funcionario, una autoridad, un funcionario, un servidor hasta un asistente o auxiliar administrativo. Aún así, es importante hacer algunas precisiones. En el caso de los **altos funcionarios**, el artículo 401 los trata en la modalidad agravada del presente delito, como analizaremos más adelante. En cuanto a los **asistentes o auxiliares administrativos**, si sus actuaciones no permiten el ejercicio de funciones públicas, sino que simplemente son dependiente de estas, no podríamos atribuirles a ellos el abuso funcional, al no haber autonomía ni determinación propia a la realización de un acto de función. A la vez, también es de considerar la dificultad que significa, por sus actuaciones subordinadas, generar los ingresos económicos ilegales considerables que califiquen el presente delito.

3509.

Condición laboral y remunerativa

Asimismo, no importa su condición laboral, es decir, si es un empleado permanente (en planilla) o temporal (contratado)<sup>(319)</sup> para la imputación por el delito de enriquecimiento ilícito. Si seguimos este razonamiento, los particulares

(319) Cf. SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 59; INCHAUSTI, 2001, pp. 51; LAJE ANAYA III, 1981, p. 158.

asignados temporalmente por la Ley para ejercer funciones públicas pueden calzar perfectamente como sujetos activos (*u. gr.*, administradores o custodios)<sup>(320)</sup>, aun si no les atribuye el deber administrativo de información patrimonial. Por otro lado, no tiene importancia verificar si el cargo funcional es o no remunerado, ya que, de igual manera, conseguirá el beneficio económico ilegal del aprovechamiento de las atribuciones funcionariales.

Una cuestión a analizar es si puede ser sujeto activo funcional cualquier empleado público independientemente de su especialidad o solo se tiene que restringir la imputación a aquellos que por la Ley están obligados a realizar la declaración informativa patrimonial, en especial, aquellos que manejan o administran fondos del Estado. Esto incluye a las empresas mixtas y empresas públicas. Esa inquietud surge por lo precisado en el artículo 41 de la Constitución Política cuando señala que los funcionarios y servidores que manejan o administran fondos del Estado o por mandato legal deben hacer declaración jurada de bienes y rentas. ¿Acaso esta norma constitucional es complementaria al artículo 401? Consideramos que no, toda vez que la norma constitucional establece un mandato de un deber informativo estrictamente administrativo, mas no penal.

La obligación legal declarativa del patrimonio personal no debe ser un componente que condicione la adecuación típica de la calificación del sujeto activo. Es evidente que la situación probatoria de los empleados públicos que deben cumplir con dicho deber resulta más factible por la información veraz que se les exige; pero dicha tramitología administrativa no tiene que ser confundida como un elemento típico<sup>(321)</sup> (aunque se le considere un indicio) que especifique al sujeto activo. Optamos por una interpretación amplia de la condición funcional, en cuanto el artículo 401 no delimita la adecuación típica al cumplimiento de un deber administrativo informativo patrimonial, puesto que centra el injusto al hecho mismo del incremento patrimonial y no a la desobediencia informativa. «Atendiendo a la afección al bien jurídico que supone la realización de esta conducta, hay que decir que el correcto funcionamiento de la Administración Pública se resiente por igual con independencia de que al sujeto le incumba o no la referida obligación»<sup>(322)</sup>.

No cabe duda que un particular no califica como sujeto activo del presente delito. No procede imputar a quien simula tener la condición funcional, puesto que no podría imputarle un aprovechamiento indebido del cargo, sino simplemente una usurpación de funciones. Si no existe la incorporación mínima penalmente relevante a un cargo público, no puede ser imputado como sujeto activo. Por ejemplo, en un funcionario político (alto funcionario), hasta que no se declare oficialmente

**3510.**  
Funcionario que tiene el deber informativo de declarar su patrimonio

**3511.**  
Incorporación y cesantía al cargo funcional

(320) *Cf.* CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, pp. 21-22; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, pp. 651-652; SABOGAL QUINTERO, 2014, pp. 59-60.

(321) En sentido contrario: ROJAS PICHLER en Revista Penal México n.º 7, 2014-2015, p. 224.

(322) VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 64.

su elección. De la misma manera, si el empleado público ha cesado o ha sido destituido del cargo funcional, cualquier acto posterior de enriquecimiento no sería considerado delictivo.

**3512.** Funcionario suspendido. En tal aspecto, si el empleado público se encuentra **suspendido temporalmente** de sus funciones (*v. gr.*, vacaciones, licencias, sanciones administrativas) y recibe el incremento patrimonial si incurre en el presente delito, debido a que el abuso funcional generador del ingreso económico ilegal aconteció cuando ejercía las funciones públicas.

**3513.** Sujeto pasivo. El **sujeto pasivo del delito** es el Estado como titular del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Específicamente, es la entidad pública de la cual a sus expensas sus dependientes administrativos se enriquecen aprovechando las funciones administrativas encomendadas. Cabe preguntarse si el titular de los bienes y activos (una entidad pública o un particular) que integran los ingresos económicos ilícitos es también sujeto pasivo o agraviado en el presente delito<sup>(323)</sup>. Consideramos que no, puesto que el injusto parte del enriquecimiento por el abuso de un acto de función abusado y no en cuanto al titular perjudicado por dicho acto<sup>(324)</sup>. Por otra parte, el tratamiento dogmático para ellos, como agraviados, se asocian con los delitos funcionariales principales generadores de dichos ingresos<sup>(325)</sup>. Queda fuera de toda duda que el particular interesado tiene la condición de agraviado cuando es el financista del empleado público para instrumentalizar la función pública a sus propios intereses.

**3514.** Determinación del origen de los ingresos económicos ilegales. Una cuestión discutible entre los penalistas reside en la precisión sobre la **determinación del origen de los ingresos económicos ilegales** que darán lugar al incremento patrimonial. Por lo pronto, aquellas fuentes generadoras neutrales o tolerables socialmente producto del acontecer cotidiano del empleado público en su desenvolvimiento como ciudadano (*v. gr.*, rifas, sorteos, herencia, apuestas) quedan excluidas como componentes en la contabilidad del incremento patrimonial delictivo (prohibición de regreso).

**3515.** ¿Cuestión temporal o modal? En realidad, la discusión radica en relacionar el origen ilícito de los fondos a una **cuestión temporal o modal**. Para decirlo de otra manera, acaso simplemente se debe aperturar toda posibilidad de enriquecimiento o es necesario que esta responda a aspectos o cuestiones motivadoras específicas. Es importante que el incremento patrimonial se conduzca a través de formas o modos delimitados legalmente o simplemente basta y sobra con cualquier ingreso económico ilegal en pleno ejercicio funcional.

(323) *Vid.* MURCIA RAMOS, 2012, p. 117.

(324) *Vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 66.

(325) *Cf.* CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño/Peschiera, 2002, p. 183. Los que los consideran agraviados (parte civil) del presente delito: CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 23; ZARAZO/OVIEDO, 1996, p. 59; CÁCERES JULCA, 2014, p. 107. Como sujeto pasivo: BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 78; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 267.

Así, los que siguen una **tesis generalizada** tipifican un **enriquecimiento ilícito amplio** que no tenga limitación típica sobre la fuente generadora ilegal de los fondos económicos; siempre que se corresponda durante el ejercicio funcional<sup>(326)</sup>. Para esta tesis no interesa el modo o la forma, puesto que el incremento patrimonial únicamente obedece a una cuestión puramente **temporal**<sup>(327)</sup>: mientras el ingreso económico ilegal suceda durante el ejercicio de la función pública, produce el enriquecimiento ilícito. Una de las razones principales para asumir una tesis generalizada es que el empleado público, en toda actuación que realice dentro o fuera de su labor administrativa mientras dure su cargo funcional, debe demostrar pureza o transparencia en sus actos económicos, sin importar si obedecen o no al ejercicio de sus atribuciones. Evidentemente, para esta tesis cualquier fuente generadora ilegal es pasible de configurar la presente figura penal, sea un delito, una falta o una infracción administrativa o civil. Lo que importa es que se trate de una infracción (no de una cuestión amoral o antiética) que implique la ilicitud.

En la legislación se identifica la tesis generalizada en aquellas formulas legales que recurren a la expresión «*durante el ejercicio de sus funciones*» o simplemente omitan mencionarlas<sup>(328)</sup>. Es la propuesta dada en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción que ha sido acogida en legislaciones como el artículo 412 del Código Penal colombiano de 2000 («*durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación*»). En nuestra legislación fue incorporada por la Ley n.º 28355 al adicionarse al supuesto de hecho la frase «*durante el ejercicio de sus funciones*»<sup>(329)</sup>. Actualmente, el artículo 401 ya no cuenta con dicha expresión legal.

Frente a este planteamiento, la **tesis restrictiva**, la cual seguimos, asume una tipificación de **enriquecimiento ilícito estricto** en torno a la necesidad de establecer limitaciones en la generación de los fondos ilícitos<sup>(330)</sup>. Es importante precisar las fuentes generadoras de los ingresos ilícitos, mejor dicho, delimitarlas, para así salvaguardar principios penales como la *ultima ratio* y no explayarse a supuestos que no motivan una verdadera intervención del poder penal en consideración al bien jurídico protegido. Con ello, si importa la **circunstancia modal** de la conducta típica

3516.

Tesis generalizada:  
cuestión temporal

3517.

Tesis restrictiva:  
cuestión modal

<sup>(326)</sup> Aconsejan esta postura: GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 398; ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 60.

<sup>(327)</sup> Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 398; ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 60.

<sup>(328)</sup> Optan por la tesis generalizada: artículo 241 *bis* del Código Penal chileno («*durante el ejercicio de su cargo*»), artículo 333 del Código Penal salvadoreño («*con ocasión del cargo o de sus funciones*»), artículo 448 de Código Penal nicaraguense («*durante el ejercicio de sus funciones*») y artículo 351 del Código Penal panameño («*durante el ejercicio de su cargo*»).

<sup>(329)</sup> Dicha expresión legal se encuentra en el artículo 588 del Proyecto de Código Penal de 2015 y en el artículo 584 del Proyecto de Código Penal de 2016.

<sup>(330)</sup> Aconsejan esta postura: CASCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 41; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 659.

y, por ende, no basta la cuestión temporal: el ingreso económico ilegal debe ser producto del aprovechamiento o la extralimitación de las atribuciones administrativas durante el ejercicio de las funciones. No es que el incremento patrimonial suceda dentro de un lapso determinado relacionado con el ejercicio funcional, sino que es a consecuencia de una actividad funcional delictiva verificada en un abuso de ejercicio funcional<sup>(331)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades por parte del sujeto activo; esto es, es necesario que el sujeto activo se enriquezca 'por razón del cargo'. La modalidad conductual exigida es de orden causal, no temporal. Ha de existir una relación causal entre el acto de utilizar o valerse del cargo público y el efecto de enriquecerse. La relación causal anotada forma parte del tipo objetivo; por tanto, no es suficiente, en los términos del tipo penal aplicable al caso, con que se haya verificado el enriquecimiento, en el periodo investigado. El resultado del abuso funcional es el de un enriquecimiento efectivo, sustancial y real de funcionario o servidor público, evidenciando en un incremento ostensiblemente asimétrico con los ingresos percibidos, por cualquier causa» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 9). <https://bit.ly/3wtry5Q>



En la legislación, la tesis restrictiva se ubica en las fórmulas penales que tiene expresiones legales como «por razón de su cargo o de sus funciones» o «por el abuso del cargo o la función pública»<sup>(332)</sup>. Encuentra su paradigma en el artículo 148 del Código Penal colombiano de 1980 («por razón de su cargo o de sus funciones») y tiene acogida en nuestra legislación desde la Ley n.º 29758<sup>(333)</sup>. Actualmente, el artículo 401 utiliza la expresión «abusando de su cargo» y, con ello, nos informa que se necesita de una forma o modo específico en la realización del incremento patrimonial y esta consiste en el aprovechamiento o el abuso funcional para la obtención de los fondos y, de esa forma, concluir que los ingresos económicos si y solo si tienen origen delictivo funcional.

**3518.**  
Doble  
relación:  
temporal y  
modal

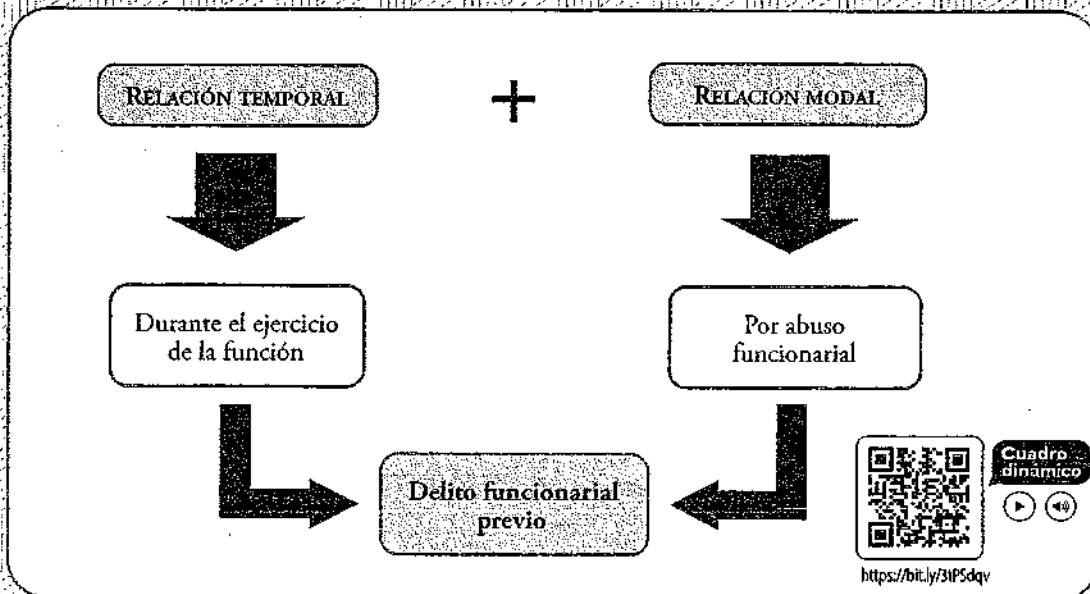
Ahora bien, consideramos que la tesis restrictiva no ha de ser enfocada en contra posición a la tesis generalizada; por el contrario, se complementan en el sentido que se parte de una base temporal o de coetaneidad del ejercicio funcional para luego delimitar la casuística del enriquecimiento ilícito en torno al ejercicio abusivo del

<sup>(331)</sup> Cfr. CAINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 30.

<sup>(332)</sup> Optan por la tesis estricta: artículo 279 del Código Penal ecuatoriano («producto de su cargo o función») y artículo 45 de la Ley costarricense n.º 8422 («aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión»).

<sup>(333)</sup> En nuestros antecedentes notamos también su descripción en el artículo 361-A del Código Penal de 1924 («por razón de su cargo o de sus funciones») y en el texto original del artículo 401 del Código Penal de 1991 («por razón de su cargo»).

cargo en dicho período temporal. Entonces, tenemos que el modo de la generación de los ingresos económicos ilegales se forma en una **doble relación de imputación**: la **relación temporal** (factor base) en cuanto a la vigencia del cargo funcional, y, la **relación modal** (factor delimitador o complementario) en el sentido en que el abuso funcional debe motivar el enriquecimiento siempre dentro de la vigencia del cargo funcional<sup>(334)</sup>.



Sobre la **relación temporal**, cabe indicar que, si bien hay un **marco temporal del ejercicio funcional** del sujeto activo, este no siempre coincide con el acto del incremento patrimonial. Por ejemplo, puede suceder que ha cesado en el cargo, pero sigue recibiendo del particular interesado los beneficios económicos acordados cuando ejercía sus funciones públicas. Por ello, es mejor que el marco temporal del ejercicio funcional coincida con el acto generador de los ingresos ilícitos económicos, esto es, que el abuso funcional o el aprovechamiento indebido del cargo ocurra mientras éste ejerciendo sus atribuciones funcionariales. Por consiguiente, no debe partir la interpretación de la coincidencia temporal de la vigencia del cargo funcional con el enriquecimiento propiamente dicho. Entonces, si esta sucede antes o después de la vigencia del cargo funcional, no cambiará la adecuación típica del caso si es que el empleado público abusó del acto de función cuando ostentaba el cargo funcional.

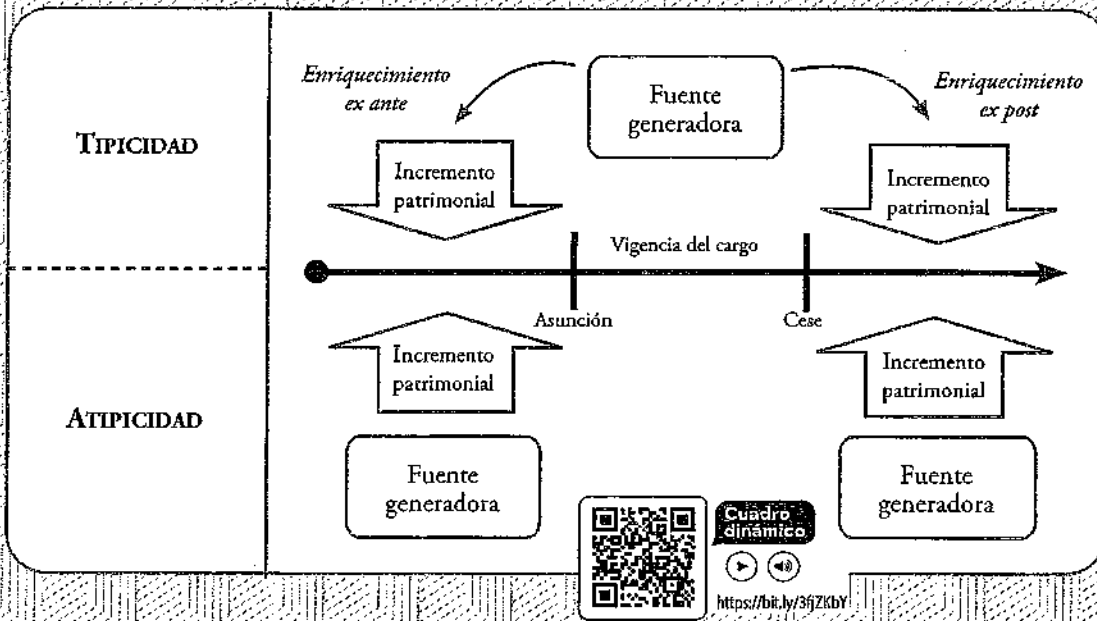
3519.  
Relación  
temporal

(334) Vid. GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 245; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 68.

**Jurisprudencias:** «Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9WlKp>.



«La doctrina nacional mayoritaria sostiene que el sujeto activo de este delito únicamente puede ser el funcionario o servidor público y que, incluso podría tratarse de un ex funcionario, siempre que el enriquecimiento ilícito que se imputa —producido durante el tiempo que tenía la función— provenga de hechos cometidos durante el tiempo en que desempeñó funciones públicas» (Sentencia del 16 de abril de 2013 de la Sala Penal Permanente. Casación n.º 343-2012 Lima, considerando 8). <https://bit.ly/3F1draM>.



Cuadro dinámico <https://bit.ly/3fjZkby>

**3520.** Enriquecimientos ex ante y ex post

La consecuencia aplicativa es que si el enriquecimiento ocurre con anterioridad a la asunción funcional (**enriquecimiento ex ante**) o con posterioridad al cese funcional (**enriquecimiento ex post**), habrá delito en tanto que esta provenga de un abuso funcional ejercido cuando era empleado público<sup>(335)</sup>. Lo curioso

(335) Cfr. FERREIRA DELGADO, 1995, p. 122; CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 31; PEÑA OSSA, 1995, p. 203; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 542; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 738; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 69; CÁCERES JULCA, 2014, p. 92; LEÓN TOMASTO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 92, 2017, p. 169. En sentido contrario: PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 129; SALINAS SICCHA, 2016, p. 709; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1055; HUGO ALVAREZ, 2007, p. 196; PÉREZ LOPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 464; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 325.



del supuesto del enriquecimiento *ex ante* es que en el momento mismo del incremento patrimonial no se configura el delito, sino que dependerá del ejercicio del acto de función abusado que lo motiva. Mientras, en el enriquecimiento *ex post*, al momento del incremento, el funcionario ya no ostenta el cargo funcional y no habría objeto jurídico de protección que reclamarle por no serle exigible deberes de objetividad y transparencia<sup>(336)</sup>; empero, el reproche penal se activa cuando surge un mínimo de compromiso lucrativo o una compensación económica estimable que contribuya a la tendencia de una posible vulnerabilidad de una situación económica neutral del empleado público. No obstante, para evitar conflictos interpretativos *de lege ferenda* se recomienda una extensión excepcional temporal posterior a la cesación administrativa como ocurre en otras legislaciones penales (*v. gr.* de dos o cinco años)<sup>(337)</sup>.

Todo esto nos permite rechazar como ejemplo al cohecho funcional subsecuente como delito funcional previo a un enriquecimiento ilícito. En este caso, es imposible hablar del presente delito por cuanto no existe abuso del cargo al momento de realizar el acto de función interesado y la premiación o compensación posterior que realiza el particular interesado al empleado público no se debe a dicho ejercicio delictivo, sino simplemente como una especie de agradecimiento *ex post* al ejercicio funcional (desarrollo *ultra temporal* del cargo funcional)<sup>(338)</sup>.

En la **relación modal**, solo aquellos fondos derivados, directa o indirectamente del abuso funcional califican un incremento patrimonial; otros modos no configuran el presente delito. La potestad que tiene el empleado público de instrumentalizar la función pública a su conveniencia es el medio que le permite generar ingresos indebidos. El abuso funcional se vuelve sinónimo de explotación comercial del acto de función y, por ello, merece el reproche penal como delito de corrupción. No hay enriquecimiento delictivo si es que no está vinculado a una actuación extralimitada de las funciones públicas. No se trata de criminalizar un enriquecimiento ilícito de un particular en tiempos del ejercicio de una función pública, sino de un enriquecimiento ilícito de un empleado público<sup>(339)</sup>, salvo que el caso se asimile a un lavado de activos. Es «el criterio central de la imputación penal, en el sentido de que el incremento patrimonial debe derivar del ejercicio

**3521.**  
Enriquecimiento como recompensa

**3522.**  
Relación modal

<sup>(336)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 543.

<sup>(337)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 544; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 325. La extensión excepcional de la relación temporal se identifica en otras legislaciones: artículo 268 (2) del Código Penal argentino («hasta dos años después de haber cesado en su desempeño»), artículo 412 del Código Penal colombiano («quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación») y artículo 351 del Código Penal panameño («hasta cinco años después de haber cesado en el cargo»).

<sup>(338)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 543; MONTROYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 69.

<sup>(339)</sup> Vid. OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 659.

efectivo de la función, siendo insuficiente para la tipicidad que ese mero resultado se alcance al tiempo del cargo»<sup>(340)</sup>

**Jurisprudencias:** «Cabe enfatizar, primero, que la ratio legis del aludido tipo penal en su construcción histórica siempre fue la misma, sea cuando con anterioridad se hizo referencia a las expresiones «por razón del cargo» o «durante el ejercicio de sus funciones» —hasta antes de la Ley 29758, de veintituna de julio de dos mil once—, o cuando, como ahora se indica, «abusando de su cargo»: prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo porten desde cualquier posición administrativa. Segundo, que lo relevante no es el título administrativo específico del agente oficial, sino que éste se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con la posición idónea dentro de la Administración para lograrlo (...) «El primer elemento es el abuso del cargo por el agente público, esto es, se trata de aquella situación en que éste hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración —Municipal, en este caso—, no al abuso de atribuciones o funciones» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qtTZ>.



3523.  
Competencia funcio-  
naria

Quando hablamos de una explotación del cargo o el abuso de sus atribuciones, nos trasladamos a la previa verificación de la **competencia funcional** (genérica o específica) del empleado público en atención a la función pública de la cual se aprovechara para conseguir los ingresos económicos ilícitos<sup>(341)</sup>. No es que se obtenga fondos delictivos de actos de función de los cuales no se es competente. No hay enriquecimiento del empleado público que recibe ingresos económicos ilícitos producto de un acto de función del cual carece de competencia; porque no cabe abuso si previamente no está resuelta la competencia. Por ejemplo, así se observa en el tráfico de influencia cuando el empleado público, en su posición de traficante, recibe la compensación para pretender convencer a un colega suyo sobre lo requerido por el particular interesado. Esa compensación lo recibe el traficante funcional, no por el ejercicio abuso de sus funciones, sino por la realización de una intermediación proscrita a todo ciudadano.

3524.  
Nexo abu-  
so-enrique-  
cimiento

A continuación, debe existir un **nexo causal** o una vinculación dinámica en el sentido del aprovechamiento de la función pública que es competente y el incremento patrimonial<sup>(342)</sup>; lo contrario, conlleva la atipicidad objetiva del caso. El punto de

<sup>(340)</sup> CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 194.

<sup>(341)</sup> Cfr. PABÓN PARRA, 1995, p. 357; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 201; HUGO ALVAREZ, 2007, p. 198.

<sup>(342)</sup> Así ídem: MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 368; PEÑA OSSA, 1995, p. 202; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 136; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 65; VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, pp. 51-52; ROJAS VARGAS,

encuentro son los ingresos económicos ilegales. En otras palabras, el delito funcional previo tiene que generar los ingresos económicos ilegales que serán objeto del incremento patrimonial.

**Jurisprudencias:** *«Desde el resultado típico, entonces, se requiere el incremento del patrimonio del agente oficial como consecuencia del abuso del cargo oficial que ostenta. Se sanciona, pues, el hecho de enriquecerse a costas del poder público»* (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qrTZ>.



*«El tipo penal para su configuración requiere del incremento patrimonial del funcionario y la falta de justificación del agente sobre su licitud. Se exige también que exista un vínculo entre el enriquecimiento con el cargo y el periodo funcional»* (Ejecutoria suprema del 21 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2160-2018 Lima, considerando 6). <https://bit.ly/3bVtiv3>.



*«Corresponde a la acusación acreditar no solo el resultado de enriquecimiento sino también la conexión, en términos de imputación objetiva, entre el agente público y el ejercicio del cargo. El incremento ha de ser consecuencia del ejercicio de sus funciones y debe producirse durante el tiempo en que ejerció funciones públicas»* (Ejecutoria suprema de 13 de marzo de 2013 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 622-2012, considerando 4). <https://bit.ly/3wtZFdV>.



*«Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posición funcional del funcionario público? 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»* (Acuerdo del Tema II del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 20 y 21 de junio de 2008). <https://bit.ly/3mVE2Qu>.



2020, p. 568; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 245; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 738; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 196; CÁCERES JULCA, 2014, pp. 93-49; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1052; REATEGUI LOZANO, 2018, p. 282; NAKASAKI SERVICÓN en Ius et Praxis n.º 33, 2002, p. 190; ENCO TIRADO, 2020, p. 184; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 323. Una versión amplia de dicho nexo causal es la establecida por ERICK GUIMARAY al señalar que «la relación funcional entre el ejercicio del cargo y el enriquecimiento ilícito no radica en el dominio que el funcionario tenga en virtud de sus funciones laborales. La atribución valorativa o normativa relacionada con el deber funcional en el delito de enriquecimiento ilícito tiene que ver con el contexto de idoneidad lesiva en el que se desenvuelva el funcionario público. Es decir, el ejercicio de la función pública, en muchas ocasiones, no solo otorga poder sobre bienes o caudales administrados, sino que, y esto es lo más común, otorga poder sobre una serie de relaciones de interés que sobrepasan la especificidad de las funciones administrativas y son cuestiones que tienen que ver con redes de interés, influencias, cuotas de poder en determinados asuntos, y toda situación que involucre de una u otra manera el uso del poder que otorga la función pública para obtener beneficios económicos, directos o indirectos» (en Alerta Anticorrupción n.º 9, 2012, p. 5).

3525.

Delito funcional como fuente generadora

Con lo antes señalado, resaltamos que la fuente generadora de los ingresos económicos ilegales es exclusivamente un **delito funcional** porque proviene del ejercicio abusivo del cargo funcional. Si el empleado público obtiene otros ingresos económicos ilegales, ya sea por otros delitos no funcionariales<sup>(343)</sup> o ilícitos civiles o administrativos<sup>(344)</sup> no incurre en un enriquecimiento ilícito. En otras palabras, otro origen, por más ilícito que sea, no califica al ingreso económico ilegal; puesto que su ilicitud debe ser como consecuencia del abuso funcional.

3526.

Abuso de funciones como fuente generadora

Ahora bien, cuando se hace mención al abuso funcional no es que la fuente generadora delictiva de los ingresos económicos sea exclusivamente el delito abuso de funciones (artículo 376, Código Penal)<sup>(345)</sup>. Ya indicamos en otros estudios que el rasgo arbitrario es la extralimitación o el propio aprovechamiento indebido de la función pública y que prácticamente es el componente común en la estructura dogmática de los delitos funcionariales, independientemente del resultado perjudicial que se derive de ella. Por eso, cuando se indica en el artículo 401 al abuso del cargo debe interpretarse en cuanto al ejercicio arbitrario o aprovechador de la función pública.

3527.

Fuentes generadoras delictivas

En ese marco, hay dos formas de delitos funcionariales previos que perfectamente pueden considerarse fuente generadora de ingresos económicos ilegales. Así, hablamos de **delitos funcionariales estrictos** por cuanto son tipificados como delitos especiales propios y se encuentran en el rubro de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por empleados públicos. Ejemplo: concusión (artículo 382, Código Penal), colusión defraudatoria (artículo 384, Código Penal), peculado (artículo 387, Código Penal), malversación (artículo 389, Código Penal) cohecho funcional propio (artículo 393, Código Penal) y negociación incompatible (artículo 399, Código Penal). Tenemos a los **delitos funcionariales amplios** que son tipificados como delitos especiales impropios por ser modalidades agravadas de delitos comunes en atención al aprovechamiento indebido del cargo. Estas se encuentran en otras familias delictivas. Ejemplo: secuestro agravado (artículo 152, Código Penal), trata de personas agravada (artículo 153-A.1, Código Penal), tráfico ilegal de monedas agravada (artículo 257-A.3, Código Penal), tráfico ilícito de drogas agravado (artículo 297.1, Código Penal) y tráfico ilegal de productos forestales agravado (artículo 310-C.3, Código Penal).

3528.

¿Enriquecimiento ilícito como fuente generadora?

Esto nos lleva a analizar si el enriquecimiento ilícito puede ser también un delito funcional previo: enriquecimiento por enriquecimiento. Es evidente que no. La razón estriba en que el primer enriquecimiento de por sí ya colma la vulneración delictual, por lo que volver a enriquecerse de fondos ya incorporados al dominio personal patrimonial ya no tiene sentido jurídico penal.

(343) Cf. MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 368; VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 52. En sentido contrario: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 251.

(344) Cf. GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 249; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 322. En sentido contrario: MONTÓYA VIVANCO, 2015, p. 121; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 62; ENCO TIRADO, 2020, p. 184.

(345) Vid. SALINAS SICCHA, 2016, p. 709.

Por otra parte, cabe aclarar el supuesto de la **doble remuneración** o el salario adicional no autorizado. Si esta excepcionalidad remunerativa no proviene de ninguna actuación arbitraria previa, pese a que simplemente sea imprudente o irregular, es evidente que no se configura el presente delito. Si, por ejemplo, alguien por error recibe ingresos económicos no autorizados, no incurre en un enriquecimiento ilícito. Pero si existe coordinación o ejercicio delictivo para conseguir el desvío económico, no cabe duda de la comisión del presente delito. El contexto de evidencia delictiva traza la suerte de la imputación típica de la doble remuneración y esta tiene que coincidir con un abuso funcional.

3529.

Doble remuneración

En principio, la subsidiariedad no ha de ser invocada en el análisis del modo de comisión del enriquecimiento. Esta no debe deslindar sobre cuáles son los medios para generar los ingresos económicos ilegales. Después, cualquier defecto de adecuación típica del delito funcional previo habilita la imputación de presente enriquecimiento ilícito siempre que este no forme parte del momento consumativo del primero. Entonces, este análisis es paralelo a la adecuación típica del modo de comisión del enriquecimiento que, de todas maneras, cabe realizarlo inclusive para saber si procede o no la subsidiariedad.

3530.

Fuente generadora y subsidiariedad

El **objeto material del delito** son los bienes o los activos que constituyen los ingresos económicos ilegales; mejor dicho, los fondos en los que recae el incremento patrimonial<sup>(346)</sup>. Son ellos los que materializan el enriquecimiento reprochable. En consecuencia, no es de interés típico la especie a la que pertenece el activo, pueden ser materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles<sup>(347)</sup>. Lo importante es que ostenten dos características típicas: *i*) que tengan apreciación o valoración económica de relevancia típica, como veremos luego, y *ii*) que tengan carácter ilícito.

3531.

Objeto material

Por lo pronto, aquellos bienes insignificantes, banales o de poca monta no podrían implicar un enriquecimiento delictivo (**riesgos insignificantes**), salvo que sean incorporados a las arcas patrimoniales del sujeto activo en forma progresiva o continuada, logrando un mayor valor económico que suponga el quebrantamiento de una situación económica neutral del empleado público. La idea es que el objeto material consiga el incremento o el desbalance patrimonial y únicamente se podrá ello lograr con bienes de valor económico considerable.

3532.

Bienes insignificantes

En cuanto a su **carácter ilícito**, es menester verificar que los bienes y los activos son los medios, los objetos o los efectos de un delito funcional previo (especial o común), en el que el empleado público, producto del aprovechamiento o el abuso funcional, logra la generación de los bienes y los activos, ya que provengan del

3533.

Origen delictivo de los bienes

<sup>(346)</sup> Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 394; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 667; ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 60; FABÓN PARRA, 1995, p. 356; LÓPEZ BETANCOURT II, 2015, p. 565; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reño Peschiera, 2002, p. 211.

<sup>(347)</sup> Cfr. OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 667.

patrimonio público o del privado. Por ejemplo, es el caso del soborno realizado que recibe el empleado público como medio empleado por el cohechador para el convencimiento corruptivo. Este constituye el objeto material que genera el incremento patrimonial. Como ya indicamos, el carácter ilícito se forma en el delito funcional previo y se conecta con el presente delito, concretando su incorporación a la esfera de dominio patrimonial del sujeto activo.

**Jurisprudencias:** *«El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de estar constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario —el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento—»* (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qtFZ>.



*«Lo indebido de la conducta o, mejor, lo prohibido de su accionar se concretiza en la instrumentalización del cargo para generar un desbalance importante entre sus ingresos lícitos y su patrimonio a nivel de gastos»* (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 16). <https://bit.ly/3wtry5Q>.



3534:  
Conducta  
típica

La **conducta típica** estriba en el incremento del patrimonio del empleado público vía los ingresos económicos ilegales obtenidos por el ejercicio abusivo de la función pública. El artículo 401 utiliza el verbo rector *«incrementar»* —como se aprecia también en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción— y se dirige al patrimonio personal del empleado público en atención a los bienes y fondos obtenidos previamente de fuente delictiva<sup>(348)</sup>. Cuando el legislador nacional recurre al acto de incrementar como núcleo del comportamiento del sujeto activo, nos da una noción general de un aumento, crecimiento, acrecentamiento o abundamiento de bienes y fondos no integrados inicialmente (o de serlo, reintegrados) en el ámbito patrimonial del sujeto activo<sup>(349)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«El verbo rector es el de 'enriquecerse' o 'incrementar' el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje significa hacer rica a una persona o prosperar notablemente. Como verbo reflexivo el 'enriquecerse' significa hacerse rico uno mismo. En tanto que el enriquecimiento es la acción y efecto*



<sup>(348)</sup> En la legislación comparada se recurre a similar verbo rector: artículo 412 del Código Penal colombiano (obtener incremento patrimonial), artículo 241 *bis* del Código Penal chileno (obtener incremento patrimonial), artículo 279 del Código Penal ecuatoriano (obtener incremento patrimonial), artículo 333 del Código Penal salvadoreño (obtener incremento patrimonial), artículo 448 de Código Penal nicaraguense (obtener incremento del patrimonio) y artículo 351 del Código Penal panameño (incrementar el patrimonio).

<sup>(349)</sup> Así: CANCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 29; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 121; PABÓN PARRA, 1995, p. 356; BRAMONT ARIAS, 1990, p. 79; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 65.

*de enriquecerse. En el contexto del tipo penal, objeto del presente proceso, el enriquecimiento vendría a ser la acción y el efectivo de enriquecer el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio —enriquecerse uno mismo—» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 8). <https://bit.ly/3wt9y5Q>.*

Pero, no es simplemente una adición patrimonial lo que implica la conducta típica. Se trata de un incremento patrimonial ilícito por la fuente delictiva que origina los activos a incorporar. Es normal que el patrimonio personal del empleado público aumente o disminuya conforme al desenvolvimiento económico, patrimonial y/o financiero dado dentro del marco de actuación normativamente permitido (incrementos estándar o tolerables); todo ello, permite indicar que el empleado público —en esas circunstancias— mantiene una **situación económica neutral**, estable o normativamente permitida. Ya indicamos que la superación de lo permitido o la formación de un riesgo no permitido de enriquecimiento lo logra el sujeto activo por los ingresos económicos ilegales generados por el abuso de sus propias funciones. En tal sentido, cuando hablamos del incremento patrimonial como conducta típica nos referimos a la incorporación de esos ingresos económicos de origen delictivo y no a otros. La conducta típica tiene que ser estructurada bajo dicho esquema.

**Jurisprudencia:** *«Tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio. Por ende, toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9Wlkp>.*



Ahora bien, el texto original del artículo 401 hacía mención al verbo rector «enriquecer», el mismo que era criticado por su amplitud e imprecisión configurativa, por ende, contraria a las exigencias de una *lex certa*<sup>(350)</sup>. Inclusive, se indicaba que no podría existir enriquecimiento en quien malgasta los ingresos económicos ilegales. Aquí es menester aclarar la distinción entre el incremento patrimonial y el enriquecimiento. En realidad, el segundo es el efecto o la consecuencia derivada del primero. Enriquecerse no es una conducta, sino el resultado del incremento patrimonial que si

**3535.**  
Incrementos permitidos y no permitidos

**3536.**  
Incremento patrimonial y enriquecimiento.

(350) *Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 123.*

lo es<sup>(351)</sup>; mejor dicho, un incremento patrimonial culmina en un enriquecimiento. El empleado público incrementa su patrimonio y llega a un enriquecimiento<sup>(352)</sup>; por lo que notamos conceptos indisolubles pero diferenciados en el tiempo. En ese parecer, es plausible que el legislador nacional haya procedido al reemplazo de los verbos rectores y con propiedad se opte por el incremento patrimonial en vez del enriquecimiento. Entonces, se es más concreto al tipificar al acto del incremento, para una mejor comprensión de cómo proviene el enriquecimiento. Lo contrario nos llevaría a la siguiente pregunta: ¿Cómo interpretar al enriquecimiento?

3537.  
Posición  
evolutiva  
del incre-  
mento  
patrimo-  
nial

Ahora bien, es importante encontrar la **posición evolutiva** del incremento patrimonial como conducta típica en un *iter criminis* amplificado de un tránsito económico. Cabe responder: **¿cuándo logramos el incremento patrimonial?** Como vemos, dicha conducta nos conduce al ingreso de los fondos delictivos a la esfera de dominio patrimonial (sus arcas económicas o su ámbito de disponibilidad patrimonial) del sujeto activo. Existen dos momentos a tener en consideración: *primero*, el acto del traslado e incorporación de los bienes y activos de origen delictivos; y *segundo*, el acto del ingreso de los bienes y activos antes dicho al ámbito de disponibilidad patrimonial<sup>(353)</sup>. Es en este segundo momento en que se encuentra la conducta típica. No es suficiente el traslado o la recepción de los fondos delictivos; para hablar del incremento patrimonial es menester, por lo menos, un **mínimo de accesibilidad o incorporación** de los mismos a la esfera de dominio patrimonial del sujeto activo. Con ello, el incremento patrimonial conforma un **enriquecimiento real y efectivo**, mas no presunto o sospechoso.

3538.  
Delito de  
estado:  
posesión  
de fondos  
delictivos

Hemos indicado que el incremento patrimonial trae consigo situaciones o estados de enriquecimiento. Esta conjunción dinámica se refleja en su proceso evolutivo y, por ende, hacen del presente un delito de estado o de permanencia por la posesión de los ingresos económico ilegales dados con el incremento. El enriquecimiento ilícito se presenta como un estado delictivo por la creación y el mantenimiento de una situación económica intolerable por la posesión o tenencia patrimonial de ingresos económicos ilícitos. Por ello, es considerado también un **delito de posesión**<sup>(354)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El delito de enriquecimiento ilícito es un delito de posesión; es decir, el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo — agente oficial — posee bienes obtenidos de fuente ilícita, por lo que no se está sancionando un acto puntual sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qrTZ>.



(351) Vid. SANCINETTI, 2000, p. 27; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 206; GALVEZ VILLEGAS, 2001, p. 123; CACERES JULCA, 2014, p. 94.

(352) Cf. FERREIRA DELGADO, 1995, p. 123.

(353) Vid. MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 65.

(354) MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 66.



Por otra parte, también debemos responder cuáles son los alcances típicos para configurar un incremento patrimonial. Así, cabe preguntarnos: **¿Qué se entiende por incremento patrimonial?** La conducta típica del incremento patrimonial está ligada al concepto de la incorporación o la inyección de los ingresos económicos ilegales y, con ello, modificar la situación patrimonial personal del empleado público. Entonces, el incremento patrimonial delictivo desorganiza la neutralidad de equilibrio patrimonial del sujeto activo y la convierte en una **situación económica inestable** o proscrita penalmente por cuanto genera positividad patrimonial irregular a favor del sujeto activo, esto es, la obtención de ventajas económicas producto del ejercicio abusivo de la función pública. La evolución económica regular del patrimonio del sujeto activo se convierte en un peligro jurídicamente desaprobado cuando se llega al desequilibrio o al desbalance patrimonial producto de la incorporación de los ingresos económicos delictivos.

Para ahondar más en los alcances del desequilibrio generador de la situación económica inestable penalmente importa conceptualizar a la conducta típica de una visión integral, esto es, en un esquema trazado en todos los aspectos que supongan esa situación económica del empleado pública, esto es, no solo lo económico, sino también lo financiero y lo contable. Para ello, debemos tener en cuenta de la esfera patrimonial personal del sujeto activo, dos componentes modificatorios de la situación económica: los **ingresos** (activos o ganancias) y los **egresos** (pasivos o gastos)<sup>(355)</sup>.

**3539.**  
Alcances del incremento patrimonial

**3540.**  
Desequilibrio por ingresos y egresos

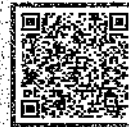
(355) *Vid.* MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 369; PEÑA OSSA, 1995, p. 2000; OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 655; VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 54; NUÑEZ, 2008, p. 469; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 366; CREUS, 1981, p. 420; DONNA, 2002, p. 398; LAJE ANAYA III, 1981, p. 161; RIMONDI, 2005, pp. 292-293; TAZZA III, 2018, p. 302; CONTI en Riquert III, 2018, p. 2070; MARÍN, 2008, p. 823; INCHAUSTI, 2001, p. 53; MAZZON en Arce Aggeó/Báez 3, 2013, p. 1294; DAYENOFF, 1998, p. 694; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 458; CARTOLANO en Pérez Álvarez, 2016, p. 474; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 249; MALDONADO en Levene, 1978, p. 567; BASILICO/VILLADA, 2019, p. 929; ROJAS PICHLER en Revista Penal México n.º 7, 2014-2015, p. 224; MEINI MÉNDEZ, 2007, pp. 99-100; PRADO SALDARRIAGA, 2017, p. 128; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 544; ROJAS VARGAS, 2020, p. 577; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 239; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 65; SALINAS SICCHA, 2016, pp. 713-714; HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 199; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 742; CÁCERES JULCA, 2014, p. 97; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 465; ENCO TIRADO, 2020, p. 188; CHANJAN DOCUMENT/TORRES PACHAS/GONZALES CIEZA, 2020, p. 62; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, pp. 316-317; LEÓN TOMASTO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 92, 2017, p. 169; CASTILLO MÉNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 75, 2015, p. 179; IZARNÓTEGUI PINASCO en Diálogo con la Jurisprudencia n.º 124, 2009, p. 240. En algunas legislaciones penales se describe la disminución de egresos como expresión de incremento patrimonial: artículo 268 (2) del Código Penal argentino («Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban»), artículo 279 del Código Penal ecuatoriano («Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no sólo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas

Ambos componentes, integrantes del patrimonio personal, pueden perfectamente modificar la situación económica y convertirla en inestable penalmente al incorporarle ventajas pecuniarias delictivas. «Se produce una mejora en el balance patrimonial, constituida por la confrontación o contrasta entre el activo y el pasivo o entre los derechos y obligaciones de carácter patrimonial, lo cual obviamente implica la obtención de una ventaja y un cambio en el estado patrimonial del sujeto»<sup>(356)</sup>.

**Jurisprudencias:** *«El verbo rector incrementar ilícitamente su patrimonio es la constatación de un enriquecimiento real del funcionario y la falta de justificación sobre el origen lícito de dicho requerimiento. Al respecto, para la doctrina nacional mayoritaria, estos elementos se relacionan con el incremento real del patrimonio económico del sujeto activo —el que puede estar constituido por el conjunto de bienes y derechos estimados en dinero, muebles e inmuebles, derechos, e incluso gastos excesivos— que este no puede explicar, es decir, que tenga como fuente generadora actividades no ajustadas a derecho que no puede justificar con sus ingresos y que dicho incremento patrimonial puede consistir tanto en un aumento del activo como también en una disminución del pasivo —cargas, gravámenes o deudas que soporta el patrimonio—»* (Sentencia del 16 de abril de 2013 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 343-2012 Lima, considerando 8). <https://bit.ly/3F1draM>



*«El enriquecimiento ilícito es básicamente todo incremento patrimonial del funcionario o servidor público. Este incremento puede estar sujeto al aumento de sus activos, es decir, bienes y derechos apreciables en dinero o susceptibles de valorar económicamente o también la disminución de sus pasivos, esto es, cargas, gravámenes o deudas que sostiene el patrimonio del sujeto. Pero no solo este tipo de actos son considerados como actos propios del enriquecimiento ilícito, pues también se considerará así a los gastos económicos personales que realice el sujeto, lo que implica evidentemente el aumento de sus activos»* (Ejecutoria suprema del 31 de agosto de 2015 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1194-2014 Lima, considerando 11). <https://bit.ly/3knN1IC>



**3541.**  
Incremento patrimonial

Por consiguiente, definimos que hay **incremento o intensificación patrimonial** delictiva cuando se incorporan o aumentan activos por fondos ilegales o se disminuyen pasivos (regulares o no) por activos ilegales. La consecuencia es el **enriquecimiento** entendido en la producción de un desequilibrio o desbalance patrimonial por positividad patrimonial irregular que trae como consecuencia una

*o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones»*, artículo 45 de la Ley costarricense n.º 8422 (*«cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas»*); artículo 351 del Código Penal panameño (*«se entenderá que hay enriquecimiento injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban»*) y artículo 150.1 del Código Penal cubano (*«realiza gastos»*).

<sup>(356)</sup> GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 240.

situación económica penalmente inestable. Esto nos lleva a evaluar tres posibilidades configurativas de la conducta típica: incremento patrimonial activo, incremento patrimonial pasivo común y un incremento patrimonial pasivo extraordinario.

Un **incremento patrimonial activo** (básico o positivo) consiste en el desequilibrio patrimonial como producto del ingreso de fondos de procedencia delictiva que generan el aumento de la masa patrimonial sin afectar o comprometer los pasivos o los egresos regulares. Ejemplo: remuneraciones, ahorros, loterías, adquisiciones, donaciones, herencia, etc. Es una situación económica inestable dado por los ingresos económicos ilegales. Hay una clara y manifiesta positividad patrimonial porque los activos ingresan a la esfera de disponibilidad patrimonial, sin que sean destinados a suplir cargas o deudas.

3542.  
Incremento patrimonial activo

Un **incremento patrimonial pasivo** (negativo) reside en el mantenimiento del equilibrio patrimonial como producto de la cobertura o la compensación de los pasivos o egresos regulares (deudas y obligaciones) a través de los fondos de procedencia delictiva. Ejemplo: pago por estudios, adquisición de vehículo o casa, pago de impuestos, etc. Aquí no es que no exista un desequilibrio manifiesto, si lo hay, pero encubierto con el mantenimiento del equilibrio patrimonial, puesto que se recurre a fondos ilegales para conseguirlo. En realidad, los ingresos ilegales se esconden o consumen con los mismos egresos habituales o permitidos, lo que los convierte en egresos ilegales. Es una situación económica inestable porque no se permite el crecimiento de los pasivos regulares a través de los ingresos económicos ilegales. Evidentemente, no hay aumento de la masa patrimonial, pero tampoco hay disminución y esto se debe a la afectación de los pasivos regulares mediante activos delictivos. Se podría considerar un enriquecimiento ilícito por evitación de la disminución de la masa patrimonial<sup>(357)</sup>.

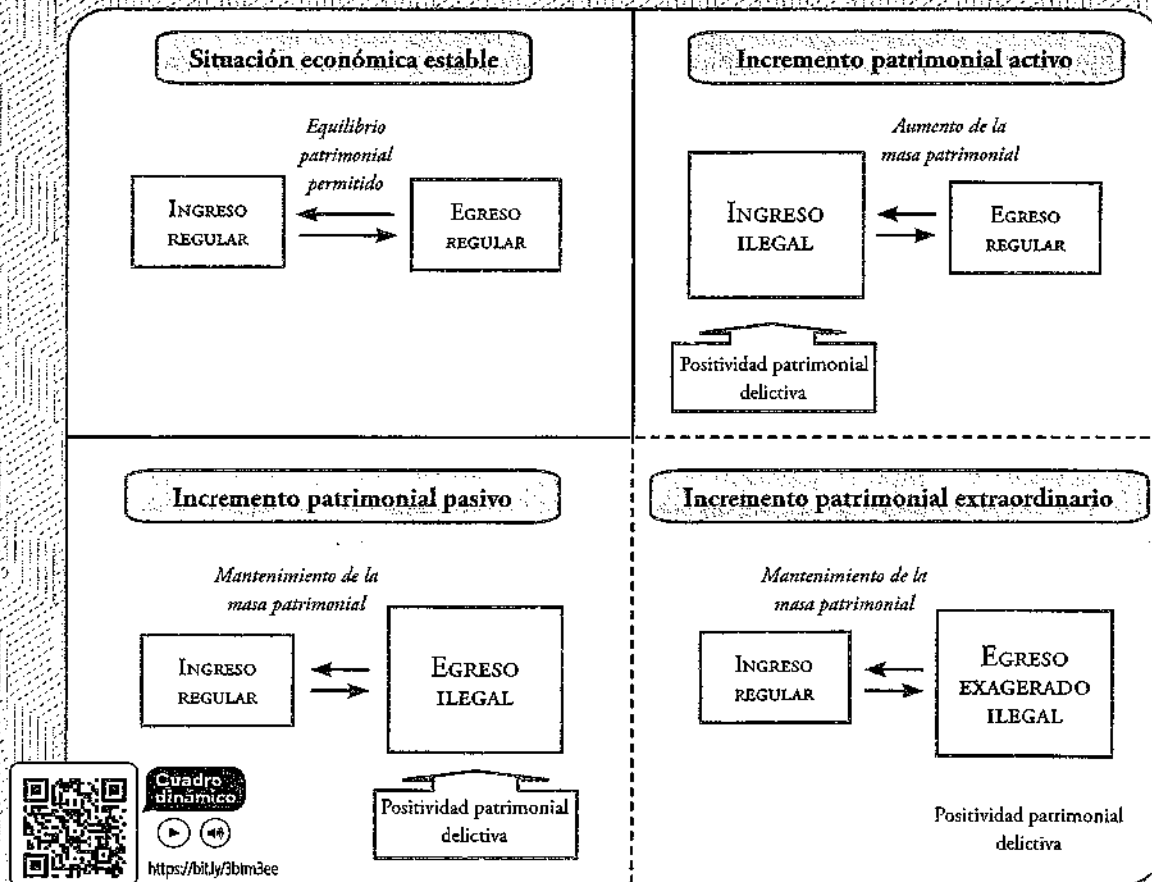
3543.  
Incremento patrimonial pasivo

Cabe anotar que los gastos o los egresos regulares deben ser cubiertos por ingresos ilegales. Si solo se verifican gastos o egresos regulares, no habrá un enriquecimiento, sino un empobrecimiento que no configura el presente delito. Una disminución del pasivo sin un reporte de un incremento del activo es atípico<sup>(358)</sup>, puesto que el injusto no radica en el gasto, sino en solventarlo con fondos delictivos<sup>(359)</sup>.

(357) Vid. ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 61; OSORIO CHACÓN en CASTILLO CUENCA II, 2011, p. 655; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 65.

(358) Cfr. MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 369; CASCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 32.

(359) Vid. HUGO ALVAREZ, 2007, p. 199.



3544.  
Incremento patrimonial pasivo extraordinario

Un **incremento patrimonial extraordinario** no significa un aumento de la masa patrimonial, menos su disminución. Son actividades económicas paralelas exageradas e innecesarias. Los ingresos económicos ilegales asumirán los gastos o egresos excepcionales, mas no los regulares. Es un esquema de asunción deliberada de egresos que escapan a lo habitual, algo así como derroche o despilfarro o gastos exagerados<sup>(360)</sup>, sin que ello le genere una solvencia o estabilidad patrimonial. Ejemplo: viajes de placer, adquisición de joyas, pago por fiestas, etc.

3545.  
Idoneidad del incremento

Por último, importa ahora saber la **idoneidad típica exigible** en el incremento patrimonial para calzar como un enriquecimiento ilícito. Esto nos lleva a preguntarnos ¿De qué tipo de incremento patrimonial estamos hablando para ser considerado delictivo? El problema de la imputación típica radica ahora en establecer la apreciability o la notoriedad típicamente significativa o considerable para configurar la conducta típica (**incremento patrimonial significativo**). Por lo pronto, no cualquier cuantificación económica debe ser suficiente para la tipicidad del caso.

(360) Vid. PEÑA OSSA, 1995, p. 200; CASCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 32; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 65; ROJAS PICHLER en Revista Penal México n.º 7, 2014-2015, p. 224; PORTO-CARRERO HIDALGO, 1997, p. 243.

Es cierto que el artículo 401 no acompaña al verbo rector algún adjetivo que permitan delimitar los casos de incremento patrimonial que ostenten relevancia penal, salvo que se quiera trasladar la mención de la característica «notoriamente superior» que se hace al describir un indicio tasado del aumento patrimonial. Esto sí sucede en el artículo 268 (2) del Código Penal argentino («apreciable»)<sup>(361)</sup>, o en la legislación internacional, con el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción («con significativo exceso») y el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción («el incremento significativo del patrimonio»). Empero, la ausencia de un acompañante que precise a la conducta típica no es impedimento para que, vía interpretación de los elementos típicos en atención al bien jurídico protegido, exijamos que solo se imputen típicamente incrementos significativos, apreciables o considerablemente relevantes.

**Jurisprudencias:** «Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquel representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento patrimonial tiene siempre que ser 'apreciable' (Artículo 268° del Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401° del Código de 1991, establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito 'cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita'. Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41° de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito, pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9Wllkp>.

«El incremento en el patrimonio —que los tratados internacionales proponen debe ser 'significativo': artículo IX de la Convención Interamericana contra la corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción— o en los gastos del sujeto activo y que no guarda proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita —lo que abarca todos los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos—» (Sentencia del 21 de marzo de 2019 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 277-2018 Ventanilla, considerando 2). <https://bit.ly/3C1qtTZ>.

(361) En otras legislaciones: artículo 241 bis del Código Penal chileno («incremento patrimonial relevante»), artículo 448 de Código Penal nicaraguense («incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos») y artículo 150.1 del Código Penal cubano («en cuantía no proporcional a sus ingresos legales»).

3546.  
Incremento significativo o considerable

En general, se ha dicho que esta debe ser exagerada, desmesurada o desproporcional (aspecto patrimonial)<sup>(362)</sup>, como también se ha sostenido que no interesa saber la cuantía, siendo suficiente la incorporación de los fondos ilegales relevante (aspecto normativo)<sup>(363)</sup>. Aun así, uniendo ambas apreciaciones, a decir de FIDEL ROJAS VARGAS —que lo describe en una tesis mixta (patrimonial-normativa)— se parte de situaciones de desbalance, pero de relevancia penal en tanto el resultado debe ser significativo<sup>(364)</sup>.

**Jurisprudencia que no exige significancia en el incremento:** «No se requiere para imputar objetivamente el resultado al autor, que este se haya enriquecido y que implique acrecentar de manera considerable el patrimonio. Solo basta que el funcionario público haya incrementado su patrimonio. Y el incremento patrimonial, conforme a las máximas de la experiencia y al uso común de lenguaje no se equipara al enriquecimiento. Solo implica un aumento de los egresos sin guardar equilibrio con los ingresos —lícitos—, aun cuando en los dos instrumentos internacionales contra la corrupción se alude a que el deber de los Estados Parte es sancionar penalmente el enriquecimiento significativo. Pero este es un mínimo normativo que deben respetar los Estados. Será cada Estado soberano para decidir si, conforme a su política criminal, tipifica el simple incremento patrimonial» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 16). <https://bit.ly/3wtry5Q>.



Consideramos que hay incremento patrimonial delictivo idóneo cuando el ingreso económico ilegal percibido es de tal magnitud que refleja una variación objetivamente superior y reprochable penalmente que logra la situación económica inestable por la positividad patrimonial penalmente favorable al empleado público. No cualquier tipo de adición de valor patrimonial se relaciona a un incremento. Tiene que ser considerable o de evidente mejora sustancial patrimonial: hay un aumento significativo del activo o una disminución considerable del pasivo<sup>(365)</sup>.

3547.  
Incrementos máximos y mínimos

Esto no supone que todos los casos de enriquecimiento ilícito sean extremos, esto es, se deban a incrementos insignificantes o mínimos, o exagerados u ostentosos. Sobre esto último, es claro que aquellos pequeños ingresos o inocuos, por más ilegales que sean, no podrían dar cabida a la configuración del presente tipo penal (*u. gr.*, obsequios banales, propinas monetarias)<sup>(366)</sup> al tratarse de riesgo insignifican-

(362) Así: GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 395; MURCIA RAMOS, 2012, p. 115; SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 64.

(363) Así: FERREIRA DELGADO, 1995, p. 123.

(364) ROJAS VARGAS, 2007, p. 845.

(365) *Cfr.* CABALLERO en DONNA III, 2010, p. 146; DONNA, 2002, p. 398; TAZZA III, 2018, p. 302.

(366) *Vid.* PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, 2019, p. 658; CANCEINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 30; VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 57; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 546; CARO CORIA en SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, 2002, p. 209; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 240; PAREDES CHAVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 318.

tes. Para resolver la cuestión de la determinación de la significancia del incremento patrimonial se ha sostenido *de lege ferenda* que el artículo 401 establezca los criterios cuantificadores mínimos o máximos, ya sea incorporando modalidades atenuante o agravante, u organizando la cuantificación conforme a un esquema de penas<sup>(367)</sup>.

Para la evaluación típica de la significancia del incremento patrimonial se toma como punto de referencia los ingresos económicos regulares del empleado público y se realiza el examen de la significancia en atención a los ingresos económicos ilegales que generaron la situación económica penalmente inestable. Así también se describe en el artículo 401 con la expresión «*incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos*» y se identifica en las fórmulas internacionales como el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción («*respecto de sus ingresos legítimos*») y el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción («*respecto de sus ingresos legítimos*»). Se refiere a un incremento comparativo en cuanto a los ingresos económicos ilegales frente a los legales. Dicha noción se complementa con la descripción de la significancia del aumento del patrimonio que acredita el indicio tasado de lo previsto en la declaración jurada de bienes y rentas. En ella se indica de un aumento «*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 ilícita*». Si bien es un indicio tasado para acreditar el incremento patrimonial, nos permite contar con criterios objetivos de apreciación considerable de la entidad que debe conllevar la conducta típica<sup>(368)</sup>. Entonces, la determinación de un incremento significativo tiene como referente el aspecto regular adquisitivo del empleado público.

En principio, no resulta necesario realizar dicho análisis si es identificable el ingreso económico ilegal que configura el incremento apreciable o significativo. Sin embargo, esta posibilidad probatoria no siempre es dable en la casística, más aun si el sujeto activo funcional encubre sus ingresos delictivos. Es en dicha situación que cobra importancia la evaluación de un incremento significativo y se recurre a métodos o análisis para el hallazgo del desequilibrio patrimonial. Por lo pronto, se han desarrollado los **métodos comparativos** o de análisis de proporcionalidad.

**Jurisprudencia:** «*En cuanto a la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, el material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia*»



<sup>(367)</sup> Así: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 546; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 210; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 318. Entre las legislaciones penales que recurren a la graduación punitiva conforme a la cuantía del incremento patrimonial: artículo 279 del Código Penal ecuatoriano y el artículo 351 del Código Penal panameño.

<sup>(368)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 546-547; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 209; CÁCERES JULCA, 2014, p. 95; SALINAS SICCHA, 2016, p. 714; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 465.

**3548.**  
Punto de  
referencia:  
ingresos  
regulares

**3549.**  
Métodos  
para  
establecer  
la signi-  
ficancia  
del incre-  
mento.

*situaciones de asimetría, desproporción o de notable contraste entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo en relación con los detentados antes su ingreso, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor» (Ejecutoria suprema del 21 de agosto de 2019 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 2160-2018 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3bVtiv3>.*

Cabe aclarar que la significancia patrimonial no se encuentra en el perjuicio que sufre la entidad pública, sino en el diferenciado económico con motivo a la inyección de activos o disminución de pasivos. La labor pericial no reside en identificar y cuantificar al perjuicio o el daño, sino en descubrir el excedente real o posible luego de la contrastación de la información patrimonial del sujeto activo.

**Jurisprudencia:** *«Si bien la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al declarar nula la sentencia ordenó, entre otras cosas, se realice en el nuevo juicio oral la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada, también lo es que para el esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesario la pericia contable respecto del patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento (...). El perjuicio económico concreto a la agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado» (Ejecutoria suprema del 28 de mayo de 2009, R. N. n.º 4923-2007 Arequipa). <https://bit.ly/3kourjp>.*



**3550.**  
Método  
compara-  
tivo

**El método comparativo** opera en la contrastación informativa de la situación patrimonial del empleado público en cuanto a un antes y un después en el ejercicio funcional que identifique la diferencia económica cuestionable<sup>(369)</sup>. Es un análisis de trazabilidad de información patrimonial del empleado público en tiempos distintos; por lo pronto, antes del ingreso al cargo funcional (información base) y después del cese al cargo funcional o, por lo menos, luego de realizado el abuso funcional y/o concretado el incremento patrimonial.

Este método es asumido por NESTOR J. CONTI al indicar que «deberá compararse objetivamente el patrimonio del empleado o funcionario al momento de ingresar a la función pública, en relación con el patrimonio que detente en momentos de ser investigado (en tanto que sea dentro de su ejercicio funcional...). Así, si la diferencia es manifiestamente excesiva teniendo en cuenta sus ingresos y el lapso

<sup>(369)</sup> Siguen dicho método: MARÍN, 2008, p. 823; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 397; FERREIRA DELGADO, 1995, p. 122; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 135; PABÓN PARRA, 1995, p. 356; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 445; GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 240; MONTÓYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 66.



temporal por el que los percibió, el enriquecimiento será objetivamente apreciable»<sup>(370)</sup>. Asimismo, también lo informa MARCO ANTONIO TERRAGNI cuando sostiene que «el carácter ponderable, ha de encontrarse comparando el estado del patrimonio del agente antes de asumir el cargo público con su situación económica actual, para determinar si es posible que haya evolucionado de esa manera conforme a las capacidades crematísticas de la persona, teniendo en cuenta sus emolumentos oficiales»<sup>(371)</sup>.

**Jurisprudencia:** *«Debe existir un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público, es decir que el contraste sea excesivo o, también se puede decir, «notoriamente superior»* (Ejecutoria suprema del 15 de abril de 2009 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 589-2008-Lima, considerando 4). <https://bit.ly/3o7qlxc>.



El método analítico de proporcionalidad considerable nos lleva a indagar si el ingreso económico ilegal generó una desproporcionalidad en contrastación paralelo a los ingresos económicos legales del empleado público<sup>(372)</sup>. Se sostiene que la proporcionalidad estriba en el ingreso irregular sobre la capacidad económica regular del empleado público, todo ello frente al volumen de la masa patrimonial en torno a las entradas y los bienes que ostente el funcionario<sup>(373)</sup>. En realidad, es también un análisis comparativo, pero sigue un método de trazabilidad paralelo o coetáneo en el período presunto del enriquecimiento ilícito. Se estudia la evolución patrimonial del empleado público, no limitándose a dos períodos, sino averiguando el desequilibrio patrimonial en un período que es el que se presume se realizó el delito (el abuso y el incremento).

Para JUSTO LAJE ANAYA la desproporcionalidad se entiende por no haber «correspondencia entre lo que se tenía, lo que se tiene y lo que el sujeto razonablemente no pudo tener, pero, a pesar de esto, tiene»<sup>(374)</sup>. Asimismo, CARLOS CREUS indica que el incremento «es considerable con relación a la situación económica de agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo del desempeño de la función»<sup>(375)</sup>.

3551.  
Método de  
análisis de  
proporcio-  
nalidad

(370) CONTI en Riquert III, 2018, p. 2071.

(371) TERRAGNI III, II, 2012, p. 542.

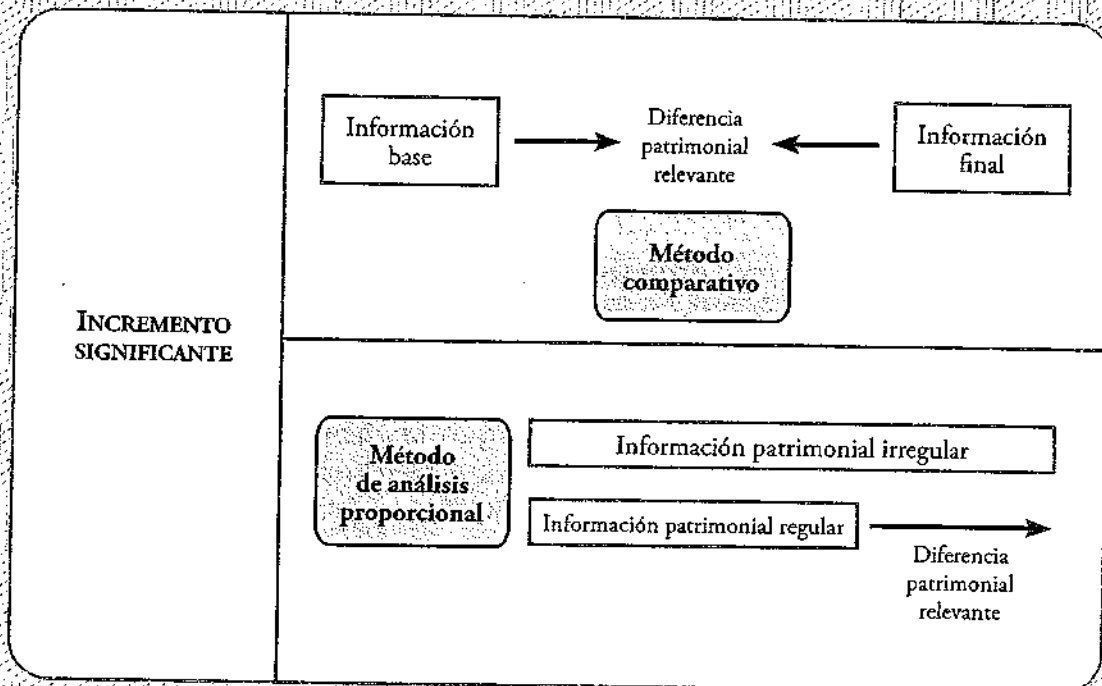
(372) Así también: FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 366; DONNA, 2002, p. 399; TAZZA III, 2018, p. 303; BREGLIA ARIAS/GAUNA 2, 2003, p. 696; INCHAUSTI, 2001, p. 53; MICKELSON-LOTH, 2001, p. 52; DAYENOFF, 1998, p. 694; GONZÁLEZ en Balcarce II, 2014, p. 250; GODOY LEMOS en Estrella/Godoy Lemos 3, 2000, p. 458; MAZZON en Arce Aggeo/Baez 3, 2013, p. 1295; CARTOLANO en Pérez Álvarez, 2016, p. 475; PARMA/MANGIAFICO/ALVAREZ/DOYLE, 2019, p. 658; NOLASCO VALENZUELA/AYALA MIRANDA, 2013, p. 683; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 824.

(373) Vid. MALDONADO en Levene, 1978, p. 567; FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 366.

(374) LAJE ANAYA III, 1981, p. 161.

(375) CREUS, 1981, p. 420.

Por su parte, JOSÉ SEVERO CABALLERO señala que «el aumento patrimonial apreciable se debe medir teniendo en cuenta —al momento de la asunción del cargo público— la capacidad o la solvencia económica del funcionario, comparado con las posibilidades reales de crecimiento económico posterior a esa asunción del cargo, es decir, el aumento patrimonial debe ser razonable y directamente proporcional a las posibilidades de crecimiento económico que el cargo implique»<sup>(376)</sup>.



3552.  
Delito de  
omisión  
propia.

El incremento patrimonial no siempre es imputado en la forma comisiva de la conducta. No se tiene que delimitar comportamientos de obtención e incorporación propia del empleado público a su patrimonio personal, ya sea aumentando activos o disminuyendo pasivos. Este puede provenir de un tercero (sea intermediario irresponsable o partícipe). Ante ello, el proceder del empleado público es netamente pasivo u omisivo en cuanto no ejerce oposición al incremento patrimonial, menos lo facilita; simplemente su inactividad es más que suficiente para lograr configurar el enriquecimiento ilícito. Dicha inactividad es dolosa, ya que el sujeto activo conoce perfectamente que ingresa a su patrimonio fondos delictivos y, ante ello, se le reclama asumir una posición de garantía de mantener la transparencia de una situación económica neutral a través del rechazo o la devolución de los ingresos económicos ilegales (**omisión impropia**)<sup>(377)</sup>.

(376) CABALLERO en Donna III, 2010, p. 146.

(377) Así también: SABOGAL QUINTERO, 2014, p. 61; LÓPEZ BETANCOURT II, 2015, p. 564; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 230; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 65.

En relación con las **retenciones temporales** de los ingresos económicos no podríamos considerarlo como un supuesto de enriquecimiento ilícito si estos no responden a un delito funcional, previo y es, mas bien, producto de actuaciones imprudentes o erradas. La situación podría cambiar si la retención se convierte en **apoderamiento** o determinación a la no devolución de los fondos. Para que se configure un enriquecimiento ilícito se necesita de un delito funcional previo, el cual sería el incumplimiento de funciones (artículo 377, Código Penal). El empleado público desobedece el requerimiento devolutivo y convierte los fondos retenidos en ilegales, incurriendo a la vez, en un enriquecimiento ilícito.

**3553.**  
Retenciones temporales

El incremento patrimonial puede ser ejercido por el propio empleado público, puesto que no solo quebranta sus deberes de objetividad y transparencia, sino que procede a título personal con la incorporación de los ingresos económicos ilegales para aumentar sus activos o disminuir sus pasivos. En este caso, el enriquecimiento ilícito se configura en un **delito de propia mano** y de factibilidad probatoria, ya que el mismo sujeto activo manifiesta o abiertamente asume la labor del abuso funcional y el incremento patrimonial. Estamos ante un **enriquecimiento ilícito directo** o inmediato.

**3554.**  
Enriquecimiento ilícito directo: delito de propia mano

En estos supuestos podemos encontrar casos en los que formalmente el propio empleado público encomienda la responsabilidad de la incorporación de los fondos delictivos a un tercero vinculado. Este realizará la labor de depositar los ingresos económicos ilegales a las arcas del propio sujeto activo sin ningún tipo de ocultamiento o disimulo.

Ahora bien, nada impide que el empleado público opte por ocultar su enriquecimiento y recurra a un tercero ajeno para ejercer el acto del incremento, limitándose solamente al ejercicio del abuso funcional y conseguir los ingresos económicos ilegales. Es un **enriquecimiento ilícito indirecto** o mediato<sup>(378)</sup>. Si bien el artículo 401 no lo detalla, tampoco evita su configuración típica si recurrimos a las reglas de la participación<sup>(379)</sup>.

**3555.**  
Enriquecimiento ilícito indirecto

El **tercero** aparece como una persona interpuesta, intermediario o testafierro que realiza el acto de incorporación de los fondos delictivos a la esfera patrimonial personal del empleado público (ya sea aumentando los activos o disminuyen los pasivos) y, a la vez, contribuye en disimular el enriquecimiento<sup>(380)</sup>. Por lo pronto,

**3556.**  
Tercero o testafierro

<sup>(378)</sup> Se identifica la descripción de un enriquecimiento ilícito indirecto en otras legislaciones: artículo 268 (2) del Código Penal argentino («*persona interpuesta para disimularlo*»), artículo 279 de Código Penal ecuatoriano («*mediante persona interpuesta*»), artículo 45 de la Ley costarricense n.º 8422 («*por interpuesta persona física o jurídica*»), artículo 351 del Código Penal panameño («*por interpuesta persona*») y artículo 150.1 del Código Penal cubano («*por persona intermedia*»).

<sup>(379)</sup> Vid. ZARAZO OVIEDO, 1996, p. 65.

<sup>(380)</sup> Cfr. CREUS, 1981, p. 421; DONNA, 2002, p. 403; TAZZA III, 2018, p. 304; LAJE ANAYA III, 1981, p. 161; CONTI en Riquert III, 2018, p. 2074; PEÑA OSSA, 1995, p. 204; PARRA GUTIÉRREZ, 1998, p. 166; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 97; MEZA FERNÁNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 88, 2016, p. 68.

dicho tercero (presta nombre) se estima alejado o posiblemente desvinculado con el empleado público para fortalecer la apariencia o el disimulo de una situación económica neutral.

No cabe confundir al tercero intermediario con el destinatario final del beneficio, pero nada evita que ambas condiciones concurren en una misma persona.

**Jurisprudencia:** *«Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que, si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación»* (Sentencia del 6 de julio de 2016 de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 782-2015 Del Santa, considerandos 8-9). <https://bit.ly/31zGW1B>.



3557.  
Actuación  
simulada

La actuación del tercero puede consistir en la incorporación de los fondos delictivos al patrimonio del empleado público o a su propia esfera de dominio patrimonial. En ambos casos, lo debe ejercer bajo apariencias, como si fuera el verdadero titular, cuando únicamente tiene el encargo de administrarlos y disponerlos al sujeto activo.

3558.  
Responsabilidad del  
tercero

Su intervención en el delito dependerá de sus conocimientos mínimos sobre el origen delictivo de los ingresos económicos, pudiendo ser un intermediario irresponsable o un partícipe (cómplice necesario)<sup>(381)</sup>.

En cuanto a su intervención como partícipe, si bien el sentido de la intervención del tercero en el enriquecimiento es el disuasorio, no quiere decir que se trate de una intervención *ex post* a la configuración del presente delito. Este tercero ejecuta el incremento y, a la vez, aparenta la neutralidad de un acto regular, pues esconde el origen delictivo del mismo. Su intervención se da durante la ejecución del enriquecimiento ilícito y no posterior o en un acto de lavado de activos como consecuencia del incremento patrimonial. Otra situación sería si el tercero interviene solo para ejercer el ocultamiento de los ingresos económicos ilegales ya percibidos por el sujeto activo. En esas circunstancias, el acto de transferencia de los fondos delictivos al tercero es dado en una etapa de agotamiento del enriquecimiento ilícito y será considerado un

(381) Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 869; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 739; MEINI MÉNDEZ, 2007, p. 97; ENCO TIRADO, 2020, p. 189; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 331; MEZA FERNÁNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 88, 2016, p. 67; PAZ PANDURO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 102, 2017, p. 123.

encubrimiento real (artículo 405, Código Penal) <sup>(382)</sup>, mas no un lavado de activos (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106) <sup>(383)</sup>.

Con relación al **destinatario final del beneficio** que conlleva el enriquecimiento o, en otras palabras, el receptor de las ventajas pecuniarias que signifiquen los ingresos económicos ilegales, se entiende que debe serlo el propio empleado público por el abuso de sus atribuciones funcionariales. Es un **enriquecimiento ilícito personalísimo** porque los fondos delictivos ingresan a sus propias arcas patrimoniales o la de sus empresas personales. Es un manifiesto enriquecimiento sin recurrir a intermediarios ocultos.

Ahora bien, el artículo 401 no precisa si terceras personas pueden calificar como beneficiarios de los fondos delictivos <sup>(384)</sup>. En principio, esto impide considerar a cualquier persona que no tenga relación alguna con el empleado público, aun si los menciona o los identifica como beneficiados. Entonces, la inquietud se traslada a los **terceros vinculados** al empleado público, sean personas naturales o jurídicas. Por ejemplo, surge la interrogante si un familiar, una pareja sentimental o un compañero laboral o amistad cercana puede ser el destinatario final del incremento patrimonial y, con ello, configurar el tipo penal. Si lo que se protege penalmente son los principios administrativos de la objetividad y la transparencia, nada impide la posibilidad que intervenga en el beneficio patrimonial un tercero <sup>(385)</sup>. Después de todo, es importante que *de lege ferenda* se reafirme la posibilidad configurativa del presente delito ante terceros beneficiados.

En principio, esto es factible porque el incremento patrimonial permite un beneficio indirecto o una ventaja lucrativa que significativamente puede influir en la situación económica del propio empleado público. Ejemplo: la percepción de los fondos delictivos por una empresa familiar en la que el empleado público es un socio encubierto. Entonces, no basta ser un **tercero vinculado** al empleado público, sino que el ingreso económico ilegal tiene que siquiera ser compartido a efectos de influir en el desequilibrio patrimonial penalmente relevante <sup>(386)</sup>. Con ello, el análisis del desequilibrio patrimonial se extiende a la situación económica del favorecido.

En tal situación, el tercero vinculado que recibe el incremento patrimonial como destinatario beneficiado es imputado a título de cómplice necesario del pre-

3559.

Destinatario final del enriquecimiento

3560.

Cuando el destinatario final es un tercero vinculado

<sup>(382)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 558; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 248; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 280; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 331.

<sup>(383)</sup> Así lo consideran: SALINAS SICCHA, 2016, p. 719; VINELLI VERAU/LOLI AUSEJO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 102, 2017, pp. 132-133; SOTOMAYOR HERRERA en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 120, 2019, p. 190.

<sup>(384)</sup> Lo que sí se advierte en el artículo 412 del Código Penal colombiano («para sí o para otros»).

<sup>(385)</sup> Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, 2008, p. 60.

<sup>(386)</sup> Vid. CASCINO/TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986, p. 38.

sente delito<sup>(387)</sup>. Y mientras sea una persona jurídica, la responsabilidad se traslada al representante o gerente que viabilizó la incorporación patrimonial.

**3561.**  
Cuándo el  
destinatario  
es otro  
empleado  
público

Si el tercero beneficiado vinculado es otro **empleado público**, mantendrá su condición de participe en tanto que no haya intervenido en el abuso funcional o la explotación económica de la función pública no sea una que comparta en responsabilidad con el sujeto activo. La infracción de un deber compartido generadora de ingresos económicos ilegales da cabida a la coautoría común en tanto que el resultado lucrativo se concretice en un arca comunitaria; pero si el resultado compartido beneficia por separado a los infractores funcionariales se da cabida a la coautoría accesoria<sup>(388)</sup>.

**3562.**  
Intercambio de  
posiciones  
entre el  
empleado  
público y  
el tercero

Si con posterioridad el tercero asume el cargo funcional dejado por el empleado público, no obstante persiste en intermediación con la incorporación de los nuevos ingresos económicos ilegales generados, no se le puede atribuir la autoría de un enriquecimiento ilícito al empleado público cesado porque su incremento patrimonial no obedece a un abuso funcional que haya ejercido. En todo caso, si el beneficio patrimonial es compartido con el tercero, persistirá la imputación del presente delito para el empleado público cesado, pero ahora como cómplice.

**3563.**  
Condición  
neutral del  
cónyuge

Si la situación económica del empleado público coincide con una sociedad de gananciales, el **cónyuge** que comparte la masa patrimonial con el empleado público mantiene su condición neutral por su *estatus* marital (**prohibición de regreso**); siempre y cuando no realice ingresos o egresos significativos con los fondos que, en un contexto claramente delictivo, le permitan conocer o prever su origen ilícito, esto es, proveniente de los actos previos realizados por su pareja. No es tanto que comparta la masa patrimonial con el sujeto activo, sino que conozca la ilicitud de los fondos que la integran y además que realice actos dispositivos sobre estos para generar una situación económica inestable penalmente (*v. gr.*, egresos exagerados o despilfarros).

**3564.**  
Préstamos  
y financiamiento a  
terceros

Por otra parte, aquellos familiares o amistades que reciben préstamos o financiamiento dinerario del empleado público están autorizados a confiar que los importantes dados provienen de sus ingresos regulares (**principio de confianza**). En ellos no procede extender los efectos de un enriquecimiento ilícito, no solo por la aplicación del principio de confianza, sino porque el delito ya quedó consumado con la incorporación de los ingresos ilegales a las arcas personales del sujeto activo y de donde saldrá a continuación el préstamo o el financiamiento. El problema acontece cuando el familiar recibe el préstamo de un tercero por encargo del empleado público, esto es, el incremento se materializa directamente en el familiar. La falta de conocimiento sobre el origen delictivo de los fondos sustenta, por lo pronto, la irresponsabilidad penal del familiar favorecido.

(387) *Vid.* OSORIO CHACÓN en Castro Cuenca II, 2011, p. 662.

(388) *Vid.* GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 279.

**Jurisprudencia:** «El principio de confianza a diferencia del riesgo permitido es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la auto responsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confie en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando, siendo el caso que la inaplicación de este filtro se da cuando conocemos precedentemente a nuestra conducta, los actos ilícitos de terceros, situación presente en este proceso, puesto que si bien a prima facie existe un principio de confianza entre familiares, no obstante el carácter relativo de aquella viene siendo desvirtuado por prueba indiciaria del conocimiento que tenían las recurrentes del enriquecimiento ilícito» (Ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 2010 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3609-2009 Lima, considerando 4). <https://bit.ly/309G2ER>



El enriquecimiento ilícito es un **delito de resultado**<sup>(389)</sup>, y no porque se concrete el enriquecimiento a favor del empleado público, sino porque con el incremento patrimonial dado se genera una exposición de peligro a la objetividad funcional y la transparencia patrimonial de la situación económica neutral del empleado público. El desequilibrio patrimonial penalmente relevante permite acreditar dicha exposición riesgosa y hace del presente un **delito de peligro concreto**<sup>(390)</sup>. No cabe confundir al enriquecimiento como el resultado típico, sino como el componente que sustenta la existencia de un peligro concreto al objeto jurídico de protección.

**3565.**  
Delito de  
peligro  
concreto

En cuestión de imputación objetiva, las reglas aplicables al enriquecimiento ilícito son las de la **imputación objetiva del resultado** tomando en cuenta que el nexo causal principal sucede entre el acto del incremento patrimonial y el enriquecimiento ilícito como expresión de peligro concreto dirigido a la objetividad funcional y la transparencia de la situación económica neutral del empleado público.

**3566.**  
Imputa-  
ción obje-  
tiva

Sobre dicho nexo se complementa un examen jurídico de conexión en base a dos reglas: *primera*, por **imputación objetiva de la conducta**, el acto del incremento patrimonial aumenta el riesgo penalmente tolerable (situación económica estable o neutral) mediante la obtención y el traslado de los ingresos económicos ilícitos a la esfera patrimonial del empleado público; y, *segunda*, por **imputación objetiva del resultado**, el riesgo funcional no permitido se concreta en un peligro manifiesto

<sup>(389)</sup> Cfr. SALINAS SICCHA, 2016, p. 721; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1065; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 825; GARCÍA AQUINO en Actualidad Penal n.º 42, 2017, p. 44; SAUCEDO BARAHONA en Actualidad Penal n.º 45, 2018, p. 147; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 333; CASTILLO MÉNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 75, 2015, p. 180; ALTARAZ MARÍN en Actualidad Penal n.º 2, 2014, p. 216; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, 2019, p. 443.

<sup>(390)</sup> Así también: CÁCERES JULCA, 2014, p. 87. En sentido contrario: CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 141; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 189; PEÑA CABRERA FREYRE V. 2016, p. 737.

y real porque se genera una situación económica penalmente inestable por el desequilibrio patrimonial acontecido con la incorporación de los ingresos económicos ilícitos a la esfera patrimonial de empleado público.

En resumen, la producción y el traslado de los fondos delictivos satisfacen la imputación a la conducta y la incorporación de los mismos a la esfera patrimonial del empleado público configuran la imputación al resultado.

### §9. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

**3567.** Dolo Únicamente procede la configuración del enriquecimiento como delito si es realizado a título de **dolo**. Las formas imprudentes de incremento patrimonial corresponden ser atendidas por infracciones administrativas; aunque es difícil que existan casos de imprudencia cuando se conoce que el origen de los ingresos económicos es delictivo. El dolo estriba en los conocimientos de la procedencia delictiva de los ingresos económicos ilegales y la voluntad de su incorporación en la esfera patrimonial personal.

**3568.** Conocimientos mínimos En torno a los **conocimientos mínimos**, el empleado público debe tener conocimiento del origen de los fondos que serán incorporados en su patrimonio<sup>(391)</sup>. Tiene que saber que estos fueron producidos como consecuencia del ejercicio abusivo de sus propias atribuciones funcionariales, esto es, que ha sacado provecho económico del mismo. En otras palabras, conoce del nexo causal entre el ejercicio abusivo funcional y el incremento patrimonial. Esto permite también verificar los conocimientos sobre la competencia para ejercer el acto de función abusivo.

Asimismo, los conocimientos mínimos comprenden la incorporación de los ingresos económicos ilegales a su propia esfera patrimonial o la del tercero encargado por el empleado público. No debemos descartar la cobertura de los conocimientos del destinatario final del beneficio en cuanto lo sea un tercero vinculado.

**3569.** Error de tipo El **error de tipo** puede darse, por lo común, en los ingresos económicos, ya sea por su procedencia funcional o por su ilicitud, al tratarse de elementos normativos del tipo penal<sup>(392)</sup>, lo que excluye su consideración como error de prohibición. En el caso a la **procedencia funcional**, el sujeto activo cree erradamente que los fondos delictivos provienen de sus propias actuaciones funcionariales abusivas, cuando en realidad vienen de las actuaciones funcionariales de terceros. Se trata de un error relevante, puesto que importa tener claro que el propio empleado público

<sup>(391)</sup> Cfr. FONTÁN BALESTRA VII, 1980, p. 369; CONTI en Riquert III, 2018, p. 2074; TERRAGNI III, II, 2012, p. 543; GÓMEZ MENDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 404; MARTÍNEZ LÓPEZ, 1997, p. 138; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 764; ROJAS VARGAS, 2007, p. 866; SALINAS SICCHA, 2016, p. 720; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1064; CÁCERES JULCA, 2014, p. 108.

<sup>(392)</sup> Cfr. CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 225; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 765; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 470; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 871.



debe formar los fondos delictivos y no otros funcionarios por este. En cuanto a la **ilicitud**, el sujeto activo se equivoca en la regularidad de la formación de los fondos. El error relevante sucede en la falsa creencia de la licitud.

En ambos casos, si opera la **vencibilidad**, al no haber análogo imprudente, el caso tendrá que ser analizado como una infracción administrativa. Los casos de **invencibilidad** excluyen toda posibilidad de imputación.

La **voluntad** del sujeto activo reside en la intención de hacerse consigo los ingresos económicos ilegales. El empleado público tiene la determinación de aumentar sus activos o disminuir sus pasivos empleando los ingresos económicos ilegales. Es el dolo del incremento de su patrimonio, posiblemente cercano a un concepto de intención lucrativa o pecuniaria, sin que se entienda como otro elemento subjetivo especializado o de tendencia trascendente<sup>(393)</sup>. Es inevitable no verificar el ánimo de lucro en quien incorpora dolosamente los ingresos económicos ilegales en su propio patrimonio, por lo que es consustancial en la determinación que asume el sujeto activo<sup>(394)</sup>, mas no complementario ni reforzatorio de este. Es irrelevante cuál sea la finalidad o el impulso especial adicional que motive el enriquecimiento ilícito.

Si tomamos en cuenta el conocimiento del origen delictivo de los fondos y la voluntad de lucrarse con ellos concluimos que el enriquecimiento ilícito solo se configura con un **dolo directo**<sup>(395)</sup>. Sin embargo, la ausencia de elementos subjetivos adicionales que refuercen la voluntad del incremento patrimonial daría la posibilidad teórica de imputar un **dolo eventual**<sup>(396)</sup>. Se señala que se daría cuando el sujeto activo se representa seriamente o como altamente probable el origen delictivo de los fondos y la indiferencia o la aceptación para que se produzca el enriquecimiento<sup>(397)</sup>. En la práctica, su problema aplicativo estriba en la nula posibilidad de una probabilidad seria del origen delictivo cuando es el propio sujeto activo quien lo generó dolosamente con su proceder abusivo y ya tiene preestablecido su destino.

3570.  
Voluntad

3571.  
Dolo  
directo

<sup>(393)</sup> Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 765; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 223; ROJAS VARGAS, 2007, p. 866; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 469; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alaicón, 2014, p. 329; ALTARAZ MARÍN en Actualidad Penal n.º 2, 2014, p. 216.

<sup>(394)</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 555; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 224; SALINAS SICCHA, 2016, p. 721; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1065; CÁCERES JULCA, 2014, p. 108.

<sup>(395)</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 555; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 764; SALINAS SICCHA, 2016, p. 720; CÁCERES JULCA, 2014, p. 108; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 827; GÓMEZ MENDOZA/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 404; LÓPEZ BÉTANCOURT II, 2015, p. 567; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 870.

<sup>(396)</sup> Consideran posible un dolo eventual: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 263; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 764. En sentido contrario: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 555; SALINAS SICCHA, 2016, p. 720.

<sup>(397)</sup> Cfr. MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 870.

## §10. AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

### 10.1. Consumación y tentativa

3572.

Consumación formal

La **consumación formal** del enriquecimiento ilícito coincide justamente con el efecto del enriquecimiento generado con el incremento patrimonial. Mejor dicho, la incorporación o la obtención de los ingresos económicos ilegales a la esfera patrimonial del empleado público son el punto culminante de la tipicidad y que determina la consumación<sup>(398)</sup>.

**Jurisprudencia:** «El momento consumativo de este delito es cuando el funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones frente a la entidad pública, se enriquece ilícitamente. En efecto, para que el delito se encuentre consumado, es necesario que el contenido injusto de la norma prohibitiva se haya realizado plenamente en la forma en que se concretó la prohibición en el tipo penal, esto es, que el sujeto activo haya realizado algo —una conducta abusiva concreta— que haya realizado el tipo penal y que, además se dé el resultado propio al correspondiente delito o injusto. Es por eso que es un delito de resultado, pues el momento consumativo coincide con el de la producción de una modificación material de la realidad —el enriquecimiento—» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 17). <https://bit.ly/3wtry5Q>.



La consumación formal no tiene condicionamiento normativo, en el sentido que no se necesita haber realizado previa o posteriormente al incremento patrimonial alguna declaración jurada patrimonial o que se haya vencido algún plazo para su presentación. La no justificación patrimonial no tiene que ser considerado un componente (elemento típico o condición objetiva de punibilidad) que defina la consumación.

Hay algunas singularidades que rescatar en la consumación formal. Así, cuando estamos ante un enriquecimiento ilícito *ex ante*, el momento de consumación sucede con la realización del ejercicio abusivo de la función pública que motivó el incremento patrimonial ya realizado. Asimismo, si nos encontramos ante un enriquecimiento ilícito indirecto o de beneficio para tercero, el momento consumación se verifica con la incorporación de los ingresos económicos ilegales a la esfera patrimonial del tercero y no necesita de su traslado a las arcas patrimoniales del empleado público.

<sup>(398)</sup> Vid. HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 65; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 763; REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1066; GÁLVEZ VILLEGAS, 2017, p. 271; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 473; GARCÍA AQUINO en Actualidad Penal n.º 42, 2017, p. 43; PAREDES CHÁVEZ en Cancio Alarcón, 2014, p. 333; SAUCEDÓ BARAHONA en Actualidad Penal n.º 45, 2018, p. 139; CASTILLO MÉNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 75, 2015, p. 180; ALTARAZ MARÍN en Actualidad Penal n.º 2, 2014, p. 216; MAZZON en Aice Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1304; MANZANARES/OTRANTO/PÉREZ ARIAS/SUBÍAS/VISMARA en D'Alessio II, 2004, p. 871.

Si recién se obtienen los fondos delictivos o se procede a su traslado o extracción, no se da inicio todavía los actos ejecutivos, encontrándonos todavía en una **etapa preparatoria**. Importa siempre verificar que el objeto material ha ingresado a la esfera de dominio patrimonial del sujeto activo para que se dé la situación económica inestable penalmente que genera el peligro real al objeto jurídico de protección.

Se ha mal interpretado que la consumación se halla en el momento del hallazgo o descubrimiento del enriquecimiento ilícito o la comprobación de la desproporción patrimonial<sup>(399)</sup>. Al considerarse un delito de probanza dificultosa, se piensa que mientras no se haya exteriorizado un enriquecimiento ilícito no se puede llegar a la consumación. Con dicha interpretación se considera al presente en un **delito de resultado condicionado** a expensas de su descubrimiento<sup>(400)</sup>. Si seguimos dicha regla es evidente que el momento mismo del descubrimiento hace del enriquecimiento ilícito un delito instantáneo, carente de tentativa.

El error interpretativo deviene de la confusión de una problemática probatoria antes que la vulnerabilidad del bien jurídico protegido. El artículo 401 no exige ningún condicionamiento a la formación del injusto que tenga relación con una cuestión probatoria o indagatoria; sin embargo, hacerlo supondría asumir la creación de un elemento condicional contrario al principio de legalidad. Es importante anotar que el artículo 401 no establece expresamente que el descubrimiento del delito sea el componente objetivo que define la consumación, ni mucho menos plantea la necesidad previa de la justificación patrimonial.

El acto de incorporación como conducta típica genera inmediatamente el **estado de enriquecimiento** que es el componente definitorio de la consumación formal. Sin enriquecimiento no hay consumación, aun si se haya incorporado los ingresos económicos ilegales. Existe una ligación conceptual entre el incremento patrimonial y el enriquecimiento que impide la calificación del presente delito como uno puramente instantáneo<sup>(401)</sup>. El estado de enriquecimiento estriba en la posibilidad de disposición o disfrute de los fondos delictivos sin llegar a aprovecharlo, el mismo que puede ser breve o duradero conforme sea la necesidad de empleo de sujeto activo.

Al ser el enriquecimiento un efecto-estado de la conducta típica se ha calificado al enriquecimiento ilícito como un **delito permanente**<sup>(402)</sup> en cuanto el estado antijurídico reside en la durabilidad de la posesión o tenencia de los ingresos económi-

3573.  
Actos preparatorios

3574.  
¿Delito de resultado condicionado?

3575.  
Estado de enriquecimiento

3576.  
Delito de estado

(399) Así: ROJAS VARGAS, 2007, p. 867; Peña Ossa, 1995, p. 205; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 404; ZÁRAZO OVIEDO, 1996, pp. 61-62.

(400) Cfr. ROJAS VARGAS, 2007, p. 867.

(401) Los que consideran que estamos ante un delito instantáneo: HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 65; SALINAS SICCHA, 2016, p. 722; PÉREZ LÓPEZ en Nakasaki Servigón, 2016, p. 470.

(402) Así tab.: BRAMONT ARIAS, 4, 1990, p. 81; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1067; CASTILLO MÉNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 75, 2015, p. 180; GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, p. 404.

cos ilegales. Por dicha apreciación, la consumación ocurre una vez culminado dicho estado de enriquecimiento. A nuestro parecer, el enriquecimiento ilícito es un **delito de estado** cuya consumación es instantánea, dado en el momento mismo de la incorporación patrimonial, pero que simultáneamente genera un estado antijurídico que es el estado de enriquecimiento<sup>(403)</sup>. No podemos negar el momento culminante dado en la incorporación de los elementos económicos ilegales, pero tampoco somos ajenos que ésta trae consigo el estado antijurídico de enriquecimiento.

**Jurisprudencia:** *«El delito de enriquecimiento ilícito no es un delito de carácter permanente, es un delito instantáneo, se consume en el momento en que el agente público en forma real incrementa ilícitamente su patrimonio y ello puede producirse en periodos cortos o largos, en una actividad ilícita o en varias. Lo importante es dejar establecido que el delito se consume cuando el sujeto público abusa de su posición funcional, dando lugar al acrecentamiento sustantivo de su patrimonio; y este incremento se da con la disponibilidad económica que el agente ha adquirido de manera ilegal»* (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 19). <https://bit.ly/3wtry5Q>.



Ante ello, se aclaran algunas reglas aplicativas como el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en el instante de la consumación y no cuando cese el estado de enriquecimiento. Asimismo, la imposibilidad de imputar participación durante el mantenimiento del estado de enriquecimiento, toda vez que es un efecto derivado de la propia conducta ya consumada. Es de recordar la regla de la imposibilidad dogmática de imputar actos de participación luego de la consumación formal.

**Jurisprudencias:** *«Subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del extraneus en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerias de la gestión funcional del intraneus o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que desempeñaba. (...) Si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegó aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos»* (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 15). <https://bit.ly/3o9Wlkp>.



<sup>(403)</sup> Así también: GALVEZ VILLEGAS, 2017, p. 276; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 763; MONTOYA VIVANCO en Montoya Vivanco, 2012, p. 67; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 335; SAUCEDO BARAHONA en Actualidad Penal n.º 45, 2018, p. 142.

«Pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito, los extranei que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el sujeto público? Los extranei solo pueden responder como cómplices cuando colaboran en los actos específicos de abuso funcional que genera enriquecimiento. La incorporación de los bienes ilícitos a su patrimonio, la inversión del dinero ilícitamente obtenido y, en general, el uso de dichos fondos no constituye colaboración, pudiendo, en todo caso, constituir delitos autónomos de receptación, lavado o semejantes» (Acuerdo Plenario del Tema n.º 3 del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima del 25 de noviembre de 2017). <https://bit.ly/3F1dJyo>.



«La conducta ilícita atribuida al acusado consiste en haber ayudado al sentenciado a abrir cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera en el banco, además de haber proporcionado cartas de recomendación para que pueda abrir cuentas en el extranjero; dichos actos desplegados constituyen actos ajenos a la acción típica del delito de enriquecimiento ilícito, pues la conducta atribuida al acusado corresponde a hechos posteriores a la consumación del citado tipo penal, pues estas se realizaron cuando ya se había producido el enriquecimiento; el dinero con que se abrieron las cuentas bancarias fue incorporado al patrimonio del autor, sobre el cual ejercía control y facultad de disposición. La ayuda prestada por el acusado no consistió en incrementar el patrimonio del sentenciado, sino en desplazar el dinero al exterior del país y su ocultamiento. De lo que se colige que los hechos imputados no configuran el delito de enriquecimiento ilícito, ni es posible imputar su comisión a título de cómplice» (Ejecutoria suprema del 1 de agosto de 2018 de la Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 1579-2017 Lima, considerando 7). <https://bit.ly/3o9Xdpb>.



«En el delito de enriquecimiento ilícito no resultará punible la ayuda prestada por el cómplice en la etapa post consumativa, ya sea a modo de adquisición, depósito en una cuenta a su nombre u otro acto análogo de ocultamiento» (Ejecutoria suprema de 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 2939-2015 Lima, considerando 23). <https://bit.ly/3wtry5Q>.



«La tesis inculpativa del representante del Ministerio Público señala que los encausados habrían participado a título de cómplices primarios, pues ocultaron el patrimonio después que su padre entró en control y dominio; esto es, acorde con la imputación del titular de la carga de la prueba los imputados habrían participado después de consumado el ilícito penal de enriquecimiento ilícito por su progenitor, lo que de ninguna manera constituye complicidad primaria del delito inculpativo» (Ejecutoria suprema del 10 de abril de 2013 de la Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1588-2012 Lima, considerando 5). <https://bit.ly/3F38OwP>.



Ahora bien, sobre la culminación del estado de la permanencia se ha planteado que esta concluye con el descubrimiento del enriquecimiento, su neutralización procesal (v. gr., embargo, incautación) o la demostración suficiente de la licitud de los fondos o el descubrimiento. Por nuestra parte, la terminación o el finiquito del estado de enriquecimiento se advertirá en el momento en que el sujeto activo procede con la disposición o a la utilización de los fondos, esto es, la explotación o el disfrute de sus beneficios que deviene del consumo o la conversión definitiva de los fondos.

**3577.** Toda actividad económica posterior forma parte de la etapa de **agotamiento** del delito. Si se invierte los fondos delictivos, se utiliza para la adquisición de bienes, se procede a su conversión u ocultamiento o simplemente se transfiere a un tercero, son actuaciones que no modifican la configuración del presente delito, sino que finiquita el interés patrimonial del sujeto activo. Los que intervengan en dichas actuaciones no deben estar comprendidos en la imputación por el delito de enriquecimiento ilícito.

**3578.** Consideramos que procede la **tentativa**<sup>(404)</sup>, y no tanto porque se podría llegar a una estructura típica plurisubsistente, sino porque en el proceso de incorporación patrimonial es viable darse actos de interrupción que eviten la generación del estado de enriquecimiento. Hay un espacio factible entre la incorporación y el enriquecimiento que habilita la interrupción. Así sucede en la recepción temporal de los fondos económicos con inmediata respuesta obstructora a su consolidación definitiva en las arcas patrimoniales del empleado público o de un tercero. Por ejemplo, cuando el empleado público recibe o mantiene en su poder un importe dinerario considerable que se presta a depositar a su cuenta bancaria o de su testaferró.

La interrupción puede provenir del propio empleado público (**desistimiento**) cuando, por ejemplo, conocido el proceso de depósito bancario, decide realizar oportuna e inmediatamente la devolución. La **interrupción externa** acontece cuando es intervenido o detenido el empleado público antes de que logre depositar a su cuenta bancaria los ingresos económicos ilegales que detenta. La mayor parte de los casos se asocian al modelo de **tentativa acabada**, puesto que se cumplió la obtención de los fondos delictivos y la incorporación, pero no se llega al enriquecimiento.

## 10.2. Autoría y participación

**3579.** Es **autor inmediato** el empleado público que obtiene los ingresos económicos ilegales por el ejercicio abusivo de sus funciones y procede a incorporarlo a su patrimonio personal. Es un delito de propia mano, en el que tiene exclusiva intervención el sujeto activo, sin necesidad de recurrir a terceros. Empero, es posible la **autoría mediata** cuando la materialización de la incorporación de los ingresos económicos ilegales lo realiza a través de un intermediario ya sea a su propio patrimonio a la de un tercero. En este supuesto, el empleado público tiene el dominio de la voluntad para la realización de la conducta típica, pero mantiene el control propio en el abuso funcional para la generación de los fondos delictivos.

(404) Así también: HUGO ÁLVAREZ, 2007, p. 66; GALVÉZ VILLEGAS, 2017, p. 272; BRAMONT ARIAS 4, 1990, p. 81; REATEGUI SÁNCHEZ, 2017, p. 1067; ARISMENDIZ AMAYA, 2018, p. 828; PAREDES CHÁVEZ en Cancho Alarcón, 2014, p. 334; CASTILLO MÉNDEZ en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 75, 2015, p. 180; SALAZAR SÁNCHEZ/LLAMOJA HILARES 2, 2020, p. 1797; MAZZON en Arce Aggeo/Báez 3, 2013, p. 1304. En sentido contrario: SALINAS SICCHA, 2016, p. 723; CARO CORIA en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 249; PEÑA CABRERA FREYRE V, 2016, p. 763; LEÓN TOMASTO en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 92, 2017, p. 170.

Sobre la **coautoría común**, ya indicamos que procede si los ingresos económicos ilegales provienen de una función pública compartida y su incorporación a una arca patrimonial compartida o comunitaria (*v. gr.*, una cuenta bancaria mancomunada). Los coautores comparten la realización abusiva de la función pública, lo que podría ocurrir en los colegiados o tribunales. En el acuerdo en común se decide tanto la obtención de los fondos delictivos como la formación de un patrimonio compartido.

La **coautoría accesoria** parte también del aprovechamiento en común de la función pública de la cual los coautores son competentes, pero la diferencia se aprecia en que cada uno incrementa su propio patrimonio, mas no se forma uno compartido.

En la participación, no hay reglas que impidan la imputación típica del *extraneus* en la condición de partícipes. Además, estos pueden intervenir hasta el momento mismo de la incorporación patrimonial de los fondos delictivos, mas no durante el estado de enriquecimiento.

3580.  
Coautoría

3581.  
Participación

**Jurisprudencia:** «No cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal (...). Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional» (Acuerdo Plenario n.° 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 14). <https://bit.ly/3o9Wlkp>.



En la **instigación**, quien forma el dolo del incremento patrimonial al empleado público es, por lo común, un tercero beneficiado. En la **complicidad necesaria** ya identificamos a los que facilitan el estado de enriquecimiento, ya sea intermediando la incorporación (testaferro) o recepcionando los fondos delictivos como destinatarios vinculantes al empleado público.

Por otra parte, no todo acto contributivo a la concreción del enriquecimiento debe ser imputado como un acto de complicidad si es que no se desarrolla en un contexto claramente delictivo (**prohibición de regreso**). Si el taxista ayuda a trasladar al empleado público al banco o si el asistente de banca logra el depósito bancario no tienen que ser imputados como cómplices si en todo momento ejercen sus actividades cotidianas.

3582.  
Partícipe  
neutral

**Jurisprudencia:** «Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo (...); que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían (...); que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito» (Ejecutoria Suprema del 16 de setiembre del 2004, R. N. 2270-2004-La Libertad). <https://bit.ly/3H3X2UR>.



### 10.3. Concurso de imputaciones

3583.  
Delito con-  
tinuado

El enriquecimiento ilícito no siempre se limita a un acto de incorporación de bienes o activos, entendido por aumento de activos o disminución de pasivos. En la práctica ocurren más los casos de incorporación periódica o programática de varios importes dinerarios o bienes. En tales casos, si existe un plan criminal de incremento consecutivo o gradual de importes diferenciados en tiempo y/o lugar estamos ante un enriquecimiento ilícito como **delito continuado**, cuya consumación ocurre con el último acto de incorporación patrimonial. Cabe discriminar la tipicidad de los actos de incorporación patrimonial en cuanto están relacionados con fondos de procedencia del abuso funcional. Si se trata de fondos de distinto origen quedan suprimidos de la secuencia continuada de actos del enriquecimiento ilícito.

**Jurisprudencia:** «El delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito)» (Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116 del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017, fundamento 13). <https://bit.ly/3o9Wlkp>.



3584.  
En rela-  
ción con  
el encu-  
brimiento  
real

Ahora bien, es posible hallar un concurso real con figuras penales realizadas en la etapa de agotamiento. Conforme al sentido de empleo de los fondos delictivos que de el empleado público, podríamos determinar si estamos ante un encubrimiento real o un lavado de activos. Si la utilización de los fondos delictivos tiene por único propósito el ocultamiento se configura el **encubrimiento real** (artículo 405, Código Penal).



Si el objetivo del empleado pública va más por la disposición o el disfrute, ya sea por transformación o conversión, prima la imputación por **lavado de activos** (artículos 1 y 2, Decreto Legislativo n.º 1106). Es importante señalar que el enriquecimiento ilícito es la receptación patrimonial de los delitos funcionariales: si los Delitos contra el Patrimonio tiene a la receptación, los Delitos contra la Administración Pública cometida por funcionarios tienen al enriquecimiento ilícito.

3585.

En relación con el lavado de activos

### §11. JUSTIFICACIÓN

La discusión sobre la ilegitimidad de la incorporación patrimonial es abarcada por la tipicidad al incorporarse la ilicitud del incremento patrimonial como elemento normativo, lo que deja solo a la anti juridicidad la tarea de evaluar la concurrencia o no de causas de justificación. Una de ellas podría ser el **estado de necesidad justificante** siempre que la incorporación patrimonial se deba a un estado defensivo en atención a un interés fundamental superior y en conflicto con la objetividad y la transparencia exigible para un correcto funcionamiento administrativo. Se ha establecido que ello podría ocurrir en los casos de incremento patrimonial en cuanto disminución de pasivos o egresos para afrontar urgencias mayores, mas no en el aumento de activos<sup>(405)</sup>. Así, por ejemplo, cuando se emplean los fondos dinerarios de una entidad pública para asumir los costos de una operación médica urgente y compleja a su menor hijo.

3586.

Estado de necesidad justificante

### §12. IMPUTACIÓN PERSONAL

Sucede un **error de prohibición indirecto** cuando, por ejemplo, el sujeto activo funcional cree erradamente que su conducta está justificada por haber dispuesto de los fondos de una entidad pública para el pago de sueldos atrasados del personal administrativo cuando los mismos tenían otros destinos logísticos. El defecto de la comprensión de la anti juridicidad no recae tanto en la ilicitud de los fondos sino en una causa de justificación de un estado de necesidad de justificante al dar prevalencia a las remuneraciones de sus compañeros de trabajo (incluido el suyo) antes que a insumos o instrumentos logísticos.

3587.

Error de prohibición indirecto

### §13. MODALIDAD AGRAVADA

La modalidad agravada del enriquecimiento ilícito se **fundamenta** en el grado de importancia que tienen las funciones públicas abusadas que se ve sometido al aprovechamiento ejercido por sus responsables administrativos (funcionarios de decisión) para conseguir el enriquecimiento. Se tipifica un **delito de infracción de deber impropio** cuya agravación se fundamenta en el alto nivel de importancia de los actos de función aprovechados para el enriquecimiento.

3588.

Fundamento de la agravante

(405) Cfr. CREUS, 1981, p. 426; PEÑA OSSA, 1995, pp. 204-205.

**3589.**  
Altos funcionarios

El segundo párrafo del artículo 401 se refiere a los funcionarios de alta jerarquía como **sujetos activos** en dos niveles alternativos: *i)* los que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado; o, *ii)* los sometidos a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, conforme al artículo 99 de la Constitución Política, es decir, el Presidente de la República, los congresistas, los Ministros de Estado, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General del República.

**Jurisprudencia:** «El elemento valorativo 'alta dirección' se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales. En ese orden de ideas, una lectura integral de una serie de normas extrapenales nos permite concluir que el cargo de alcalde distrital se corresponde al elemento normativo 'alta dirección'» (Sentencia del 25 de agosto de 2017 de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Colegiado A, Expediente n.º 00008-2014-19-5001-JR-PE-01, considerando 4.6). <https://bit.ly/3C4ET5v>



## §14. PENA

**3590.**  
Sanción penal del enriquecimiento ilícito básico

La pena del **enriquecimiento ilícito básico** es triple (conjunta): *i)* La pena de privación de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. *ii)* La pena de inhabilitación (principal) de cinco a veinte años de privación de la función, cargo o comisión, aunque provenga de la elección popular, incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y la privación de grados, títulos honoríficos u otras distinciones (artículo 426 y numerales 1, 2 y 8 del artículo 36, Código Penal). *iii)* La pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

**3591.**  
Sanción penal del enriquecimiento ilícito agravado

La pena del **enriquecimiento ilícito agravado** es triple (conjunta): *i)* La pena de privación de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años. *ii)* La pena de inhabilitación (principal) de cinco a veinte años de privación de la función, cargo o comisión, aunque provenga de la elección popular, incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y la privación de grados, títulos honoríficos u otras distinciones (artículo 426 y numerales 1, 2 y 8 del artículo 36, Código Penal). *iii)* La pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

**3592.**  
Inhabilitación perpetua

Tanto para las modalidades básico y agravada, la pena de inhabilitación será perpetua en los siguientes supuestos alternativos (artículo 426, segundo párrafo, Código Penal): *i)* Cuando el agente actúa como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella. *ii)* Cuando la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo. *iii)* Cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad, pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa de la seguridad o soberanía nacional.

# UNIDAD 8

## **CIBERCRIMINALIDAD**



# Competencias

- Analiza las principales características del delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas y su implicancia en la vida de las personas involucradas.
- Comprende el fenómeno del cyberstalking como manifestación de la violencia de género y su incidencia en la realidad peruana.



## **PRIMERA LECTURA**

**Palazzi, P. (2018).** El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn). En Dupuy D. (Dir.). *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet* (pp. 145-182). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.

La informática ha permitido a cualquiera acceder a poderosas herramientas para captar la imagen, grabar videos y difundirlos en internet. La viralización de contenidos y el morbo inagotable de los usuarios de internet ayuda a difundir sin límites este tipo de imágenes. La consecuencia de ello es que una imagen íntima que estaba destinada a ser mantenida en la vida privada puede en brevísimo tiempo llegar a millones de personas.





DANIELA DUPUY

Dirección

MARIANA KIEFER

Coordinación

# CIBERCRIMEN

*Aspectos de Derecho penal y procesal penal.  
Cooperación internacional. Recolección de  
evidencia digital. Responsabilidad de los  
proveedores de servicios de Internet*

*Prólogo de*

GERMÁN C. GARAVANO

*Presentación de*

LUIS J. CEVASCO

editorial  
**B de f**  
Montevideo - Buenos Aires

2018

*Julio César Faira* - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-745-06-3

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euroś Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: [euroseditores@fibertel.com.ar](mailto:euroseditores@fibertel.com.ar)

[www.euroseditores.com](http://www.euroseditores.com)

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: [bdef@netgate.com.uy](mailto:bdef@netgate.com.uy)

[www.editorialbdef.com](http://www.editorialbdef.com)

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Impreso en Argentina en el mes de agosto de 2018 por: La

Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381 Tel.:

4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.

[www.laimprentaya.com](http://www.laimprentaya.com)

## EL DELITO DE DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES ÍNTIMAS (*REVENGE PORN*)

PABLO A. PALAZZI

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1. *La imagen y su difusión en Internet*

Desde hace unos años la fotografía y el video se han instalado en Internet y en las redes sociales. El amplio uso de blogs, mensajería instantánea y redes sociales, la práctica de sacarse "*selfies*" y de subirlas online en cuestión con un solo click desde un teléfono móvil se ha expandido a límites inimaginables. Cada imagen subida puede ser "*tagueada*" en redes sociales, o se puede encontrar con un buscador de imágenes en segundos. Los buscadores y las redes sociales indexan estos contenidos y forman bibliotecas casi infinitas de datos personales online accesibles en forma gratuita. La emergente Sociedad de la Información tiene muchos elementos característicos, pero sin duda uno de ellos es la imagen y el video.

Muchas de estas fotos y videos no están destinados a ser difundidos, pero finalmente terminan en Internet en contra de la voluntad del titular de la imagen. La regulación legal de la imagen es compleja puesto que el derecho a la imagen, como derecho personalísimo, está definido como un derecho subjetivo sobre el cual el titular tiene ciertas prerrogativas, con contadísimas excepciones (las permitidas en la ley). Pero la tecnología permite múltiples usos de la imagen y del video cuyo único límite es que "se puede hacer".

En materia criminal, en nuestro medio no hay figuras penales que traten directamente a la imagen específicamente como bien jurídico. Sin embargo, cabe su categorización como dato personal bajo los delitos previstos en las leyes de protección de datos personales.

Por otra parte, la protección penal de la privacidad no es ni debe ser absoluta. Todo este mundo de la imagen requiere cautela al legis-

lar qué usos de la imagen serán delitos. Como sucede con numerosas acciones disvaliosas, sólo ciertas conductas son delito y el resto de las acciones queda dentro del marco de libertad permitido que el Estado no puede sancionar criminalmente, sin perjuicio de la libertad de accionar civilmente que le queda a la víctima. En materia civil, por el contrario, las cautelares se obtienen incluso contra buscadores<sup>1</sup>.

Las imágenes publicadas en Internet, en buscadores y en redes sociales aún tienen que encontrar su régimen jurídico. La jurisprudencia ya sostuvo que un buscador de imágenes no es responsable de los contenidos indexados ni violenta el derecho a la imagen al reproducir una versión reducida de la misma, pese a que no existía una excepción expresa en la ley<sup>2</sup>. También que una persona que se ve envuelta en temas de interés público no puede impedir que se difundan imágenes de su persona con fines informativos previamente publicadas en redes sociales<sup>3</sup>. Finalmente, se sostuvo en varios casos que la imagen libremente disponible en Internet o redes sociales es pública a los fines de reconocimiento judicial del autor de un hecho delictivo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ver por ejemplo el caso "T. M. E. c/Google Inc. s/medida autosatisfactiva", del Juzgado de Primera Instancia de Familia de Rawson, de fecha 26 de noviembre de 2013 (MJ-JU-M-82809-AR | MJJ82809 - MJJ82809). Se ordena cautelarmente a la empresa demandada el inmediato y urgente bloqueo en su buscador de internet, en virtud de los diferentes enlaces que aparecen en el mismo vinculando a la actora con fotografías íntimas, datos personales, así como comentarios injuriantes sobre su persona e intimidad que fueron subidos por una ex pareja sin su consentimiento.

<sup>2</sup> CSJN, "María Belén Rodríguez v. Google y otro", publicado en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 352-384 (2015), y nuestro comentario "El fallo de la Corte Suprema de Argentina en el caso Google, la creación pretoriana de un procedimiento de *notice & take down* y su impacto en la protección de datos personales", en p. 385 de la misma publicación.

<sup>3</sup> CNCiv., Sala H, 2/9/15, "D.PY.D. c/Google", MJ-JU-M-95456-AR ("El interrogante que debe plantearse es hasta dónde pueden considerarse íntimas las fotos que existen en una red social como la nombrada, donde justamente se trata de compartir eventos y fotos por una red masiva de comunicación y que casualmente se la define como una red social. El funcionamiento de Facebook es similar al de cualquier otra red social, aunque esta oración deberíamos formularla al revés, ya que es ésta la red social que marca los antecedentes y las condiciones que deben cumplir las demás").

<sup>4</sup> CNCrim., Sala VI, 2/6/15, "A., F. s/mulidad" (rechazo de planteo de nulidad por reconocimiento de imputado en foto en red social). Ver también Riquert, "Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales", *LL*, 2015-E-432, con cita de numerosos fallos sobre la materia.

Además de la imagen voluntariamente subida a Internet, aparece el problema de las imágenes publicadas sin permiso. A comienzos del 2014 tomó estado público en la Argentina que un hacker logró infiltrarse en varios sistemas informáticos de famosos y difundió sus fotos íntimas por redes sociales<sup>5</sup>. El hacker habría tomado el control de la videocámara que tiene el ordenador y luego de activarla sin conocimiento del legítimo usuario captó imágenes íntimas.

Asimismo, desde hace un tiempo suelen aparecer en diversos sitios de Internet fotos o videos de escenas íntimas de famosos (y a veces no tan famosos). Estas imágenes son difundidas en medios periodísticos y sobre todo en el mundo online sin ningún límite. A veces estas imágenes se originan en una sesión fotográfica realizada en el pasado, sin destino a publicidad como ocurrió en un caso reciente con la novia del entonces vicepresidente de la Nación<sup>6</sup>. Otras son habidas en forma ilegal de algún ordenador o servidor en la nube<sup>7</sup> o se trata del típico caso del novio o novia que desea vengarse de su ex pareja (fenómeno conocido como *revenge porn*).

¿Qué amparo penal tiene la imagen captada *ab initio* con autorización de la víctima pero luego difundida sin su consentimiento? Seguidamente, analizamos la protección penal de este aspecto de la intimidad, las respuestas del derecho comparado y una propuesta para Argentina.

La ocurrencia de estos hechos es y será cada vez más frecuente. La informática ha permitido a cualquiera acceder a poderosas herramientas para captar la imagen, grabar videos y difundirlos en Internet. La viralización de contenidos, un concepto inicialmente usado en marketing digital, y el morbo inagotable de los usuarios de Internet ayuda a difundir sin límites este tipo de imágenes. La consecuencia de ello es que una imagen íntima que estaba destinada a ser mantenida en la vida privada puede en brevísimos tiempos llegar a millones de personas.

## 1.2. Concepto

El término "*revenge porn*" fue usado por primera vez en los Estados Unidos<sup>8</sup>. Consiste en la publicación no autorizada de imágenes

<sup>5</sup> Cfr. la nota "La modelo Noelia Marzol denunció a Camus Hacker ante la Justicia", *La Nación*, 28/1/14.

<sup>6</sup> Cfr. "Los tatuajes confirman que es Agustina Kampfer", *Clarín*, 15/8/14.

<sup>7</sup> PETERSON, Andrea - YHR, Emily - WARRICK, Joby, "Leaks of nude celebrity photos raise concerns about security of the cloud", *The Washington Post*, 1/9/14.

<sup>8</sup> Ver <http://en.wikipedia.org/>.

o videos privados, generalmente conteniendo imágenes íntimas, que una persona (generalmente la ex pareja por sí o a través terceros) publica por venganza luego de terminar la relación. De allí el término *revenge porn*.

El término no es el más preciso para definir la cuestión, pero es el más difundido. La palabra inglesa "*porn*", que se traduce como porno o pornografía, está asociada a lo obsceno, pero las imágenes íntimas o privadas no necesariamente deben ser calificadas como obscenas. La palabra "*revenge*" se traduce como venganza. Siguiendo estas ideas, en España se lo ha denominado "porno por despecho".

El término *revenge porn* se popularizó en los Estados Unidos con un sitio web conocido bajo el nombre "Is Anyone Up?". Se trataba de un sitio de Internet dedicado a difundir, sin permiso de las víctimas, imágenes de escenas íntimas de éstas. Como el contenido era subido por terceros, el sitio se amparaba en la inmunidad prevista en la sección 230 de la *Communications Decency Act*.

También se ha propuesto usar el nombre de *involuntary porn* o *non consensual pornography*<sup>9</sup>. Al eliminar el término "*revenge*" del concepto, se logra ampliar la figura. Es que no se incluye sólo a aquellas situaciones donde el sujeto activo actúa por venganza o donde las partes tenían una relación previa sino que se lo expande a terceros no relacionados con el hecho en sí de la captación original de la imagen. Estas publicaciones o republicaciones por terceros tienen el mismo efecto que la publicación original.

## 2. EL "REVENGE PORN" EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.1. Estados Unidos

#### 2.1.1. Surgimiento del problema

Desde un comienzo, el problema para regular la circulación de este tipo de imágenes online en Estados Unidos fue doble: una fuerte libertad de expresión y una normativa sólidamente establecida—aunque cuestionada en esta clase de supuestos— respecto a la inmunidad de los intermediarios de Internet<sup>10</sup>.

Es decir que, por una parte, el discurso auténtico y verdadero tiene una fuerte protección constitucional a través de la Primera

<sup>9</sup> FRANKS, "How to Defeat 'Revenge Porn': First, Recognize It's About Privacy, Not Revenge", 22/6/15.

<sup>10</sup> LARKIN, Paul, "Revenge Porn', State Law, and Free Speech", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2014.

Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y una foto verdadera de una persona captada libremente cabe dentro de ese concepto. Por otra parte, cualquier sitio de Internet que permite publicar contenido subido por terceros tiene protección e inmunidad civil bajo una ley conocida como *Communications Decency Act*<sup>11</sup>.

### 2.1.2. Primeros casos judiciales

Numerosos casos de *revenge porn* han ocurrido en los Estados Unidos en los últimos años. En general, estos casos pueden ser supuestos de subida online de imágenes o videos de escenas íntimas, pero muchos de ellos también van acompañados de insultos, amenazas, coacciones o casos de hostigamiento a largo plazo a la víctima.

Quienes han estudiado el tema en profundidad han comprobado que las normas jurídicas y las fuerzas de seguridad no están preparadas para dar una respuesta rápida y efectiva a esta clase de ataques<sup>12</sup>.

Sin perjuicio de ello, muchos de estos casos terminaron con penas de prisión a los culpables por aplicación de diversas normas penales. Varios casos fueron tapa de diarios o comentados ampliamente en Internet, impulsando así un debate sobre la seguridad en la nube y la necesidad de legislar en forma más adecuada el uso no autorizado de imágenes íntimas. Así ocurrió con el caso de las conocidas actrices Jennifer Lawrence<sup>13</sup>, Kate Upton o Kirsten Dunst<sup>14</sup>. Incluso en estos casos se precisó que las imágenes tenían metadatos<sup>15</sup> que indicaban la ubicación geográfica de donde habían sido tomadas<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Sobre el tema remitimos a los diversos artículos publicados en la obra colectiva bajo mi dirección, *Responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

<sup>12</sup> CITRON, *Hate Crimes in cyberspace*, Harvard, 2014, pp. 35-119.

<sup>13</sup> En su caso, este escándalo llevó a que el sitio Reddit cambiara su política de privacidad y prohibiera imágenes de desnudos. Ver ISAAC, Mike, "In Privacy Update, Reddit Tightens Restrictions on Nude Photos", *New York Times*, 24 de febrero de 2015.

<sup>14</sup> McCoy, "4chan: The 'shock post' site that hosted the private Jennifer Lawrence photos", *The Washington Post*, 2/9/14; PETERSON - YARR - WARRICK, "Leaks of nude celebrity photos raise concerns about security of the cloud", cit.

<sup>15</sup> Por esta razón las redes sociales como Facebook eliminan los metadatos de las fotos que publican, a menos que el usuario opte positivamente por dar a conocer su ubicación.

<sup>16</sup> HILL, Kashmir, "Leaked Nude Images Reveal Celebs' Location Information", *Forbes*, 9/2/14, [www.forbes.com](http://www.forbes.com).

Asimismo, todas estas publicaciones de imágenes íntimas y las lagunas legales existentes han llevado a replantear la inmunidad otorgada en forma general a los intermediarios de Internet con el fin de fomentar el desarrollo de la red, sobre todo a aquellos sitios que se dedican a publicar este tipo de imágenes y abusan de las protecciones dadas a intermediarios neutros.

El caso más notorio ocurrió en el año 2014 con el operador del sitio de internet *Is Anyone Up?*, que permitía a cualquier usuario de Internet publicar fotos de escenas íntimas con el fin de humillar a las mujeres participantes en las mismas. El dueño del sitio, Hunter Moore, fue arrestado por haberle pagado a un hacker para que obtuviera ciertas fotos de una cuenta de correo electrónico. Fue sometido a un proceso penal<sup>17</sup> y finalmente recibió la condena de dos años y seis meses de prisión<sup>18</sup>. Pero Moore sólo fue condenado por ayudar al acceso ilegítimo. El sitio que creó y las miles de imágenes de víctimas que publicó no eran delito penal entonces en la mayoría de los Estados Unidos. A raíz de este caso, y de muchos otros que le siguieron, se inició una tendencia para llenar este vacío legal.

Otro caso notorio es el del hacker de *celebrities* Christopher Chaney, quien accedió sin permiso a numerosos ordenadores, incluyendo los archivos de varias actrices (Simone Harouche, Mila Kunis, Christina Aguilera, Scarlett Johansson, Renee Olstead). El hacker fue arrestado luego de un año de investigación en la *Operation Hackerazzi*<sup>19</sup>. En el caso se logró probar que luego de acceder a los ordenadores, el autor creaba una regla interna de desvío del correo y obtenía copias de toda la correspondencia digital en busca de fotos o correos íntimos, que luego usaba para extorsionar a sus víctimas. Esto le permitía leer el correo, incluso, luego de que se cambiara el *password* de la víctima y seguir "sustrayendo" imágenes.

El autor fue juzgado<sup>20</sup> por 26 hechos diferentes, todos relacionados con acceso ilegítimo a sistemas informáticos, daño a sistemas

<sup>17</sup> BRANDOM, Rusell, "Revenge porn magnate Hunter Moore will face up to seven years in prison", *The Verge*, 18/2/15.

<sup>18</sup> OHLEISER, Abby, "Revenge porn purveyor Hunter Moore is sentenced to prison", *The Washington Post*, 12/3/15.

<sup>19</sup> Ver Boletín del FBI, [www.fbi.gov](http://www.fbi.gov).

<sup>20</sup> El juicio oral incluyó un video-testimonio de Scarlett Johansson donde -en medio de lágrimas- la actriz contaba cómo había sido humillada por la difusión en Internet de sus fotos íntimas, que estaban destinadas solamente a quien entonces era su marido.



informáticos, interceptación de comunicaciones (*wiretapping*, por el acceso y desvío de correos) y robo de identidad agravado. Chaney fue sentenciado a la pena de 10 años de prisión<sup>21</sup>.

Algo similar ocurrió con el caso de *Miss Teen USA*. Un hacker de 19 años, Jared James Abrahams, fue sometido a un proceso penal y se declaró culpable de (i) ingresar ilegalmente en el ordenador de la modelo (y de otra veintena de personas), (ii) copiar y captar fotos sin permiso, y (iii) amenazarlas con publicar esas fotos online en redes sociales si no le enviaban más fotos de desnudos<sup>22</sup>.

En septiembre de 2014, un ataque de ingeniería social al sitio *iCloud* de Apple permitió a un hacker obtener numerosas fotos de famosas<sup>23</sup>, que fueron publicadas en varios sitios de la web<sup>24</sup>. Las fotos fueron publicadas durante un corto período de tiempo en sitios como *4Chan* y *Reddit* antes de que fueran retiradas. El autor del hecho avisó del acceso a imágenes y vídeos de decenas de famosos y habría pedido un "rescate" en bitcoins —la moneda virtual— para no publicarlas.

Estos casos demuestran la existencia de hechos típicos que se repiten cada vez más y consisten en difundir online fotografías de escenas íntimas, o amenazar a sus titulares o extorsionarlos con difundirlas a cambio de algún beneficio económico o de otra clase.

### 2.1.3. Normativa estadual estadounidense

En Estados Unidos comenzaron a presentarse en varias legislaturas estatales proyectos de leyes para penalizar este tipo de prácticas. Estos proyectos están impulsados por la constante ocurrencia de casos, y la preocupación y demanda social que generó el vacío legislativo, sumado a las noticias en la prensa de la falta de cobertura legal de este fenómeno<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> "Christopher Chaney sentenced to 10 years in jail for hacking into personal online accounts of celebs Scarlett Johansson, Mila Kunis, Christina Aguilera", *www.nydailynews.com*.

<sup>22</sup> RISLING, "Miss Teen USA sextortion case: Hacker pleads guilty", *Associated Press*, noviembre 13 de 2013.

<sup>23</sup> Entre las afectadas vuelven a estar Jennifer Lawrence y Kaley Cuoco ("The Big Bang Theory"), Kim Kardashian, Vanessa Hudgens, Rhianna, Mary-Kate Olsen, Avril Lavigne o la futbolista estadounidense Hope Solo.

<sup>24</sup> "Fotografías de famosas desnudas: El hacker vuelve a filtrar fotografías íntimas", *The Huffington Post*, 21 de septiembre de 2014.

<sup>25</sup> Un editorial del diario *New York Times* dijo sobre el tema: "Revenge porn is one of those things that sounds as if it must be illegal but actually isn't. It's

Recordamos que en Estados Unidos cada estado tiene competencia exclusiva en materia penal y pueden aprobar sus propias normas criminales. Los estados suelen ser los laboratorios legales donde se experimenta para el establecimiento posterior de una legislación federal. En agosto de 2013, cerca de 14 estados habían aprobado o estaban discutiendo normas especiales sobre este asunto<sup>26</sup>. En el año 2014 eran 17 y a fines del año 2015 había 26 estados con legislaciones especiales<sup>27</sup>. También en el año 2015 se comenzó a debatir sobre una posible legislación a nivel federal<sup>28</sup>.

La mayoría de las leyes aprobadas cubren tanto la captación como la posterior difusión no autorizada de fotos de escenas íntimas. Pero cada norma local tiene variantes y es imposible analizarlas a todas.

En California está prevista en el *California Penal Code*<sup>29</sup>, con seis meses de prisión y varios miles de dólares de multa. La norma regula otras situaciones vecinas como espiar a una persona en un cambiador en un local, o con cámaras ocultas.

El delito previsto en la ley de California consiste en distribuir con intención imágenes íntimas en circunstancias en que la persona debió entender que la imagen quedaría reservada y siempre que el sujeto activo sepa que la distribución causará un serio perjuicio y efectivamente la persona sufre ese perjuicio emocional. La norma tiene excepciones para fines informativos de la prensa ("*distribution is made in the course of reporting an unlawful activity*") o cuando tiene lugar en un proceso judicial.

El problema en California es que la ley de *revenge porn* sancionada no contemplaba las *selfies*, por la creencia de que quien se saca una autofoto o *selfie*, estaría consintiendo su difusión posterior por el riesgo de que la imagen caiga en manos de terceros. Esto es criticado por autores<sup>30</sup> que consideran que muchos de estos supuestos

---

*the term of art for publishing sexual photos of someone without his or her -- usually her -- permission, often after a breakup*". Cfr. editorial del *New York Times* del día 13 de octubre de 2013.

<sup>26</sup> [www.cagoldberglaw.com](http://www.cagoldberglaw.com)

<sup>27</sup> [www.endrevengeporn.org](http://www.endrevengeporn.org)

<sup>28</sup> O'HARA, "A federal revenge-porn bill is expected next month", *The Daily Dot*, 21/6/15.

<sup>29</sup> California Penal Code, sección 647(j)(4).

<sup>30</sup> Cfr. la exposición de Holly Jacobs, "Revenge Pornography. Legal and Policy issues", en CPDP 2015, Bruselas, 22/1/15.

(como el caso de las *selfies*) deben también quedar incluidos en el concepto de *revenge porn* cuando son difundidos contra la voluntad de la persona retratada.

## 2.2. Brasil

En el año 2014 Brasil aprobó la Ley del Marco Civil de Internet<sup>31</sup>. La norma fue aprobada como reacción por parte de Brasil a las revelaciones hechas por Edward Snowden.

Esta norma otorga inmunidad a los intermediarios de Internet por el contenido generado por terceros y establece un sistema de *notice & take down* de contenido ilegal (arts. 18, 19 y 20, *Ley de Marco Civil de Internet*).

La sección III de la ley brasileña se titula "De la responsabilidad por daños que surgieran del contenido generado por terceros". El art. 18 de la Ley del Marco Civil dispone que el proveedor de conexión a internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros.

Con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, hace disponible el contenido especificado como infringente, exceptuando las disposiciones legales que se opongan (art. 19).

Finalmente, el art. 21 dispone que el proveedor de aplicaciones de internet que disponibilice contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, *de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando*, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, dejar de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilización de ese contenido.

En síntesis, el art. 21 de esta ley dispone que serán responsables si no remueven contenido relacionado con lo que podría calificarse como casos típicos de "*revenge porn*".

<sup>31</sup> Ver Ley de Marco Civil de Internet, 12.963 del 23 de abril de 2014, publicada en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 187-202 (2015).

Ése es el único caso de remoción obligatoria de contenidos sin la necesidad de autorización judicial bajo la ley brasileña<sup>32</sup>. Es una regla muy estricta que se incluyó para forzar a intermediarios a remover imágenes íntimas no consentidas de “*revenge porn*”<sup>33</sup>.

El origen de esta norma no fue el video no autorizado de la modelo Ciccarelli y su cautelares contra YouTube<sup>34</sup>, como se suele indicar erróneamente, sino el hecho de que dos menores de edad (de 16 y 17 años) se suicidaran en Brasil después que sus fotos íntimas fueran ampliamente divulgadas en la red<sup>35</sup>.

Es ilustrativo que Brasil no incluye en el Código Penal el delito de *revenge porn*, sino que regula sólo una forma rápida de remover el contenido de la red invirtiendo la regla de inmunidad de los intermediarios de Internet.

### 2.3. España

#### 2.3.1. Jurisprudencia anterior a la reforma del año 2015

Entre los años 2011 y 2015 se produjeron innumerables casos de difusión o publicación no autorizada de imágenes íntimas y de datos personales en redes sociales, blogs y demás sitios de Internet. Por ello, la jurisprudencia española tuvo que abordar el

<sup>32</sup> Para un desarrollo de esta ley y sus aspectos sobre privacidad, ver DONEDA - MONTEIRO, “O sistema brasileiro de privacidade e proteção de dados no Marco Civil da Internet”, en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 23-49 (2015).

<sup>33</sup> Ley de Marco Civil de Internet, art. 21. El proveedor de aplicaciones de internet que disponibilice contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, dejare de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilización de ese contenido. Parágrafo único. La notificación prevista en el artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido. Ver *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 187-202 (2015).

<sup>34</sup> “Brazil model wins YouTube battle”, BBC News, 5/1/07.

<sup>35</sup> IRAHETA, “Pornografía da vingança: Marco Civil da Internet facilita punição e obriga sites a tirar vídeos íntimos do ar”, [www.brasilpost.com.br](http://www.brasilpost.com.br), y la nota sin autor, “Vítima de las redes sociales: una estudiante se suicida tras aparecer en un vídeo porno”, [www.elconfidencial.com](http://www.elconfidencial.com).

tratamiento de estos casos donde la imagen o un dato personal era distribuido sin permiso.

Numerosos casos juzgaban la revelación no autorizada de datos íntimos bajo una multitud de encuadres legales. Así los tribunales españoles fueron encontrando soluciones legales a esta problemática a través de diversas figuras penales.

Por ejemplo, el caso de un joven que accedió sin permiso al perfil de su primo en la red social Tuenti y cambió la clave del perfil y envió a sus contactos correos ofensivos al tiempo que indicaba en su perfil "Reconozco que soy gay" para que fuera visto por todos los amigos del afectado. Al ser enjuiciado por un juzgado penal de Badajoz, la jueza acordó imponer al autor de la acción seis meses de prisión por el delito de descubrimiento y revelación de secretos, y por una falta de injurias<sup>36</sup>.

Un juzgado de Pamplona condenó a un joven a una pena de seis meses de prisión y multa de 1080 euros como autor del delito de revelación de secretos por haber accedido sin consentimiento de una amiga a su cuenta de Tuenti. Al acceder al perfil colgó varias fotos de mujeres desnudas e hizo público el perfil que hasta ese momento era reservado<sup>37</sup>.

Un juzgado penal en Santander condenó a un año de cárcel a un hombre que colgó en la red social Tuenti catorce fotografías de su ex novia desnuda. La jueza consideró que estos hechos eran constitutivos del delito de violación de secretos<sup>38</sup>.

Un caso de la Audiencia provincial de Alicante condenó a una pena de cárcel de dos años a un joven que colgó en una red social fotos íntimas de su ex novia, en las que aparecía semidesnuda. La Audiencia consideró al joven culpable del delito de revelación de secretos por difundir imágenes que atentaban contra la intimidad de su ex pareja<sup>39</sup>.

Se impuso pena de cuatro años, más 630 euros de multa y 7 mil euros de indemnizaciones para la persona que engañó a dos niñas de 12 y 11 años en la red Tuenti para que se desnudaran. La Audiencia de Cantabria impuso dicha pena al hombre que se hizo pasar por una chica de 14 años en Tuenti y convenció a estas dos niñas para que le enviaran fotografías de ellas desnudas.

<sup>36</sup> TOURIÑO, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Ed. Catarata, Madrid, 2104, p. 55.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

En la SAP Lleida de 25 de febrero de 2004<sup>40</sup> se condena por delito de injurias con publicidad a quien divulga la grabación consentida de una relación sexual. No se considera la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación se realizó con el consentimiento de la afectada, fue meses después, cuando, sin su consentimiento, se decide a divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar puede verse en SAP Huelva del 15 de febrero de 2002<sup>41</sup>.

La jurisprudencia civil española<sup>42</sup> considera intromisión en la vida privada a la publicación por la prensa de fotos de desnudos en una playa pública pero desierta.

Como puede apreciarse, existían en España numerosas condenas a personas por difundir imágenes de escenas íntimas aplicando, entre otros, el delito de revelación de secretos<sup>43</sup>.

Durante el año 2014 comenzó a debatirse si el *revenge porn* era delito en España y si era necesario reformar la legislación entonces vigente. Pero ocurrió un caso específico que detonó el debate público y planteó la necesidad de legislar. Este caso llevó a que se incluyera la figura que analizamos en la reforma penal del año 2014. La inclusión de esta nueva figura se debió al caso de Olvido Hormigos, una concejal que pasó a la fama tras difundirse por Internet un vídeo íntimo que había grabado y enviado a su pareja<sup>44</sup>.

### 2.3.2. Reforma del Código Penal español

A raíz de estos numerosos casos comenzaron a surgir propuestas de reforma de la normativa penal vigente, focalizadas en la necesidad de eliminar el *consentimiento de la víctima* como causal de exclusión de responsabilidad penal de la figura de publicación no autorizada de la imagen personal<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> SAP Lleida, 25 febrero 2004 (ARP 2002, 636).

<sup>41</sup> SAP Huelva, 15 febrero 2002 (JUR 2002, 115257).

<sup>42</sup> STS español (Sala 1ª) de 23 de junio de 2015, rec. n.º 2409/2013.

<sup>43</sup> En todos estos casos seguimos a TOURINO, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, cit., pp. 53-59.

<sup>44</sup> No obstante haber formulado un reclamo por infracción a su privacidad por la situación en la que se vio envuelta, la víctima, aprovechando la notoriedad que le produjo el evento, terminó publicando un relato sobre el tema con nombres de ficción. Ver el libro de OLVIDO HORMIGOS, *El abrazo infiel*, RBA, Madrid, 2015. Todo lo cual lleva a cuestionar cuál es el efecto de las propias acciones de las víctimas del *revenge porn* y cómo debe ello incidir en sus reclamos civiles o penales.

<sup>45</sup> COLAS TUREGANO, "La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen", en *Revista Boliviana de Derecho* n.º 15, enero 2013, pp. 160-179.

En octubre de 2012, el Ministerio de Justicia español incluyó esta figura en el anteproyecto de Código Penal. Con esta propuesta se buscaba castigar la “divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, incluso si se han obtenido con consentimiento de la víctima”. En el informe oficial del proyecto se presenta esta nueva figura penal como una forma de protección especial de la mujer<sup>46</sup>, aunque en realidad la figura ampara a víctimas de ambos sexos.

Hasta la introducción de esta propuesta de reforma, se contemplaba como delito en la figura básica del art. 197 del Código Penal español: (i) el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico u otros documentos de naturaleza personal de la víctima, y (ii) la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen *la falta de consentimiento* de la víctima pues tutelan el secreto frente a su apoderamiento.

Con la reforma se propuso tutelar el caso de *las imágenes o grabaciones de otra persona obtenidas con su consentimiento pero que se divulgan contra su voluntad*, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad<sup>47</sup>.

La reforma apuntaba claramente a la esencia del delito de *revenge porn*: la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, en situaciones claramente privadas, pero luego divulgadas sin su anuencia, cuando afecten gravemente a su intimidad.

El legislador español ubicó este nuevo delito dentro de la figura de descubrimiento y revelación de secretos prevista en el art. 197 del Código Penal. Esta reforma entró en vigencia en julio de 2015.

El proyecto ya aprobado modifica el art. 197 con un nuevo inciso séptimo que dice así: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obte-

<sup>46</sup> El informe que fundamenta la reforma dice: “El Código Penal ahonda, igualmente, en la protección de la mujer mediante la introducción de nuevas figuras delictivas, como el delito de matrimonio forzado, el de acoso u hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y la alteración de los dispositivos telemáticos para controlar medidas cautelares”.

<sup>47</sup> Aprobado el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, [www.lamondocloa.gob.es](http://www.lamondocloa.gob.es).

nido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

El delito de *revenge porn* en el Código Penal español tiene los siguientes elementos:

- “...sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla”: la acción principal consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes realizando este accionar sin autorización de la víctima.

- “...que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”: éste es el típico supuesto de *revenge porn*, la imagen es generalmente captada con consentimiento del afectado y en un contexto de intimidad (ej., su domicilio o cualquier otro lugar privado: “fuera del alcance de la mirada de terceros”), pero luego se usa o difunde contra su voluntad.

- “...cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”: este agregado es importante pues permite centrarse en los casos graves, esto es, aquellos relativos a imágenes íntimas, generalmente de escenas sexuales.

- Agravante: si (i) los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; (ii) la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o (iii) los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

- No se requiere en la figura básica una finalidad específica de lucro (es sí una agravante) ni ánimo de venganza, aunque está implícito en el acto de difundir fotos íntimas de la ex pareja.

#### 2.4. Reino Unido

En el Reino Unido también se legisló recientemente esta figura con una pena de dos años de prisión<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> VINCENT, “Sharing revenge porn in the UK now carries a two year jail sentence”, *The Verge*, 13 de abril de 2015.



La reforma se aprobó a través de la *Criminal Justice and Courts Act 2015*<sup>49</sup>, luego de una gran cantidad de casos<sup>50</sup> que tuvieron amplia repercusión por tratarse de personas famosas, tal el caso de Rihanna y de la cantante Tulisa Contostavlos. La sanción de la norma fue un avance, pues con anterioridad a este fallo los fiscales requerían que se probara alguna suerte de acoso producido con las fotografías, o que se tuviera derecho de autor sobre las mismas.

En el caso "Contostavlos v. Mendahun"<sup>51</sup>, un juez londinense otorgó una cautelar a la cantante Tulisa Contostavlos, quien se agraviaba del hecho de que un video con escenas íntimas filmadas por su ex novio estaba circulando por Internet. La actora también demandó a varios sitios de Internet que habrían republicado los videos, logrando una indemnización de 42.500 libras esterlinas de uno de los demandados.

La nueva figura se denomina *Disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress*, y se diferencia de la versión española en que requiere la intención de causar malestar psicológico.

En febrero de 2016, Irlanda del Norte también se sumó a los países con legislación al aprobar una norma que penaliza la difusión de imágenes captadas con consentimiento<sup>52</sup>.

## 2.5. Chile

En Chile<sup>53</sup> se están discutiendo proyectos de leyes para criminalizar el *revenge porn*.

Las diputadas Andrea Molina y Claudia Nogueira presentaron un proyecto de ley que busca sancionar a quien publique imágenes de contenido sexual, ya sean fotos o videos, producidos en la privacidad de una pareja y difundidas sin consentimiento. El proyecto busca sancionar con multas e incluso cárcel a quienes publiquen y difundan este tipo de material, conocido como "porno venganza" o *revenge porn*. Las penas podrían alcanzar la reclusión menor en

<sup>49</sup> Ver [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>50</sup> En los últimos dos años la policía había contabilizado 149 denuncias por casos de *revenge porn*. Ver la nota "Revenge porn' illegal under new UK law", [www.bbc.com](http://www.bbc.com).

<sup>51</sup> *Contostavlos v. Mendahun* [2012] EWHC 850 (QB) (29 de marzo de 2012).

<sup>52</sup> "Revenge porn to become crime in Northern Ireland", Stormont rules, 11 de febrero de 2016.

<sup>53</sup> Cfr. la nota "Diputadas UDI proponen sanción para difusión de fotos y videos íntimos", [www.cooperativa.cl](http://www.cooperativa.cl).

su grado medio a máximo (541 días a cinco años de cárcel) y multas de hasta 1.000 unidades tributarias mensuales (42 millones 220 mil pesos). Además, se buscan las mismas sanciones para los administradores de aquellos sitios de Internet que no bajen o eliminen de forma inmediata los contenidos de este tipo<sup>54</sup>.

### 2.6. Alemania

En octubre de 2015, la Corte federal alemana<sup>55</sup> dictó una sentencia en la cual dispuso que un ex novio debía borrar todas las imágenes íntimas de su novia, incluso para el caso de que no pensara compartirlas o difundirlas a terceros. No se trata de un caso penal pero demuestra que los tribunales están dispuestos a amparar la privacidad sobre imágenes íntimas aunque fueron captadas con consentimiento de la víctima<sup>56</sup>.

El argumento del tribunal fue que si bien la actora había consentido la captación de su imagen, el *consentimiento caduca cuando la relación de pareja finaliza*<sup>57</sup>. El tribunal fue más lejos y sostuvo que mantener las fotos almacenadas era violatorio de su derecho a la privacidad. Se hizo referencia al “poder manipulador” que generaba el tener estas fotos. La sentencia le ordena borrar todas las imágenes y videos.

Un caso anterior fallado en agosto de 2015 por un tribunal de Düsseldorf condenó a una persona que había difundido fotos íntimas de la actora a pagar la suma de 15.000 euros<sup>58</sup>.

### 2.7. Nueva Zelanda

En julio de 2015 Nueva Zelanda aprobó la *Harmful Digital Communications Act*, mediante la cual se penaliza el *revenge porn*. Con anterioridad a esta reforma, la *Privacy Act* (ley de protección de datos del año 1993) excluía de su aplicación el procesamiento de los datos

<sup>54</sup> Ver <http://derechosdigitales.tumblr.com>.

<sup>55</sup> *Bundesgerichtshof* (BGH), sentencia del 22/10/15.

<sup>56</sup> “German Court orders man to destroy naked images”, BBC, 22 de diciembre de 2015.

<sup>57</sup> El argumento es interesante y nos recuerda que en materia de protección de datos personales, el consentimiento se puede revocar, con lo cual sería posible invocar la norma que admite la revocación del “presunto consentimiento” para evitar el uso de sus datos personales, que incluye a las imágenes.

<sup>58</sup> [www.dw.com](http://www.dw.com).

personales creados o recolectados en el ámbito doméstico, como sucede con muchas leyes de protección de datos personales<sup>59</sup>.

Sin embargo, luego de la reforma, esta excepción a la *Privacy Act* no se aplica cuando se publica o se difunde material altamente ofensivo para el titular del dato personal. La reforma cubre solamente material que una persona ordinaria o ciudadano común considera ofensiva, según el estándar desarrollado por los tribunales de Nueva Zelanda en el caso *Hosking v. Runtig*<sup>60</sup>.

En el citado caso, la Corte de Apelaciones rechazó una demanda por violación a la privacidad de dos menores. Los hijos gemelos de una pareja famosa fueron fotografiados en un mercado, un lugar público, sin consentimiento de los padres. Los padres se habían negado a dar entrevistas y dejar que se publicaran fotos de sus hijos en la prensa con anterioridad. El tribunal reconoció la existencia de un *tort* por violación a la privacidad, pero se negó a otorgar daños en el caso concreto pues entendió que las fotos no eran altamente ofensivas para el ciudadano común ("*highly offensive and objectionable to a reasonable person of ordinary sensibilities*"), aunque sí lo fueran para sus padres. Con fundamento en este estándar la reforma requiere que las fotos sean altamente ofensivas<sup>61</sup>.

## 2.8. Canadá

La provincia canadiense de Manitoba fue la primera jurisdicción en aprobar una norma (*Intimate Image Protection Act*) para evitar el *revenge porn*. La norma entró en vigencia en enero de 2016. La norma penaliza la distribución no consentida de imágenes y videos sexuales y permite a las víctimas demandar a los autores y reclamar los daños ocasionados.

La norma se originó en una serie de casos famosos, pero también en la evidente necesidad de actuar frente a la gran cantidad de casos denunciados. El *Canadian Centre for Child Protection* (C3P), que presta ayuda a las víctimas de estos delitos, tuvo 350 denuncias de casos de *revenge* desde marzo de 2015 a enero de 2016. La mitad de esos casos eran menores de entre 15 y 17 años<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ver por ej. arts. 21 y 24 de la ley de protección de datos de Argentina.

<sup>60</sup> *Hosking and Hosking v Runtig & Pacific Magazines Nz Ltd*, sentencia del 25 de marzo de 2004, [2004] NZCA 34; [2003] 3 NZLR 385 (New Zealand Court of Appeal).

<sup>61</sup> <https://opcwebsite.cwp.govt.nz/>

<sup>62</sup> Ver CBC News, "Manitoba revenge porn law aims to empower victims", [www.cbc.ca](http://www.cbc.ca).

### 3. EL REVENGE PORN EN EL DERECHO ARGENTINO

#### 3.1. Primeros casos

En la Argentina, los primeros casos de *revenge porn* se intentaron canalizar penalmente –en forma infructuosa–, por la vía de los delitos contra los derechos intelectuales y de las injurias. Los hechos más típicos eran casos de ex novios o novias que difundían por Internet, en blogs o por medio de un correo electrónico una foto o video íntimo de su ex pareja. En algunos casos la foto no era real, sino que se realizaba un fotomontaje, alterándola y agregando desnudos no presentes en la foto original.

Lo único que desea la víctima en estos casos es lograr retirar de Internet sus fotos íntimas. El castigo del culpable suele quedar en segundo lugar frente a esta urgente necesidad de lograr remover sus datos y contenidos privados de la web. Pero las cautelares suelen ser difíciles de obtener. Recordemos que en el fuero penal las soluciones se complican porque es sabido que la jurisprudencia no concede medidas cautelares a menos que exista un auto de procesamiento, lo cual sirve de verosimilitud del derecho para la cautelar, o por lo menos la convocatoria a indagatoria<sup>63</sup>.

#### 3.2. Dificultades para aplicar el derecho de autor

Entendemos que se recurrió al derecho de autor, pues el derecho a la imagen estaba contenido en la ley de derechos intelectuales (ley 11.723). En estos casos se argumentó que la foto era una obra intelectual y que quien la reproducía sin autorización incurría en el delito de reproducción no autorizada de obra intelectual.

A nuestro entender, esta tesis tiene varios inconvenientes. El delito de reproducción no autorizada de obra intelectual no comprende a la imagen como objeto protegido sino a las obras intelectuales originales<sup>64</sup>. La imagen de una persona es un derecho personalísimo, no un derecho de propiedad intelectual. La ley 11.723 reprimía sólo la reproducción no autorizada de obras intelectuales, no de imágenes<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> CNCrim. y Correc., Sala VI, 9/12/08, "L., M. E. s/medida cautelares"; CNFed.Crim. y Correc., Sala I, 5/1/15, "D. A. R. s/medida cautelar".

<sup>64</sup> Art. 72, inc a, ley 11.723 - Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.

<sup>65</sup> En Argentina, hasta agosto de 2015 el derecho a la imagen estaba tutelado por la ley 11.723. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y

Una fotografía puede calificar como obra intelectual bajo la ley 11.723. Esa fotografía puede contener la imagen de una persona, pero en ese caso el autor de la obra (la foto) es quien toma la fotografía con la cámara y no quien aparece retratada en ella. Por lo tanto, quien aparece en una fotografía no está legitimada para reclamar por el contenido de la obra<sup>66</sup>, a menos que tenga una cesión escrita sobre los derechos de autor de la foto íntima (algo inusual en el contexto donde se toman este tipo de fotografías).

Asimismo, no toda imagen captada fotográficamente constituye una obra intelectual. Crear una obra intelectual implica dotar a la foto de originalidad, y la intención del sujeto que ello ocurra. Si bien la originalidad es un requisito muy fácil de obtener en derecho de autor, podría llegar a considerarse que la obra no es original.

Las instantáneas de escenas íntimas no parecen pretender llegar a la categoría de obras intelectuales, no existe el elemento volitivo de crear una obra intelectual<sup>67</sup>, y en muchos casos carecen de originalidad para ser consideradas obras intelectuales.

Asimismo, en el derecho argentino no existe la doctrina de las "meras fotografías", que ampara fotografías cuando no sean originales, pero, igualmente, tienen valor comercial. Un ejemplo de esta protección lo encontramos en la legislación española<sup>68</sup>. Las meras fotografías son protegidas porque pese a no ser originales constituyen el resultado de un trabajo que puede tener gran valor comercial, documental, científico e informativo. En España, con esta norma incluso se amparan las fotografías realizadas automática o mecánicamente por instalaciones de seguridad<sup>69</sup>.

---

Comercial, el 1 de agosto de 2015, la imagen es un derecho autónomo tutelado por el art. 52 del nuevo Código.

<sup>66</sup> Podría tratarse de una *selfie*, en cuyo caso la aplicación de la ley 11.723 es más lógica o de una foto tomada de común acuerdo por todos los participantes de la foto, en cuyo caso se podría hablar de coautoría de la obra intelectual.

<sup>67</sup> Sin perjuicio de que en esto existe toda una industria que comercializa fotografías y la creación de obras audiovisuales les da derecho a amparar la obra dentro del régimen de la ley 11.723.

<sup>68</sup> El art. 128 de la LPI española dice: "Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción".

<sup>69</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 280.

Está claro que la persona fotografiada en este tipo de imágenes no es la autora, y si se trata de una autofoto (conocidas como *selfies*), o de un video casero, menos aún suele ser la intención de hacer una obra.

Asimismo, el art. 34 de la ley 11.723, en una de sus tantas contradicciones que nuestra ley autoral tiene con el Convenio de Berna, dispone: "Debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras". En las imágenes o videos que analizamos (videos caseros o *selfies* con escenas íntimas), es infrecuente su registro en la Dirección de Derechos de Autor o el agregado del nombre del autor. Podría argumentarse sin embargo que se trata de una obra inédita también amparada por el art. 72, inc. a, de la ley 11.723<sup>70</sup>.

Finalmente, entendemos que no fue la intención del legislador transformar cualquier foto (o videos) de escenas íntimas en una obra intelectual y usar la ley 11.723 para perseguir penalmente a quien las difunde sin permiso. El Derecho Penal no admite ese razonamiento por analogía. No obstante lo dicho, no cabe descartar la calificación de obra intelectual en algunos casos, y poder usar los procedimientos de *notice and take down* donde estén legislados para dar de baja esta clase de contenido<sup>71</sup>.

Los casos hasta la fecha decididos en la Argentina siguen esta línea. La Cámara del Crimen<sup>72</sup> confirmó un fallo de primera instancia y desestimó una denuncia penal iniciada por una modelo a la que le publicaron fotos personales en Internet. La querrela argumentó que su agravio se sustentaba en "la violación del derecho a la imagen" de la modelo, ya que "en el sitio web se han publicado imágenes sin su autorización; ello, según la interpretación que formularon de los arts. 31 y 71 de la ley 11.723"<sup>73</sup>.

Los jueces sostuvieron que "sin perjuicio de las acciones civiles que pudieren corresponder, dado que las imágenes publicadas,

<sup>70</sup> CNCP, Sala II, 2/4/04, "De Simone, Daniel E. y otro s/rec. de casación", publicado en *LL*, 5/11/04, p. 7.

<sup>71</sup> FITZPATRICK, "Here's how celebs can get their nude selfies taken down", revista *Time*, <http://time.com/>.

<sup>72</sup> CNCrim., Sala VII, 13/2/13, "N. A. s/querrela".

<sup>73</sup> Cfr. la nota sin autor, "El modelo del delito inexistente", *Diario Judicial*, 17/5/13.

tal como se señaló en la denuncia, se corresponden con trabajos fotográficos y artísticos por los cuales la denunciante se encuentra vinculada contractualmente, al haber autorizado el uso de su imagen, corresponde confirmar la decisión en cuanto rechazó la petición de ser tenida por querellante”.

La decisión se funda en que “...la legitimación se encuentra, en realidad, en cabeza de los autores y otros titulares de la propiedad intelectual y sus derechohabientes, expresión que debe entenderse referida a los adquirentes de la obra, o a los cesionarios parciales, o a las personas autorizadas por el autor a ejercer sus derechos”. Es decir, entendieron que no era titular de obra intelectual alguna. Por todo ello, confirmaron lo decidido en primera instancia y desestimaron por inexistencia de delito la denuncia intentada por la modelo.

En el mismo sentido, otra decisión<sup>74</sup> desestimó una denuncia penal con fundamento en la ley 11.723. El caso versaba sobre la creación de una página web con datos filiatorios, domicilio y dos fotografías de una persona desnuda a la cual se le había agregado el rostro de la hija del denunciante. Éste había tomado la fotografía original sobre la cual se realizó el fotomontaje.

El tribunal entendió que la imagen en cuestión “...no encuadraba en la ley 11.723 pues no se daban los requisitos de originalidad y creatividad que la misma reclama para otorgar protección legal a la simple fotografía con la cual se habría confeccionado el documento mencionado y además por no encontrarse registrada ante el organismo respectivo con el fin de resguardar la propiedad intelectual”.

Respecto a las injurias, en estos supuestos (publicación no autorizada de fotos íntimas) las querellas presentadas se fundaron en el descrédito al honor que genera la difusión de imágenes íntimas destinadas a quedar en reserva. Los jueces también consideraron que la difusión de estas imágenes no encuadraban dentro del delito de injurias, y en estos casos se sumó el obstáculo adicional que requiere accionar por vía de querrela por ser delito de acción privada y la mayoría de los casos se presentaron como simple denuncia.

### 3.3. Tipología de casos y concurrencia con otras figuras penales

El fenómeno del *revenge porn* puede ser objeto de algunas clasificaciones en función de la voluntad de la publicación, de los motivos de la difusión, y de los participantes y su edad. Esta clasificación sirve para entender mejor qué está cubierto por la ley y qué falta regular en la materia.

<sup>74</sup> CNCrim., Sala I, 11/2/00, “Fappiano, Guillermo”.

En el análisis de estos casos partimos de la base de que la fotografía o video de la víctima contiene escenas íntimas que en principio no estaban destinadas a ser difundidas, y por lo tanto los registros de esas imágenes están amparados por el derecho a la privacidad y el derecho a la imagen de quienes en ella aparecen (arts. 52 y 53 del nuevo Código Civil y Comercial).

En los casos que analizamos, estas fotos o videos suelen ser captados *con permiso* de la víctima. Puede suceder que sean grabaciones caseras de escenas íntimas, sobre las que luego se pierde el control, ya sea por un acto de ingreso no autorizado al lugar donde se encuentran (generalmente un ordenador, disco rígido, pendrive o *smartphone*, o incluso un proveedor en la *nube*), o porque voluntariamente se comparte con la pareja durante la relación. Ha sucedido también que se lleva a reparar el *smartphone* y el personal del servicio técnico copia sin permiso el contenido, o bien que se extravía el mismo y quien lo encuentra divulga su contenido o lo “vende” a la prensa amarilla al descubrir que su titular es una persona famosa.

Respecto a la *persona retratada*, ésta puede ser un mayor o un menor, lo cual es importante para diferenciar algunas situaciones delictuales más serias. La presencia de un menor de edad en esta clase de imágenes nos lleva al art. 128 del Cod. Penal, además del delito de amenazas coactivas o la extorsión si fueron obtenidas por la fuerza. La figura de *revengé porn* que analizamos se refiere siempre a adultos.

Respecto a la *persona que capta la imagen*, puede ser también un *mayor o un menor*. Este aspecto es indistinto a los fines del delito que analizamos.

El registro de la imagen puede haber tenido lugar *con o sin consentimiento* del registrado. El consentimiento también aparece en la difusión y es un consentimiento distinto del consentimiento dado para la captación, es decir, la imagen puede haber sido tomada con consentimiento pero luego difundida contra la voluntad de la víctima. Incluso aunque la víctima haya dado consentimiento para la difusión, cabe recordar que bajo la ley argentina, en materia de derechos personalísimos –la imagen es uno de ellos–, el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Según el art. 55 del nuevo Código Civil y Comercial: “Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación



La captación contra la voluntad del sujeto puede ocurrir mediante el uso de artefactos tecnológicos que permiten grabarla en forma subrepticia, a distancia, *hackeando* la seguridad, o porque está accesible públicamente de alguna manera. El ingreso sin permiso a un ordenador o sistema de correo donde se encuentre la foto puede constituir el delito de acceso no autorizado a sistemas informáticos (art. 153 bis, Cód. Penal) o violación de correo electrónico (art. 153 del Cód. Penal).

Finalmente cabe definir la *finalidad de la captación*, reproducción o distribución de la imagen, lo cual será determinante para los distintos supuestos que analizamos. Ésta puede ser:

- hacer un video casero para uso privado, que luego es difundido por la ex pareja con ánimo de venganza: éstos son los casos conocidos como *revenge porn*. La finalidad en estos casos suele ser usar las imágenes para humillar públicamente a la víctima, cuando tiene lugar entre adultos<sup>76</sup>, pero no se requiere un ánimo de venganza;
- dar a publicidad las imágenes o videos con el fin de perjudicar, humillar o burlarse del sujeto<sup>77</sup>: son los casos recientes de *celebrities*, o también de bullying escolar;
- usar las imágenes con fines de corromper a menores<sup>78</sup>, lo cual también puede quedar dentro de la figura del delito de *grooming*;

restrictiva, y *libremente revocable*. Asimismo, el decreto reglamentario de la ley de protección de datos personales dispone: "El consentimiento dado para el tratamiento de datos personales *puede ser revocado* en cualquier tiempo. La revocación no tiene efectos retroactivos" (art. 5, decreto 1558/01).

<sup>76</sup> Si se trata de menores que envían estas imágenes puede, catalogarse como un caso de distribución de pornografía infantil o delito de *sexting*. Ver PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 46-47.

<sup>77</sup> En algunos países está legislado penalmente el acoso o *bulling* escolar, y estas acciones también pueden ser tipificadas como delitos de injurias, amenazas, coacciones, etc.

<sup>78</sup> Para un caso de envío de imágenes pornográficas a menores catalogado como corrupción ver TOC n° 1 Necochea, 5/6/13, "F., L. N. s/corrupción de menores agravada", LL, 2014-C-60, DPYC 2014 (agosto), p. 185, con nota de Silvina Andrea Alonso y nuestra nota "El *grooming* tipificado como corrupción de menores agravada", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, febrero 2014, p. 315 (en coautoría con Carla Delle Donne). Ver también CNCrim., Sala IV, c. 1522/2011, "C. F. N. s/corrupción de menor de trece años" (remisión de fotos pornográficas a menor de 13 años con el fin de corromperla).

- usar las imágenes con fines de extorsión a la víctima, o para pedir más imágenes. En un caso de pedido constante de fotografías de imágenes pornográficas a menores, se calificó la conducta como constitutiva del delito de amenazas coactivas<sup>79</sup>.

Finalmente, sería posible aplicar en algunos casos la figura contravencional de hostigamiento, prevista en el art. 52 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1472). La norma dispone: "Quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto".

En algunos supuestos, la constante publicación y difusión no autorizada de fotografías íntimas de una persona en la web podría calificar como una suerte de hostigamiento, si tiene como efecto intimidar o amenazar a la víctima en su vida en sociedad.

#### 3.4. Primer precedente

Un caso que tuvo mucha prensa en la Argentina es el caso conocido como "Camus hacker". El autor fue procesado en primera instancia por considerárselo responsable en los delitos de amenazas coactivas y extorsión en grado de tentativa. Se trató de una causa penal en la cual se investigaba la filtración en las redes sociales de fotos íntimas de famosos como Coki Ramírez, Diego Korol, Jorge Zonzini, Noelia Marzol, Sergio "Maravilla" Martínez, Fátima Flórez, Iliana Calabro, Verónica Lozano y Annalisa Santi.

El procesamiento fue dictado por el Juzgado de Instrucción Penal n° 49, a cargo de la doctora María Dolores Fontbona de Pombo. La acción penal se inició con una investigación preliminar de oficio del fiscal Ricardo Sáenz. Luego se inició la instrucción penal a tra-

<sup>79</sup> CNCP, Sala I, "Flamenco Saavedra", causa 16.238, reg. 22.319, 24/10/13. En el caso el imputado amedrentó y hostigó -vía internet- a una niña de trece años con la finalidad de obtener material fotográfico y filmico de carácter pornográfico. Luego de calificar el acto como delitos de amenazas coactivas, el tribunal sostuvo que corresponde agotar los medios de investigación con el fin de determinar la posible comisión de un delito de acción pública, ya que la conducta imputada no se limitaría al menoscabo de la dignidad de la víctima y a una grave injerencia en su fuero íntimo por las amenazas perpetradas, sino que por el tenor pornográfico del material que se habría obtenido coactivamente y la minoridad de la damnificada, no puede descartarse la posible comisión de delitos vinculados con la difusión de pornografía infantil (ley 26.388).

vés la Fiscalía n° 19<sup>80</sup>. La causa fue elevada a juicio oral y terminó con un juicio abreviado en el cual se acordó la pena de tres años de prisión en suspenso por el delito de coacción<sup>81</sup>.

Como fue un juicio abreviado, no se dice nada acerca de la sustracción de imágenes y si éstas pueden ser objeto del delito de hurto. La querrela se había iniciado por los delitos de coacción y amenazas coactivas<sup>82</sup>.

### 3.5. Propuestas de reforma en el proyecto de la ley 26.388

En el año 2008 se reformó el Código Penal en materia de delitos informáticos. La ley 26.388 introdujo nuevos delitos relacionados con la tecnología tales como la estafa informática, el daño informático, la creación y distribución de pornografía infantil, la violación del correo electrónico y el acceso ilegítimo a sistemas informáticos.

Ese proyecto de reforma<sup>83</sup> también había planteado incorporar el delito de captación y uso no autorizado de datos, imágenes y sonidos (proyectado como art. 153 ter), pero este tipo penal fue finalmente descartado en el debate parlamentario porque se entendió que podría alcanzar a las cámaras ocultas y por ende constituía una amenaza al periodismo de investigación<sup>84</sup>. Se consideró en definitiva que la protección civil era suficiente tutela para la imagen.

Fue así como en la reforma del Código Penal (ley 26.388) que incorporó ciertos delitos informáticos quedó un vacío respecto de la

<sup>80</sup> Ver la nota "Procesaron a Camus Hacker por amenazas y extorsión en el caso del robo de fotos íntimas a famosos", *Infobae*, 12 de febrero de 2015.

<sup>81</sup> Ver Tribunal Oral n° 6, causa 4786, 2/12/15, "Ioselli, Emanuel Carlos". Del acta del juicio de abreviado surge que se pacta condena por coacción, por lo tanto el tribunal no se pronuncia sobre la sustracción de las imágenes.

<sup>82</sup> Las amenazas coactivas alegadas eran contra Analisa Santi, una ex estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que prefirió dejar el Derecho luego de cursar un par de años en la UCA y ser modelo publicitaria.

<sup>83</sup> El artículo propuesto por la Cámara de Diputados establecía como art. 153 ter del Código Penal era el siguiente: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ilegítimamente y para vulnerar la privacidad de otro, utilizando mecanismos de escucha, interceptación, transmisión, grabación o reproducción de voces, sonidos o imágenes, obtuviere, difundiere, revelare o cediere a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas". La norma proyectada disponía en un segundo párrafo la exención de responsabilidad penal a quien realizara alguna de las conductas descriptas en el primer párrafo "cuando el único propósito sea garantizar el interés público".

<sup>84</sup> PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal*, cit., p. 148.

tutela penal de la imagen. Este vacío, generado por temor a avasallar a la prensa, deja sin embargo un problema en la materia pues las nuevas tecnologías han avanzado enormemente y hoy en día es muy fácil captar la imagen de diversas formas y reproducirla y ponerla a disposición de toda la web. Existen, como hemos visto, un sinnúmero de delitos que amparan conductas relacionadas con el uso que se da a la imagen pero ninguno que en forma concreta tutele la difusión no autorizada de imágenes captadas con consentimiento de la víctima.

### *3.5. El anteproyecto de Código Penal del año 2014*

La comisión para la elaboración del proyecto de reforma y actualización del Código Penal de la Nación creada por el decreto 678/12 presentó un anteproyecto en febrero de 2014.

El art. 120 del anteproyecto, bajo el epígrafe de "Violación de la privacidad", propone: "Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y multa de diez a ciento cincuenta días, el que vulnerare la privacidad de otro, mediante la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen, o se apoderare de registros no destinados a la publicidad".

La norma contiene asimismo una agravante que duplica la pena en casos de comisión de hechos mencionados en el párrafo primero mediando abuso de oficio o profesión, o de su condición de funcionario público.

Como puede apreciarse de la lectura del primer párrafo del art. 120 del anteproyecto, se trata en general de registros de imagen captados sin consentimiento del titular, incluso sin conocimiento del mismo mediante el uso de dispositivos tecnológicos que ayudan a invadir la privacidad.

Pero las fotos o videos sobre sus escenas íntimas captadas con consentimiento pero sin intención de difundirlas no parecen quedar dentro del primer párrafo. Por otra parte, lo importante del supuesto que analizamos no es tanto la captación o apoderamiento (generalmente consentida) sino la difusión no autorizada de algo que debe quedar en la vida privada de las personas.

La norma proyectada tal vez debería incluir, en un nuevo párrafo, la publicación o difusión de la imagen como una acción separada de la captación en sí misma, es decir, una alternativa a la violación a la privacidad, como sucede con el delito de violación de correspondencia que separa el acceso de la publicación. Y además cabría diferenciar si es el mismo sujeto que la publica o un tercero.

Entendemos que en el proyecto de reforma el verbo *apoderarse* no es utilizado en el sentido de la acción del hurto, sino en el sen-

tido de copiar digitalmente el contenido. Es que no tiene otra interpretación en la edad actual dicho término cuando la mayoría de supuestos de captación de la imagen será en formato digital, y almacenada en medios electrónicos. Esto lleva a que el apoderamiento de la imagen muchas veces no implica desapoderar al titular del mismo, sino simplemente hacer una copia digital del archivo.

#### 4. FUNDAMENTOS PARA PENALIZAR LA DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE VIDEOS O IMÁGENES ÍNTIMAS

##### 4.1. *La privacidad frente a las nuevas tecnologías*

El primer fundamento para penalizar los actos de *revenge porn* es el derecho a la intimidad de las personas cuya imagen es difundida sin permiso.

La viralización de Internet hace que estas imágenes privadas puedan llegar a millones de personas, humillando y estigmatizando a la víctima al darse a conocer aspectos de su vida íntima que deben quedar en reserva. Está en juego la tutela de la dignidad humana, punto central de los derechos personalísimos reconocido por la normativa de derecho privado<sup>85</sup>.

En la sociedad de la información el individuo sigue teniendo el dominio sobre sus datos personales, lo que incluye el control sobre su propia imagen, y ello le da derecho a decidir cuándo y dónde ésta puede ser publicada, salvo las excepciones previstas en el Código Civil<sup>86</sup>. Difundir sin permiso escenas íntimas, dado el enorme daño que provocan, es una forma de dificultar este derecho a controlar la información personal sobre una persona y constituye una seria lesión a la intimidad que merece sanción penal. Esta sanción no es posible por las razones ya expuestas. La propuesta que aquí

<sup>85</sup> Art. 52 del Código Civil y Comercial. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

<sup>86</sup> Art. 53 del Código Civil y Comercial. Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

realizamos tiene por finalidad cumplir con tratados internacionales y cubrir el vacío en el Código Penal.

Legislar este aspecto de la imagen, como todo lo que ocurre con las nuevas tecnologías, no es tarea fácil. Dada la amplia difusión del uso de videocámaras, celulares, aplicaciones móviles y redes sociales, el uso de la imagen estática o en movimiento se ha expandido enormemente. Cualquiera puede captar y subir una imagen online en segundos compartiéndola con millones de personas. Pero ello no implica que el derecho a la imagen deba quedar anulado o porque ahora resulta más fácil su infracción.

La libertad de expresión no se extiende a divulgar la vida privada e íntima de las personas, y no existe ningún interés público que justifique publicar o dar a conocer escenas íntimas de dos personas adultas manteniendo una relación sexual. De una exégesis de la ley 11.723 (art. 31) se extrae que el legislador ha prohibido —como regla— la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho<sup>87</sup>. Este interés general no estará presente en el supuesto que analizamos.

Creemos que resulta necesario sancionar penalmente la publicación en Internet de imágenes de connotación sexual sin el consentimiento del involucrado.

Los males sociales se verán siempre reflejados en la red y deben prevenirse las formas de combatirlos, pues el efecto es mucho mayor que en el mundo offline.

#### 4.2. La normativa de violencia de género

Tal como sostuvimos en otra oportunidad<sup>88</sup>, el principal fundamento para penalizar el *revenge porn* es la normativa de violencia de género contenida en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como “Convención de Belem do Pará”). En Argentina, la ley 24.632 aprobó esta Convención que forma parte del derecho interno argentino.

<sup>87</sup> CSJN, 28/6/88, “Lambrechi, Norma Beatriz y otra c/Wilton Palace Hotel y otro”, *Fallos*, 311:1171.

<sup>88</sup> PALAZZI, *Introducción al problema del Revenge porn*, Working Paper n° 1 del Programa de Derecho de Internet de la Universidad de San Andrés, abril de 2015, y nuestra nota “Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del *revenge porn*”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 8, 2015, pp. 1587-1598.

Entendemos que esta norma es relevante, pues la mayoría de los casos de *revenge porn* tienen como víctimas a mujeres<sup>89</sup>.

Según la definición dada por la Convención, la *violencia contra la mujer* incluye daño o *sufrimiento psicológico* a la mujer, lo que puede ocurrir sin lugar a dudas con la difusión no autorizada en Internet de imágenes íntimas que originalmente fueron captadas con su consentimiento<sup>90</sup>, pero sin su autorización para la difusión posterior.

La Convención también dispone que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3).

Finalmente, la Convención requiere a los Estados firmantes poseer recursos judiciales de protección<sup>91</sup> de estos derechos e incluso sanciones penales<sup>92</sup>. Nuestra opinión es que esta Convención debe ser la base para la figura penal que analizamos.

<sup>89</sup> CITRON, "Are men really harassed online more than women?", *Forbes*, 9 de mayo de 2014. La columnista Jil Filipovic destacó en el diario inglés *The Guardian*: "No existen webs populares de porno vengativo con fotos de hombres desnudos porque como sociedad no pensamos que sea degradante o humillante que un hombre sea sexualmente activo... En el fondo, las webs de *revenge porn* no son sobre chicas desnudas; para eso ya hay muchas en las que posan con su consentimiento. Todo esto trata sobre odiar a las mujeres, divertirse viendo cómo se viola su intimidad e hiriéndolas". Cfr. FILIPOVIC, "Revenge porn is about degrading women sexually and professionally", *The Guardian*, 28 de enero de 2013. Ver también la nota de VALENTI, "What's Wrong with Checking Out Stolen Nude Photos of Celebrities", *The Atlantic*, 1/9/14.

<sup>90</sup> El art. 2 de la Convención señala que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

<sup>91</sup> El art. 4 establece: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:... b) el derecho a que se respete su integridad... psíquica y moral...

"e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia...

"g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos".

<sup>92</sup> Cfr. Art. 7. "Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:... c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean

El intento y propuesta de penalizar los actos de *revenge porn* ha tenido fuerte respaldo en el movimiento que impulsa normas de género<sup>93</sup>.

Es cierto que los tipos penales relacionados con la violencia de género han sido criticados en alguna oportunidad por su desigualdad, sin embargo entendemos que el justificativo de darles un tratamiento diferente reside en amparar estas situaciones que son más graves y reprochables socialmente y que en la práctica son las que más frecuentemente tienen lugar.

Otra justificación de la necesidad de penalizar estas conductas está dada por la ineficacia de las figuras civiles. La sanción civil es pecuniaria y llega tarde, junto con una cautelar que nunca va a lograr limpiar de Internet todas las imágenes, que podrán seguir apareciendo sin límite de tiempo alguno<sup>94</sup>. Por otra parte, la protección que en este ámbito de la privacidad otorga el derecho penal es más que necesaria, como claramente lo ha señalado la doctrina civilista<sup>95</sup>.

#### 4.3. Libertad de expresión y falta de interés público

El tercer argumento es un argumento negativo, relativo a la falta de interés público en la publicación o difusión de estas imágenes que forman parte de la vida privada de las personas. Nadie puede argumentar interés legítimo alguno para difundirlas. La libertad de expresión en este caso debe ceder frente a la privacidad del contenido.

En Estados Unidos se ha escrito mucho sobre este conflicto con otros derechos. El problema se presenta porque en ese país el dis-

---

*necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso...*;

"d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad".

<sup>93</sup> RAMÍREZ, "La rebelión femenina contra el porno vengativo en internet", diario *El País*, 30 de enero de 2013 y la obra de CITRON, Danielle Keats, *Hate Crimes in cyberspace*, Harvard, 2014, pp. 143-166.

<sup>94</sup> Ver los casos comentados por Danielle Citron, que incluyen acosos por años en la web. CITRON, *Hate Crimes in cyberspace*, pp. 35-72.

<sup>95</sup> BORDA, "Una ley estéril", *ED*, 67-581 (1976). El autor, al comentar la reforma del Código Civil que introdujo el art. 1071 bis -reconocimiento expreso del derecho a la privacidad-, sostuvo: "La turbación de la intimidad debería ser incriminada como delito. Sólo así es posible concebir la esperanza de que la protección legal sea efectiva".



curso verdadero tiene protección constitucional. La foto en un caso de *revenge porn* es verdadera, y no hay una excepción legal prevista para justificar su supresión o penalizar a quien la difunde. El mejor ejemplo es el caso del *hate speech* en Estados Unidos. Se suele argumentar que sin protección constitucional para el *hate speech*, no habría "mercado de las ideas", sobre, por ejemplo, las ideas nazis. Se sostiene que para amparar el discurso que la sociedad encuentra aceptable también se debe amparar el discurso que la sociedad encuentra repugnante. Esto incluye el discurso sin valor tal como el *hate speech* o la pornografía<sup>96</sup>.

Entendemos que no cabe *ab initio* tener una postura negativa frente a este tipo de normas, que pueden convivir con la libertad de prensa si se logra encontrar un estándar adecuado para permitir que sobreviva.

Siempre ha existido y va a existir una tensión *natural* entre la libertad de información (y de prensa) y la protección de la vida privada. Pero encontramos que no hay contradicción pues estas escenas íntimas carecen de interés público alguno, salvo el morbo del público consumidor de esta clase de imágenes, que no podrá invocar derecho alguno de acceso a las mismas.

La falta de interés público de las imágenes relacionadas con actos de *revenge porn* se evidencia en los recientes cambios de las políticas de los principales intermediarios de Internet que prohíben expresamente escenas de desnudos.

Durante los años 2014 y 2015, ante el debate existente en la sociedad norteamericana, los intermediarios de Internet han dado un paso más. Así, diversas empresas del mundo online como Reddit<sup>97</sup>, Twitter<sup>98</sup> o Facebook<sup>99</sup>, han prohibido en sus términos y condiciones en forma expresa las imágenes relacionadas con actos de *revenge porn*.

<sup>96</sup> DELGADO - STEFANIC, "Must We Defend Nazis?: Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment", NYU Press, p. 153; HEINS, "Banning Words: A Comment on Words That Wound", 18 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, pp. 585-592 (1983), y STROSSEN, "Hate Speech and Pornography: Do We Have to Choose Between Freedom of Speech and Equality?", 46 *Case W. Res.* 449, 458 (1996).

<sup>97</sup> SNYDER, "Twitter and Reddit ban 'revenge porn', but what took so long?", [www.cio.com](http://www.cio.com).

<sup>98</sup> TSUKAYAMA, "Twitter updates its rules to specifically ban 'revenge porn'", *The Washington Post*, 11 de marzo de 2015.

<sup>99</sup> PRICE, "Facebook bans revenge porn in new Community Guidelines", *Business Insider*, 16/3/15.

Los buscadores –por ejemplo Google<sup>100</sup>– también tomaron la iniciativa de reconocer en forma expresa que aceptarían reclamos de remoción de imágenes de *revenge porn*, como ya vienen haciendo con otra clase de información sensible tales como firmas, tarjetas de crédito, y otros datos que pueden causar perjuicio si permanecen en la red y son usados sin permiso<sup>101</sup>. En el blog de Políticas Públicas de Google<sup>102</sup> se puede leer que, luego de reconocer que el ideal de Google es incluir todo el contenido de la web sin limitaciones en las búsquedas, el fundamento de esta remoción se centró “en el daño que causa la difusión de estas imágenes”.

Es más, el caso de “*revenge porn*” es uno de los pocos supuestos en los cuales los buscadores han dejado de lado su rol pasivo de intermediarios y han comenzado activamente a remover resultados<sup>103</sup>.

Estas conclusiones son aplicables en nuestro medio. Recordamos que el considerando n° 18 del fallo de la Corte Suprema en el caso “*María Belén Rodríguez v. Google*”<sup>104</sup> reconoce la libertad de expresión en Internet y la falta de responsabilidad objetiva de los buscadores, y menciona a los casos de *pornografía infantil* y los de *publicación de imágenes de escenas íntimas* como claros supuestos en que no es necesario esperar una orden judicial frente a un pedido de remoción de la persona afectada.

<sup>100</sup> GRANDONI, “Google to Remove ‘Revenge Porn’ Images From Search Results”, *New York Times*, 19 de junio de 2015.

<sup>101</sup> SINGHAL, “‘Revenge porn’ and Search”, <http://googlepublicpolicy.blogspot.com.ar/>, post del 19 de junio de 2015.

<sup>102</sup> En el post citado en la nota anterior se dice: “*Our philosophy has always been that Search should reflect the whole web. But revenge porn images are intensely personal and emotionally damaging, and serve only to degrade the victims—predominantly women. So going forward, we’ll honor requests from people to remove nude or sexually explicit images shared without their consent from Google Search results. This is a narrow and limited policy, similar to how we treat removal requests for other highly sensitive personal information, such as bank account numbers and signatures, that may surface in our search results.*”

<sup>103</sup> GIBBS, “Google removes results linking to stolen photos of Jennifer Lawrence nude”, en *The Guardian*, 20 de octubre de 2014.

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “*María Belén Rodríguez v. Google y otro*”, publicado en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 352-384 (2015) y nuestro comentario “El fallo de la Corte Suprema de Argentina en el caso Google, la creación pretoriana de un procedimiento de *notice & take down* y su impacto en la protección de datos personales”, en p. 385 de la misma publicación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación explicó –a manera de *obiter*– que estos casos son supuestos en que el mero análisis de la imagen permite comprender que es ilegal su publicación. Por ende, se debe dar de baja en forma inmediata el contenido en cuestión, sin esperar una orden judicial.

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, también podría ser posible pensar en una excepción para supuestos de interés público, como el que fue previsto por la ley 26.388 para el caso de publicación de correspondencia digital relacionada con asuntos de interés público<sup>105</sup>. Creo que los casos serían excepcionales pero deberían estar presentes.

La norma que se redacte debería aclarar de alguna forma algo obvio: el hecho de que los intermediarios de Internet no son responsables pues actúan en forma automatizada y sin posibilidad de control previo del contenido que se sube online, cuestión que ya los jueces están aplicando correctamente en materia de denuncias penales en casos de derechos de autor<sup>106</sup>.

También cabe la posibilidad de optar por la solución de Brasil en la Ley del Marco Civil de Internet.

El problema de la regulación brasileña es que se parte de la base de que los intermediarios son responsables a menos que remuevan el contenido, cuando en realidad nunca deberían ser responsables del contenido subido por terceros.

La ley brasileña ya citada<sup>107</sup> les quita la inmunidad si no remueven el contenido en forma sumaria, creando así un incentivo

<sup>105</sup> Para un listado de indicios para determinar cuándo puede haber interés público en casos de tutela de la vida privada, ver PALAZZI, "Publicación de un correo electrónico con contenido de interés público: el conflicto entre privacidad y la libertad de expresión en Internet", *ED*, 257-203 (2014).

<sup>106</sup> Ver. por ejemplo CNCrim., Sala V, P., L., 28/10/13, *LL*, 2013-F-452 y *LL*, 2014-C-63, y en similar sentido el caso que involucró a "Kodama vs. Taringa", CNCrim., Sala I, 5/5/15, *DJ*, 30/9/15, p. 63, cita online La Ley AR/JUR/8607/2015.

<sup>107</sup> Art. 21. El proveedor de aplicaciones de internet que disponibilice contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, dejar de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilización de ese contenido. Parágrafo único. La notificación prevista en el artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos

para actuar con rapidez. Si bien nos referimos exclusivamente a la responsabilidad penal, lo cierto es que no puede ponerse en cabeza del intermediario la posible sanción penal, a menos que “actúe rápidamente y remueva el contenido”, pues ello plantea serios problemas interpretativos respecto al dolo propio de la figura que estudiamos.

#### 4.4. Nuestra propuesta

Somos de la idea de que la legislación penal debe amparar a la imagen, a través de dos figuras distintas que ya están contempladas en el Derecho comparado.

La primera es la captación no autorizada de la imagen mediante dispositivos tecnológicos en lugares privados y *sin consentimiento* del titular de la imagen<sup>108</sup>.

La segunda figura debe apuntar a amparar al sujeto contra la difusión no autorizada de la imagen que originalmente se captó *con su consentimiento*, pero en un lugar privado y donde el contexto daba a entender que no deben difundirse, pues son escenas íntimas y el titular se verá gravemente afectado en caso de su difusión<sup>109</sup>.

Los elementos del delito de revelación no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*) son los siguientes: (i) se difunden o revelan imágenes captadas con consentimiento; (ii) son imágenes o videos íntimos, de contenido sexual o de poses, pero donde el propio contenido de la imagen da a entender que su difusión afecta gravemente la privacidad de la víctima; (iii) la difusión es sin autorización del sujeto pasivo; (iv) esa divulgación afecta gravemente su privacidad; (v) no se requiere una intención especial ni un ánimo de venganza (lo cual sería muy difícil de probar pero por otra parte está implícito en la mayoría de los casos); (vi) la existencia de lucro puede funcionar como agravante pero no debe integrar la figura básica.

Numerosos autores coinciden en que la publicidad de un video íntimo de una persona además de poder vulnerar el derecho a la

---

que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido.

<sup>108</sup> Receptada en numerosas legislaciones, por ejemplo: art. 226-1 del Código Penal francés.

<sup>109</sup> Receptada en numerosas legislaciones, por ejemplo: cerca de una veintena de estados en los Estados Unidos de Norteamérica; sección 33-35 de la *Criminal Justice and Courts Act 2015* del Reino Unido; art. 56 de la ley de privacidad de Nueva Zelanda; art. 197 del Código Penal español.

propia imagen supondría una vulneración del derecho a la intimidad de la persona si no se cuenta con consentimiento de la misma <sup>110</sup>.

En función de todo lo expuesto proponemos agregar como art. 153 ter del Código Penal la siguiente figura: "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones de audio o audiovisuales de aquélla, que hubiera obtenido con o sin su consentimiento en un lugar privado, cuando la divulgación menoscabe gravemente la privacidad de esa persona".

## 5. CONCLUSIONES

La difusión de imágenes íntimas en internet constituye una grave afectación del derecho a la privacidad.

De todas las imágenes que puedan existir de una persona, esta clase de datos son los más íntimos. Lo único que desea la víctima en estos casos es lograr retirar de Internet sus fotos íntimas. El castigo del culpable suele quedar en segundo lugar frente a esta urgente necesidad de limpiar la web de sus datos y contenidos privados. Pero las cautelares suelen ser difíciles de obtener e implican involucrar a intermediarios de Internet que no tienen relación alguna con el hecho ilícito. Por otra parte, la legislación civil ya cubre adecuadamente este tipo de hechos ilícitos, no así la penal, lo cual es un vacío que debe ser remediado con la modificación de los códigos penales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAMBAUER, "Exposed", *98 Minnesota Law Review* 2025 (2014), Arizona Legal Studies Discussion Paper n° 13-39.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>110</sup> CITRON - FRANKS, "Criminalizing Revenge Porn", *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014, p. 345; LARKIN, "Revenge Porn, State Law, and Free Speech", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2014; LEVENDOWSKI, "Using Copyright to Combat Revenge Porn", *NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, vol. 3, 2014; BAMBAUER, "Exposed", *98 Minnesota Law Review* 2025 (2014), Arizona Legal Studies, Discussion Paper n° 13-39; VARGAS DE BREA, "La regulación de la pornografía no consentida en la Argentina", Paper del CELE, diciembre 2015; PALAZZI, "Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del revenge porn", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 8, 2015, pp. 1587-1598; y TOURINO, *ob. cit.*, p. 53.

- BORDA, "Una ley estéril", *ED*, 67-581.
- BRANDOM, "Revenge porn magnate Hunter Moore will face up to seven years in prison", *The Verge* 18/2/15.
- "Christopher Chaney sentenced to 10 years in jail for hacking into personal online accounts of celebs Scarlett Johansson, Mila Kunis, Christina Aguilera", [www.nydailynews.com](http://www.nydailynews.com).
- CITRON, *Hate Crimes in cyberspace*, Harvard, 2014.
- CITRON - FRANKS, "Criminalizing Revenge Porn", *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014, p. 345.
- COLAS TUREGANO, "La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen", en *Revista Boliviana de Derecho* n° 15, enero 2013.
- DELGADO - STEFANIC, "Must We Defend Nazis?: Hate-Speech, Pornography, and the New First Amendment", NYU Press, p. 153.
- DONEDA - MONTEIRO, "O sistema brasileiro de privacidade e proteção de dados no Marco Civil da Internet", en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos*, año I, n° 1, pp. 23-49 (2015).
- FILIPOVIC, "'Revenge porn' is about degrading women sexually and professionally", *The Guardian*, 28 de enero de 2013.
- FITZPATRICK, "Here's how celebs can get their nude selfies taken down", revista *Time*, <http://time.com/>.
- "Fotografías de famosas desnudas: El hacker vuelve a filtrar fotografías íntimas", *The Huffington Post*, 21 de septiembre de 2014.
- FRANKS, "How to Defeat 'Revenge Porn': First, Recognize It's About Privacy, Not Revenge", 22/6/15.
- GIBBS, "Google removes results linking to stolen photos of Jennifer Lawrence nude", en *The Guardian*, 20 de octubre de 2014.
- GRANDONI, "Google to Remove 'Revenge Porn' Images From Search Results", *New York Times*, 19 de junio de 2015.
- HEINS, "Banning Words: A Comment on Words That Wound", 18 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, pp. 585-592 (1983).
- HILL, "Leaked Nude Images Reveal Celebs' Location Information", *Forbes*, 9/2/14, [www.forbes.com](http://www.forbes.com).
- IRAHETA, "Pornografia da vingança: Marco Civil da Internet facilita punição e obriga sites a tirar vídeos íntimos do ar", [www.brasilpost.com.br](http://www.brasilpost.com.br).
- ISAAC, "In Privacy Update, Reddit Tightens Restrictions on Nude Photos", *New York Times*, 24 de febrero de 2015.

- "La modelo Noelia Marzol denunció a Camus Hacker ante la Justicia", *La Nación*, 28/1/14.
- LARKIN, "Revenge Porn, State Law, and Free Speech", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2014.
- LEVENDOWSKI, "Using Copyright to Combat Revenge Porn", *NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, vol. 3, 2014.
- "Los tatuajes confirman que es Agustina Kampfer", *Clarín*, 15/8/14.
- MCCOY, "4chan: The 'shock post' site that hosted the private Jennifer Lawrence photos", *The Washington Post*, 2/9/14.
- O'HARA, "A federal revenge-porn bill is expected next month", *The Daily Dot*, 21/6/15.
- OHLEISER, "Revenge porn purveyor Hunter Moore is sentenced to prison", *The Washington Post*, 12/3/15.
- PALAZZI, *Introducción al problema del Revenge porn*, Working Paper n° 1 del Programa de Derecho de Internet de la Universidad de San Andrés, abril de 2015.
- *Los delitos informáticos en el Código Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
  - "Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del revenge porn", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 8, 2015, pp. 1587-1598.
  - "Publicación de un correo electrónico con contenido de interés público: el conflicto entre privacidad y la libertad de expresión en Internet", *ED*, 257-203 (2014).
- PETERSON - YAHR - WARRICK, "Leaks of nude celebrity photos raise concerns about security of the cloud", *The Washington Post*, 1/9/14.
- PRICE, "Facebook bans revenge porn in new Community Guidelines", *Business Insider*, 16/3/15.
- "Procesaron a Camus Hacker por amenazas y extorsión en el caso del robo de fotos íntimas a famosos", *Infobae*, 12 de febrero de 2015.
- RAMÍREZ, "La rebelión femenina contra el porno vengativo en internet", diario *El País*, 30 de enero de 2013.
- RIQUERT, "Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales", *LL*, 2015-E-432.
- RISLING, "Miss Teen USA sextortion case: Hacker pleads guilty", *Associated Press*, noviembre 13 de 2013.
- SINGHAL, "Revenge porn' and Search", <http://googlepublicpolicy.blogspot.com.ar/>, post del 19 de junio de 2015.

- SNYDER, "Twitter and Reddit ban 'revenge porn', but what took so long?", [www.cio.com](http://www.cio.com).
- STROSSEN, "Hate Speech and Pornography: Do We Have to Choose Between Freedom of Speech and Equality?", *46 Case W. Res.* 449, 458 (1996).
- TOURINO, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Ed. Catarata, Madrid, 2104.
- TSUKAYAMA, "Twitter updates its rules to specifically ban 'revenge porn'", *The Washington Post*, 11 de marzo de 2015.
- VALENTI, "What's Wrong With Checking Out Stolen Nude Photos of Celebrities", *The Atlantic*, 1/9/14.
- VARGAS DE BREA, "La regulación de la pornografía no consentida en la Argentina", *Paper-del-CELE*, diciembre-2015.
- VINCENT, "Sharing revenge porn in the UK now carries a two year jail sentence", *The Verge*, 13 de abril de 2015.



## SEGUNDA LECTURA

**Villacampa Estiarte, C. (2018).** El «cyberstalking» como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación en derecho penal español. En Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. y García Albero, R. (Coords.). Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (pp. 1111-1128). Navarra, España. Thomson Reuters Aranzadi.

La generalización del uso de las tecnologías de la información y la comunicación puede haber comportado un incremento de la violencia de género, hasta el punto de que en determinadas franjas de edad –adolescentes y jóvenes adultos– se admite que puede ser más prevalente la que se mantiene online. En definitiva, el cyberstalking es una expresión de la violencia de género que menos identifican quienes la padecen.



# Represión Penal y Estado de Derecho

Homenaje al Profesor  
Gonzalo Quintero Olivares

FERMÍN MORALES PRATS  
JOSEP M<sup>a</sup> TAMARIT SUMALLA  
RAMÓN GARCÍA ALBERO  
(COORDINADORES)

INCLUYE LIBRO  
ELECTRÓNICO  
**THOMSON REUTERS  
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**



FERMÍN MORALES PRATS

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona*

JOSEP M.<sup>a</sup> TAMARIT SUMALLA

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida y  
Universitat Oberta de Catalunya*

RAMON GARCIA ALBERO

*Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Lleida*

# REPRESIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Homenaje al Profesor Gonzalo  
Quintero Olivares

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

Primera edición, 2018



THOMSON REUTERS PREVIEW eBooks  
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Morales Prats, Josep M.ª Tamarit Sumalla y Ramón García Albero]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-1309-027-6  
DL NA 2759-2018

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 – Pamplona

# El «cyberstalking» como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación en derecho penal español<sup>1</sup>

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

*Catedrática de Derecho Penal de la Universitat de Lleida*

## I. INTRODUCCIÓN

Comienza a ser común opinión en la literatura especializada que la generalización del uso de las tecnologías de la información y la comunicación puede haber comportado un incremento de la violencia de género, hasta el punto de que en determinadas franjas de edad –adolescentes y jóvenes adultos– se admite que puede ser más prevalente la que se manifiesta *online*<sup>2</sup>. Así, la generalización en el uso de las TIC puede haber contribuido a que los clichés de género se reproduzcan, transformando los mecanismos a través de los cuales la violencia de género se aplica, aunque no la dinámica del rol de género que subyace a este tipo de conductas, en que las mujeres continuarían apareciendo

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER 2015-64506-C2-1-R sobre «formas contemporáneas de violencia de género: mecanismos jurídicos de protección de las víctimas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.
2. Vid., entre otros, ESTÉBANEZ, I. y VÁZQUEZ, N., *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales*, Observatorio Vasco de la Juventud, Bilbao, 2013; TORRES, C., *El cibercoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Madrid, 2013; BLANCO RUÍZ, M.A., «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes», *Comunicación y Medios*, 30, 2014, pp. 124 y ss.; FLORES, P. y BROWNE, R., «Jóvenes y patriarcado en la sociedad TIC: Una reflexión desde la violencia simbólica de género en redes sociales», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 15 (1), 2017, pp. 147 y ss.; DONOSO VÁZQUEZ, T., RUBIO HURTADO, M.J. y VILÀ BAÑOS, R., «La adolescencia ante la violencia de género 2.0: concepciones, conductas y experiencias», *Educación*, XXI, 2018, pp. 109 y ss.

más como víctimas y los hombres como victimarios. Pese a ello, se dice, las violencias de género 2.0 no consistirían tanto en formas de violencia física como psicológica<sup>3</sup>, por tanto, más sutiles, y precisamente por ello, más difíciles de percibir por parte de quienes las padecen. Si bien algunas de estas violencias son percibidas como tales por los propios sujetos pasivos –lo que sucede con las acciones más directas, fundamentalmente ligadas a la violencia sexual–, entre las conductas que menos se perciben como violencias de género se cuentan, de un lado, aquellas en que la mujer es tratada como objeto sexual y, de otro, las conductas de control que se ejercen por la pareja a través de entornos virtuales. Entre las razones explicativas más relevantes para comprender por qué este tipo de manifestaciones de la conducta violenta no se perciben como tales se encuentra la pervivencia de mitos como el del amor romántico, esto es, de las formas de amor que conllevan la presencia del deseo y la pasión sexual como motor de las acciones y que contribuyen a mantener la idea de la subordinación estructural de las mujeres.

Ha habido ya algunas investigaciones empíricas realizadas en nuestro país que permiten fundamentar que el apego a mitos como el del amor romántico impide tanto a población adolescente como a jóvenes adultos percibir algunas formas de violencia de género y que han puesto el acento en la necesidad de deconstruirlos para que no se produzca un retroceso en la igualdad conseguida entre hombres y mujeres<sup>4</sup>. Junto a estos estudios de victimización, también los datos oficiales sobre victimización por cibercriminalidad más recientes con que se cuenta en España, en un contexto de incremento constante de delitos informáticos, informan acerca de que los menores son en mucha mayor medida que los adultos víctimas de conductas *online* consistentes en amenazas y coacciones o delitos contra la libertad sexual, de forma aún más clara cuando se trata de mujeres jóvenes, mientras que los adultos padecen más prevalentemente conductas de fraude informático<sup>5</sup>.

3. FUNDACIÓN BBV, GREDIDONA y UNIVERSITAT DE BARCELONA, *Violencias de género 2.0. Guía de sensibilización, prevención y actuación ante las violencias de género 2.0*, Barcelona, 2016, pp. 6 y ss.; DONOSO VÁZQUEZ, T., RUBIO HURTADO, M.J., VILÀ BAÑOS, R. y VELASCO MARTÍNEZ, A., «La violencia de género 2.0», en *Investigar con y para la sociedad*, vol. 1, Aidipe, Madrid, 2015, pp. 255 y ss.
4. Entre otras, BLANCO RUÍZ, M.A., «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes», op. cit., pp. 124 y ss., en que muestra los resultados de un estudio efectuado con una encuesta realizada a 457 menores de entre 13 y 18 años; DONOSO VÁZQUEZ, T., RUBIO HURTADO, M.J. y VILÀ BAÑOS, R., «La adolescencia ante la violencia de género 2.0: concepciones, conductas y experiencias», op. cit., pp. 109 y ss., en que se exponen los resultados de un estudio efectuado con una muestra de 3043 adolescentes residentes en Cataluña, Aragón, Galicia, Andalucía, Islas Baleares y Canarias.
5. Al respecto vid. El IV informe sobre cibercriminalidad: MINISTERIO DEL INTERIOR, *Estudio sobre la cibercriminalidad en España*, Madrid, 2016, pp. 28 y ss., que indica que en



Sentado lo precedente, centrándonos en que precisamente la violencia de control ejercida a través de las TIC, concretamente el *cyberstalking* como una de sus manifestaciones, constituye una de las expresiones de la violencia de género que menos identifican quienes la padecen, veamos primero si fenomenológicamente puede considerarse que los supuestos de *cyberstalking* objetivados en nuestro país responden a la dinámica de la violencia de género y, en segundo término, si, a la vista de los resultados de dicha prospección fenomenológica, la incriminación de tal conducta como actualmente está prevista en nuestro ordenamiento jurídico resulta adecuada y proporcionada. Con carácter previo, sin embargo, al objeto de determinar los contornos de esta aportación, debe comenzar analizándose brevemente el concepto de *cyberstalking* de que se parte y sus diferencias y semejanzas con el concepto general de *stalking*.

## II. «CYBERSTALKING»: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El concepto de *cyberstalking*, del mismo modo que en su momento sucediera con el de *stalking*, no resulta unívoco. Determinar el concepto prejurídico de *stalking*, con el que este se halla relacionado, resultó ya un proceso complejo. Si bien la academia convino que debía tratarse de un comportamiento repetitivo, obsesivo e invasivo, las dificultades que surgieron en torno a su conceptualización tenían que ver sobre todo con las que surgían al intentar delimitarlo respecto de actividades rutinarias, con el empleo efectuado del término «obsesión» –que en el ámbito de la psicología se usa habitualmente en el sentido de un pensamiento disruptivo u obsesivo, no en el sentido que se le daba en las definiciones del *stalking*–, o respecto de cuestiones como el número de veces en que debían producirse estas conductas o la duración que debían tener en el tiempo para ser consideradas como *stalking*<sup>6</sup>. Tales dificultades de conceptualización explican que en la comunidad científica, sobre todo en el ámbito de la psicología y la psiquiatría, se formularan multiplicidad de definiciones operacionales, entre las más conocidas las de MELOY y GOTHARD<sup>7</sup>, PATHÉ y MULLEN<sup>8</sup> o WESTRUP<sup>9</sup>.

---

el período comprendido entre los años 2013 y 2016 se produjo un incremento de un 10,7% de delitos informáticos.

6. Ampliamente sobre los problemas de conceptualización vid. VILLAGAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 23 y ss.
7. MELOY, J.R. y GOTHARD, S., «A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders», *American Journal of Psychiatry*, 152, 1995, p. 259.
8. PATHÉ, M. y MULLEN, P.E., «The impact of the stalkers on their victims», *British Journal of Psychiatry*, 170, 1997, p. 12.
9. WESTRUP, D., «Applying functional analysis to stalking behavior», en MELOY, J.R. (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Academic Press, San Diego, 1998, pp. 276-277.

De estas puede inferirse que el concepto de *stalking* está compuesto de tres elementos<sup>10</sup>. En primer término, constituye un patrón de conducta insidioso y disruptivo integrado por una serie de conductas persecutorias para con la víctima que pueden tener un variado contenido. En segundo lugar, debe tratarse de una conducta no deseada por la víctima, que no cuente con su consentimiento. En tercer término, debe ser capaz de generar algún tipo de efecto nocivo sobre la misma, que o bien suponga causarle desasosiego o temor o bien una irrupción en su vida privada. Ello pese a que algunas definiciones de *stalking* incluidas normativamente añaden a estos elementos la necesidad de que la conducta represente una amenaza creíble de dañar a la víctima.

Sin embargo, con la generalización del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación a partir de finales de los 90 y sobre todo durante la primera década del s. XXI, en un proceso paralelo al experimentado en la relación de los conceptos acoso y ciberacoso, comenzó a plantearse si el *cyberstalking* constituía un fenómeno con eventual relevancia penal diverso al *stalking*<sup>11</sup>. En definitiva, el *cyberstalking* participa, como cualquier comportamiento acosador, de las oportunidades que brinda a este tipo de conductas persecutorias el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación. Características de la red como el hecho de favorecer una comunicación más desinhibida, entre personas que pueden hallarse en cualquier lugar y hora, sin que se requiera coincidencia de estos parámetros entre los comunicantes, ofreciendo la posibilidad de crear un «yo electrónico» que puede ser diverso del real, junto al hecho de que adolescentes y jóvenes, con más dificultades para identificar los riesgos que los adultos, son más proclives al

10. En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, op. cit., pp. 41-42.
11. Sobre esta cuestión, entre otros, SPITZBERG, B.H. y HOOBLER, G., «Cyberstalking and the Technologies of interpersonal terrorism», *New Media & Society*, 4, 2002, pp. 71-92; D'OVIDIO, R. y DOYLE, J., «A Study on Cyberstalking: Understanding investigative hurdles», *FBI Law Enforcement Bulletin*, 73, 2003, pp. 10-17; ALEXY, E.M., BURGESS, A. W., BAKER, T. y SMOYAK, S.A., «Perceptions of cyberstalking among college students», *Brief Treatment and Crisis Intervention*, 5, 2005, pp. 279-289; SHERIDAN, L. y GRANT, T., «Is Cyberstalking different?», *Psychology, Crime and Law*, 13, 2007, pp. 627-640; PARSONS-POLLARD, N. y MORIARTY, L.J., «Cyberstalking: Utilizing What We do Know», *Victims and Offenders*, 4, 2009-4, pp. 435-441; KRAFT, E. M. y WANG, J., «An exploratory study of the cyberbullying and cyberstalking experiences and factors related to victimization of students at a public liberal arts college», *International Journal of Technoethics*, 1, 2010, pp. 74-91; CAVEZZA, C. y MCEWAN, T.E., «Cyberstalking versus off-line stalking in a forensic sample», *Psychology, Crime and Law*, 20, 2014-10, pp. 955-970; NOBLES, M.R., REYNS, B.W., FOX, K.A. y FISHER, B.S., «Protection Against Pursuit: A Conceptual and Empirical Comparison of Cyberstalking and Stalking Victimization Among a National Sample», *Justice Quarterly*, 31, 2014-6, pp. 986-1014.

emprendimiento de conductas arriesgadas, son las razones a las que se apela para explicar el advenimiento del *stalking online*<sup>12</sup>.

En concreto, abundando en la relación entre ambas formas de *stalking*, se alude como diferencias entre el *online* y *offline*, a las tres que a continuación se exponen<sup>13</sup>. En primer lugar, el *stalking offline* generalmente requiere que víctima y perpetrador estén en la misma área geográfica, mientras que el *cyberstalker* puede estar ubicado en cualquier lugar. Se pone con ello el acento en que lo que diferencia a ambos tipos de *stalking* es el elemento espacial. Así, mientras el *stalking* convencional se produce en el mismo espacio físico o en un contexto de cierta cercanía espacial y en tiempo real, el *cyberstalking* se produce en el ciberespacio, en cuyo caso víctima y victimario están conectados a través de un sistema de ordenadores en red o de aparatos con acceso a internet y no necesariamente en el mismo espacio físico o temporal. En segundo lugar, las tecnologías de la información y la comunicación facilitan mucho que el *stalker* pueda instigar o provocar que, a su vez, terceras personas acosen a amenacen a la víctima a través de esas mismas tecnologías, poniendo mensajes incendiarios en las redes que hacen aparecer a la víctima como autor y que hacen que quienes los lean puedan enviarle mensajes amenazantes. Finalmente, las tecnologías de la información también rebajan las barreras del acoso y las amenazas, puesto que el *cyberstalker* no tiene que enfrentarse físicamente a la víctima.

Sin embargo, respecto de las semejanzas entre una y otra forma de *stalking* –*online* y *offline*<sup>14</sup>– se alude a que la mayor parte de supuestos se producen entre miembros de una expareja –aunque el *stalking* entre extraños se da también en el mundo real y el cibernético–, a que la mayoría de víctimas son mujeres y la mayor parte de victimarios son hombres y a que los *stalkers* están generalmente motivados por el deseo de controlar a la víctima, lo que evidencia la relación directa de estas conductas con la violencia de control.

Aunque los análisis sobre el fenómeno del *stalking online* o *cyberstalking* en exclusiva no son todavía numerosos, a diferencia de lo que sucede con los estudios de *stalking*, en que la prevalencia de victimización no observa grandes oscilaciones, en el caso del *cyberstalking* la prevalencia estimada varía mucho en función del estudio de que se trate y, en general, resulta más elevada que en el *stalking offline*, de manera que en USA, por ejemplo, puede situarse entre el 1% y el 40% en muestras de estudiantes universitarios<sup>15</sup>. En Gran Bretaña,

12. Vid. obras citadas en nota precedente.

13. Vid., AMERICAN CRIME PREVENTION INSTITUTE, *The Law Enforcement Officer's Complete Prevention Manual*, 2015 Revised Edition, p. 90.

14. AMERICAN CRIME PREVENTION INSTITUTE, *ibidem*.

15. Vid. SPITZBERG, B.H. y HOOBLER, G., «Cyberstalking and the Technologies of interpersonal terrorism», *op. cit.*, pp. 71-92; REYNS, B.H., HENSON, B. y FISHER, B.S., «Stalking

pese a que la *British Crime Survey* 2006 permite determinar que alrededor de 5 millones de personas son víctimas de *stalking*, no se cuenta con cifras oficiales acerca de la incidencia del *cyberstalking*. Respecto de las características de la victimización por *cyberstalking* y las comparativas entre víctimas de *stalking online* y *offline*, un estudio elaborado en USA comparando víctimas de una y otra manifestación del acoso<sup>16</sup> concluye que las víctimas de *cyberstalking* tienen un mayor nivel de ingresos y educativo que las víctimas de *stalking offline*, además de ser más jóvenes, de experimentar menos habitualmente miedo al inicio del proceso de persecución y de denunciar más habitualmente los hechos. Algunos de estos resultados se han visto también confirmados en un estudio efectuado en el Reino Unido por la Universidad de Bedford<sup>17</sup>.

Pese a haberse evidenciado diferencias entre ambas manifestaciones del *stalking*, mayoritariamente se considera que *stalking online* y *offline* no representan fenómenos distintos, sino que el *cyberstalking* constituye una especie del género *stalking* que supone el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación para perseguir a la víctima. En consecuencia, las definiciones del fenómeno, tanto las operacionales cuanto las de tipo jurídico, no acostumbran a diferir más allá de limitar la calificación como *cyberstalking* de los supuestos de persecución que impliquen el empleo de las TIC, al considerarse que la relación entre ambas realidades es de círculos concéntricos y no secantes. El *cyberstalking* o *stalking online* es así definido como la persecución repetida realizada mediante el empleo de aparatos electrónicos o con acceso a internet tales como teléfonos móviles, ordenadores portátiles o tablets<sup>18</sup>. De manera que también estos supuestos vendrían conformados por los tres elementos que antes se han identificado como integrantes del concepto de *stalking*.

Esta conceptualización unitaria de *stalking online* y *offline*, además de implicar una definición estricta del *cyberstalking* que difiere de las conceptualizaciones amplias del mismo, también existentes, que extienden el fenómeno hasta el

---

in the twilight zone: Extend of Cyberstalking victimization and offending among college students», *Deviant Behavior*, 33, 2012, pp. 1-25.

16. Vid. NOBLES, M.R., REYNS, B.W., FOX, K.A. y FISHER, B.S., «Protection Against Pursuit: A Conceptual and Empirical Comparison of Cyberstalking and Stalking Victimization Among a National Sample», op. cit., pp. 986-1014.

17. Vid. THE GUARDIAN, edición *online*, 8 abril 2011.

18. En tal sentido, GOODNO, N. H., *Cyberstalking a new crime: Evaluating the effectiveness of current state and federal laws*, *Missouri Law Review*, 72, 2007; SOUTHWORTH, C., FINN, J., DAWSON, S., FRASER, C. y TUCKER, S., «Intimate partner violence, technology, and stalking», *Violence Against Women*, 13, 2007, pp. 842-856; PARSONS-POLLARD, N. y MORIARTY, L.J., «Cyberstalking: Utilizing What We do Know», op. cit., pp. 435-441; REYNS, B.H., HENSON, B. y FISHER, B.S., *Stalking in the twilight zone: Extend of Cyberstalking victimization and offending among college students*, op. cit., pp. 1-25.

punto de identificarlo con cualquier forma de acoso *online*<sup>19</sup>, dota de contorno claro al concepto, facilitando su cuantificación. Resulta además consistente con el tratamiento normativo que hasta el momento se ha dado al *cyberstalking*, que generalmente se ha sancionado como una manifestación más del género *stalking*. Así, por ejemplo, en USA, si bien a nivel federal la incriminación del *stalking offline* y *online* se produjo en diversos momentos –el primero se incriminó en 1996 a través de la *Violence Against Women Act* y el segundo en el año 2000– y se contiene en distintos preceptos, aunque consecutivos, del Título 18 del *US Code* –concretamente arts. 2261 y 2261 A–, siendo la mayor parte de la regulación de este delito a nivel estatal, la mayoría de estados tienen regulaciones del *stalking* lo suficientemente amplias como para incluir los supuestos de *cyberstalking* o a lo sumo incluyen específicamente la persecución mediante aparatos electrónicos en sus leyes *anti-stalking*. Texas ha constituido uno de los pocos Estados en aprobar una *Stalking by Electronics Communication Act* en 2001. También en UK, aunque en los últimos tiempos se han levantado voces en favor de aprobar legislación específica sobre el particular<sup>20</sup>, la *Protection from Harassment Act* de 2007 británica incluye desde 2012 un delito específico de *stalking* en el que cabe incriminar los supuestos de *cyberstalking*. Algo semejante sucede en España, lo mismo que en otros países europeos, en que tanto las conductas de *stalking* como las de *cyberstalking* conceptualizado en sentido estricto pueden entenderse incriminadas en el art. 172 ter CP, como luego se verá.

### III. ¿PUEDE CONSIDERARSE EL «CYBERSTALKING» UNA MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO?: ALGUNOS RESULTADOS DE UNA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA CUANTITATIVA EFECTUADA EN ESPAÑA

Conceptuado el *cyberstalking* como una especie del género *stalking*, veamos seguidamente si el mismo puede considerarse una expresión de la violencia de género, esto es, si la dinámica de estas conductas obedece al patrón de victimario hombre y víctima mujer. Con dicho objetivo, se va a dar cuenta en los párrafos que siguen de los principales resultados de un estudio cuantitativo efectuado en 2016 con una muestra de 1.162 estudiantes universitarios

19. De esta opinión, por ejemplo, MISHRA, A. y MISHRA, D., «Cyber Stalking: A Challenge for Web Security», en JANCZEWSKI, L.J. y COLARIK, A.M. (Eds.), *Cyber Warfare and Cyber Terrorism, Information Science Reference*, Hershey PA y London, 2008, pp. 216-225.

20. En GB, si bien el Comité de Comunicaciones del *House of Lords* publicó en 2014 un informe sobre medios de comunicación social y delitos en 2014 en que concluyó que no era necesario aprobar una ley específica para incriminar los casos de *cyberstalking*, más recientemente el *Home Office Committee* emitió un informe en 2017 sobre delitos de odio y acoso *online* urgiendo al gobierno a aprobar legislación específica, opción que parece va ganando fuerza.

—hombres y mujeres— seleccionada en 8 distintas universidades públicas catalanas y valencianas, puesto que constituye el primer estudio cuantitativo con una muestra amplia efectuado sobre este fenómeno en España. Sus principales objetivos se establecían en la determinación de la tasa de victimización por *stalking* en población universitaria en ambos sexos, constituyendo ulteriores finalidades de la investigación la determinación de las características de la víctima y del victimario, el conocimiento de la dinámica de estos procesos y la determinación de los efectos padecidos por las víctimas<sup>21</sup>.

Al objeto de obtener la prevalencia de victimización de la población de adultos jóvenes por este tipo de conductas se les ofreció una definición operacional del *stalking*<sup>22</sup> y se les preguntó si se habían considerado en algún momento víctimas de dicha conducta. De los encuestados un 13,1% consideraron que habían sufrido la situación, lo que nos condujo a calificarlos como víctimas auto-identificadas. La mayor parte de víctimas auto-identificadas fueron mujeres (un 16,5% del total de mujeres encuestadas se sentían víctimas, frente a solo un 7,2% de hombres), objetivándose que estas tienen 2,52 veces más de posibilidades que los hombres de identificarse como víctimas de este tipo de conductas. En relación con quienes no se identificaron como víctimas —mayormente, en el caso de los hombres, por considerar que las conductas no les habían producido miedo o intranquilidad y, en el caso de las mujeres, porque no habían tenido la duración suficiente— se preguntó si habían padecido de manera reiterada alguna de las 10 conductas que las investigadoras identificaron como de *stalking*<sup>23</sup>, resultando que un 27% más de integrantes de la mues-

21. Una exposición amplia de los resultados del estudio puede consultarse en VILLACAMPA ESTIARTE, C. y PUJOLS PÉREZ, A., «Prevalencia y dinámica de la victimización por *stalking* en población universitaria», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 15, 2017, pp. 1-28; VILLACAMPA ESTIARTE, C. y PUJOLS PÉREZ, A., «Stalking: efectos en las víctimas, estrategias de afrontamiento y consideraciones legales derivadas», *Indret*, 2017-2, pp. 1-32.

22. Según la cual el *stalking* constituye «un patrón de conducta insidioso e indeseado por parte de la víctima capaz de generar algún efecto sobre ella, tal como el temor o la intranquilidad».

23. En el listado de conductas se incluían las incorporadas como manifestaciones del acoso en la sección H de la encuesta sobre violencia de género realizada por la *European Agency for Fundamental Rights* que vio la luz en 2014, a las que se añadieron, en caso de no hallarse incorporadas en el mencionado instrumento, las modalidades comisivas del art. 172 ter.1 CP. Estas conductas son: (1) Enviar mensajes de correo electrónico, mensajes de texto (SMS) o mensajes instantáneos con contenido ofensivo o amenazador, (2) Enviar cartas o tarjetas ofensivas o amenazadoras, (3) Hacer llamadas telefónicas ofensivas, amenazadoras o silenciosas, (4) Publicar comentarios sobre la víctima en internet, (5) Compartir fotografías o videos íntimos de la víctima a través de Internet o del teléfono móvil, (6) Merodear o esperarle en el exterior de su casa, lugar de trabajo o centro de estudios sin una razón legítima, (7) Seguirle deliberadamente, (8) Adquirir productos o mercancías o contratar servicios a su nombre y sin su consentimiento,

tra las habían padecido pese a no identificarse como víctimas, por lo que se los consideró víctimas identificadas por las investigadoras o hetero-identificadas. Entre las víctimas hetero-identificadas la proporción de hombres y mujeres resultó más equilibrada (25,4% del total de hombres fueron considerados víctimas hetero-identificadas, frente a un 27,8% de mujeres). En total, sumando víctimas auto y hetero-identificadas, un 40% de los integrantes de la muestra habían padecido este fenómeno.

Si bien este tipo de victimización afectó a mujeres y a hombres, en lo que al establecimiento de un perfil de víctima se refiere, se observa como la tasa global de victimización es superior para las mujeres (el 44,3% de las mujeres encuestadas habían sido víctimas auto o hetero-identificadas) que para los hombres (32,6% en total fueron víctimas), de manera que pudo determinarse como el riesgo de padecer conductas de *stalking* es 1,6 veces mayor en el caso de las mujeres que en el de los hombres.

En cuanto a la determinación del perfil del victimario, los resultados de la investigación evidenciaron como mayoritariamente los *stalkers* fueron hombres (61,2% de hombres, frente a un 23% de mujeres y un 15,8% de personas de ambos sexos). En mayor medida fueron además hombres cuando la víctima era una mujer (en ese caso lo fueron el 66% de los ofensores, frente a solo un 21% de mujeres). En la mayor parte de supuestos se trató de personas que la víctima conocía con anterioridad (81,2% de los casos), bien porque habían mantenido una relación profesional, de amistad o familiar con la víctima (37% de los casos) o mantenían o habían mantenido una relación sentimental con la víctima (25% de los supuestos) o bien porque habían mantenido con ella un contacto más esporádico (24%), limitándose solo al 13% los *stalkers* extraños. La hegemónica posición de los varones en el papel de sujeto activo de este tipo de conductas se refuerza como más cercanos se hallan relacionalmente a la víctima, de manera que cuando el *stalker* había sido un novio o exnovio de la víctima, en el 70% y 83% de los casos respectivamente se trataba de un hombre, en semejantes términos a cuando era un miembro de la familia de la víctima (en cuyo caso era hombre en un 80% de los supuestos). Además, el patrón del *stalker* hombre que acecha a su compañera o excompañera sentimental o a una mujer con la que mantiene una relación más o menos próxima siguiendo la dinámica de los supuestos de violencia de género se refuerza ateniendo a que los hombres prefirieron actuar en solitario para acechar (así lo hicieron en un 80,6% de los casos) y todavía en mayor medida como más próximo se hallaba relacionalmente hablando a la víctima.

---

(9) Hacer que una tercera persona se ponga en contacto con la víctima sin su consentimiento, (10) Dañar su propiedad o sus bienes materiales deliberadamente.

Respecto de la dinámica de estas formas de victimización, atendiendo al tipo de conductas observadas, las víctimas sufrieron de media 2,1 de las conductas listadas. Las más frecuentemente padecidas entre las víctimas auto-identificadas fueron el envío de correos electrónicos, mensajes de texto y mensajes instantáneos ofensivos o amenazadores (57,2%), merodear o esperar a la víctima fuera de su casa, lugar de trabajo o centro educativo (50%), efectuarle llamadas telefónicas ofensivas, amenazadoras o silenciosas (36,8%) y seguirla deliberadamente (31,6%). Las conductas más habitualmente padecidas por las víctimas, tanto por las auto-identificadas como por las hetero-identificadas fueron las de *cybestalking*. De hecho, la suma de los porcentajes de conductas que indubitadamente pueden considerarse *cyberstalking*—las consistentes en recibir mensajes de texto e instantáneos ofensivos o amenazadores, publicar comentarios ofensivos de la víctima en internet y compartir fotografías y vídeos íntimos de la misma a través de internet o teléfono móvil— alcanzaron el 40% de las padecidas por las víctimas auto-identificadas y el 37% de las hetero-identificadas, repartiéndose el porcentaje restante hasta llegar al 100% entre las otras 7 conductas por las que se preguntaba. Si a estas 3 sumamos la victimización producida por llamadas telefónicas ofensivas, amenazadoras y silenciosas, que puede considerarse una manifestación del *cyberstalking* cuando se emplean terminales conectados a la red—lo que sucede en la mayor parte de supuestos—, tales porcentajes ascendían al 59% de las conductas padecidas por víctimas auto-identificadas y el 51% de las hetero-identificadas.

Con ser las conductas más habitualmente padecidas por las víctimas las de *cyberstalking*, sin embargo, no son las más determinantes a efectos de que las víctimas se identifiquen como tales, puesto que entre las auto-identificadas fueron los comportamientos que perseguían la aproximación física los claramente prevalentes, que además fueron mayoritariamente padecidos por mujeres. También las conductas consideradas más graves por las víctimas, entendiendo por tales aquellas que habían tenido un mayor impacto en su salud física o psicológica, fueron nuevamente las que implicaron proximidad física, que no cibernética, a estas. En tal sentido, si bien los sentimientos más habitualmente reportados como padecidos por las víctimas fueron el enfado (71%) o sentirse molesto (71%), sentir miedo, que fue un sentimiento mayoritariamente padecido por mujeres, se halló claramente ligado a sufrir conductas que implicaran aproximación física a las víctimas. En la misma línea, si bien los efectos psicológicos más comunes padecidos por los sujetos pasivos fueron las dificultades para concentrarse (37,5%), la sensación de vulnerabilidad (34,2%), la pérdida de confianza en uno mismo (32,2%) o la ansiedad (30,8%), los efectos psicológicos más severos (así sufrir depresión, lo que aconteció en un 11% de los casos, o ataques de pánico, en un 6,6%) estuvieron fuertemente asociados al hecho de que las víctimas fuesen mujeres, especialmente cuando



eran *stalkeadas* por hombres, todavía en mayor medida si tenían con ellos una relación íntima –en cuyo caso tenían 2,7 veces más de probabilidad de padecer esos efectos– y de forma muy prevalente cuando la conducta realizada buscaba aproximarse físicamente a las víctimas.

Recapitulando, pues, si bien los resultados de la investigación conducen a poder afirmar que todos los supuestos de *stalking* pueden considerarse manifestaciones de la violencia de género, siendo más prevalente en este grupo poblacional la victimización por *cyberstalking*, se objetiva como estas conductas no son las que causan mayor afectación psicológica a las víctimas.

#### IV. LA INCRIMINACIÓN DEL «CYBERSTALKING» EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Una vez constatado mediante la exposición de la investigación empírica realizada que las conductas de *cyberstalking*, con ser las más prevalentemente producidas en procesos de victimización dirigidos contra adultos jóvenes, pueden considerarse expresiones de la violencia de género que no generan el padecimiento de efectos psicológicos particularmente adversos en las víctimas, veamos a continuación cómo se ha producido la incriminación del *cyberstalking* en Derecho penal español a efectos de determinar su adecuación en punto a la aprehensión de tales conductas.

Como es sabido, la criminalización específica de las conductas de *stalking* se produjo en España a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que supuso la inclusión de un nuevo art. 172 ter al CP, ubicado entre los delitos contra la libertad de obrar y destinado a incriminar tanto los supuestos de *stalking offline* como *online*. La justificación a la inclusión de dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico-penal debe buscarse, según indica la exposición de motivos de la LO 1/2015, tanto en la vinculación de este fenómeno con la violencia de género, o en la ineptitud de los tipos penales como las amenazas o las coacciones para dar una respuesta jurídica adecuada a estos comportamientos como, finalmente, en la necesidad de adecuar nuestra legislación interna a los compromisos internacionales suscritos por España, en concreto a lo dispuesto por el art. 34 del Convenio de Estambul.

Pese a que la introducción de dicho precepto supone la culminación del rosario incriminador de distintas manifestaciones del acoso emprendido con la reforma penal de 2010, debe indicarse que el tratamiento penal de las distintas manifestaciones del acoso se concibe de forma fragmentaria y asistemática, en función del ámbito relacional en que se produce el fenómeno, lo que demuestra una actitud de irreflexión respecto de la inclusión de dichos comportamientos como conductas punibles. Con ser cierto que la dispersión de

estas figuras delictivas representa una atomización del abordaje jurídico-penal del fenómeno, la doctrina ha reclamado la adopción de una correcta incriminación del acoso desde el punto de vista sistemático que evite los agravios comparativos que la actual regulación atomizada de sus distintas modalidades provoca, mostrándose favorable bien a la incriminación unitaria del acoso<sup>24</sup> –mediante la creación de un tipo penal *ex novo* que debería hallarse comprendido entre los delitos contra la integridad moral–, bien de una regulación del mismo convenientemente sistematizada pero ubicada en distintos títulos del Código Penal en función del bien jurídico inmediatamente vulnerado según la modalidad de acoso<sup>25</sup>. Así las cosas, la tipificación expresa del *stalking* ha dividido a la academia, pues existiendo quienes nos mostramos partidarios de la intervención penal específica, no sin calificar el art. 172 ter CP de manifestación del Derecho Penal simbólico<sup>26</sup>, hay quienes, apelando a la idoneidad de los delitos tradicionales para ofrecer cobertura a este patrón conductual, recelan ante la inclusión de este delito<sup>27</sup>.

Sin embargo, convenir que podía resultar adecuada en términos abstractos la incriminación de tales conductas para nada implica entender acertada la concreta opción incriminadora adoptada por el legislador español. Más allá de que resulte altamente criticable que las únicas medidas de tutela jurídica contra esta realidad articuladas en nuestro ordenamiento sean de carácter penal –sustantivo y procesal– cuando en la mayor parte de países de nuestro entorno jurídico se adoptan medidas de protección de naturaleza civil y administrativa frente a las mismas<sup>28</sup>, e incluso, centrándonos en la regulación

24. Vid. GÓMEZ RIVERO, M.C., «El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio», en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I. (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-50; TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch/Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, pp. 215 y ss. y 223 y ss.

25. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 381-382.

26. En este sentido, TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 210.

27. Entre otros, MATALLÍN EVANGELIO, A., «Acoso-stalking: Art. 172 ter», en GARCÍA ÁLVAREZ, F.J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 573; BAUCELLS LLADÓS, J., «La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, 21, 2014, pp. 1-21.

28. En Derecho comparado se tiende a articular medidas de protección civiles o administrativas ante estas conductas de las que carece el sistema español. Salvo en España, todos los países europeos que han incriminado más o menos recientemente esta conducta contemplan algún instrumento jurídico de protección de las víctimas que no pasa necesariamente por la articulación del correspondiente proceso penal, cuando en nuestro caso la adopción de las órdenes de alejamiento a las víctimas de violencia de género, de violencia familiar o de delitos violentos contenidas en los arts. 544 bis y ter Lecrim requieren invariablemente de la incoación de diligencias penales. Por el contrario, países como Gran Bretaña, Dinamarca, Holanda, Austria, Alemania, Italia

jurídico-penal, que la asistematicidad en la tipificación de diversas manifestaciones del acoso produzca inconsistencias internas que deben superarse de *lege ferenda*, un rápido vistazo al tipo básico del artículo 172 ter.1 CP permite vislumbrar los problemas que esta tipicidad plantea tanto para la tipificación del *stalking* en general como del *cyberstalking* en particular.

El delito de *stalking*, tal como aparece configurado en el tipo básico (art. 172 ter.1 CP), constituye un tipo mixto alternativo en que a una conducta acosadora –conformada mediante la insistencia y reiteración de posibles manifestaciones de la misma taxativamente enumeradas en el tipo– debe seguir la producción de un resultado consistente en la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima<sup>29</sup>. Para comenzar, no se exige en el tipo la ausencia de consentimiento de la víctima, pese a que implícitamente pueda considerarse ínsita en el mismo, al tratarse de un delito contra la libertad de obrar, lo que debería conducir a que la concurrencia de consentimiento excluyese la tipicidad de la conducta.

En segundo término, la conducta delictiva viene caracterizada por el empleo del verbo típico «acosar», lo que no resulta adecuado<sup>30</sup>. De un lado, porque se emplea para explicar en qué consiste el comportamiento típico justamente el término que pretende ser explicado. De otro, porque el acoso constituye un vocablo acerca del que no se ha logrado consensuar una caracterización general en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, si lo que se pretendía era apelar a la quiebra de la justa distancia que permite relacionarse a los sujetos que cohabitan en un estado social, hubiera resultado más adecuado acudir a una expresión de semántica menos compleja, como «perseguir».

En tercer lugar, se requiere que la conducta se lleve a cabo de forma insistente y reiterada, con el objetivo de mostrar que nos hallamos ante la

---

o Portugal amplían el abanico de la previsión de medidas de tutela victimales de naturaleza civil e incluso administrativa. Estos, o bien contemplan órdenes de protección a las víctimas de estas conductas a adoptar por jueces de familia (como las *civil injunctions* o las *protection order* inglesas previstas en la *Family Law Act* de 1996 o las medidas de protección civiles que contempla la Ley de Protección Civil contra Actos de Violencia y Acoso alemana de 2001 o la Segunda Ley de Protección contra la Violencia austríaca de 1997), o bien prevén que en situaciones de urgencia sea la propia policía la que adopte este tipo de disposiciones por períodos poco dilatados en el tiempo, con lo que en tales supuestos nos hallaríamos frente a medidas de tipo administrativo. Manifestaciones de este segundo tipo de medidas las constituyen la amonestación italiana, la *domestic violence protection notice* que prevé la *Crime and Security Act* inglesa de 2010 o las medidas policiales que pueden adoptarse por razón de urgencia de acuerdo con la citada ley austríaca de 1997, entre otras.

29. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en Derecho penal español», *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 2013, pp. 4 y ss.

30. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en Derecho penal español», op. cit., pp. 10 y ss.

manifestación de un patrón de conducta. Sin embargo, no se determina el número de ocasiones en que esa conducta debe realizarse para entender que concurre el patrón de comportamiento. En tal sentido, aun cuando la sentencia del Tribunal Supremo 324/2017, de 8 de mayo (RJ 2017, 2385) insiste en la necesaria sistematicidad de la conducta para que gane relevancia penal, lo que debería conducir a la atipicidad de las que no tengan vocación de permanencia, e incluso aun cuando haya quien ha indicado que se requiere un mínimo de más de tres acciones repetidas para la comisión del tipo<sup>31</sup>, el uso del vocablo «reiterada» en el tipo podría dar lugar a admitir que solo con dos ocasiones en que la conducta se repita se colma el requisito típico, lo que debería evitarse<sup>32</sup>. Además, la persistencia y la reiteración se refieren según el tenor del art. 172 ter.1 CP a cada una de las conductas que se declaran integrantes del acoso, pero no a la conducta de acosar propiamente dicha, lo que hubiera resultado lo propio.

En cuarto lugar, se precisa que la persona que acosa no esté legítimamente autorizada a hacerlo, cual si resultase imaginable que existiese algún régimen extrapenal de autorización que permitiese llevar a cabo conductas «acosadoras», que no de persecución. De ahí que para expresar el elemento negativo del tipo que el legislador parece querer introducir mediante la incorporación de esta expresión hubiese resultado más adecuado apelar a la «ilegitimidad» de la conducta<sup>33</sup>.

En quinto término, respecto de las modalidades típicas de la conducta incluidas en el precepto a través de las que necesariamente debe articularse el acoso, que finalmente vienen taxativamente determinadas después de que en tramitación parlamentaria se suprimiese la inicialmente prevista en el núm. 5 (realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores) al entender que su mantenimiento podría suponer una flagrante vulneración del principio de legalidad, cualquiera de ellas podría albergar supuestos de *cyberstalking*. Dado que ninguna de las cuatro modalidades de conducta que el tipo contempla está exclusivamente orientada al empleo de las TIC y que en ninguna de estas se excluye esta posibilidad, nada impediría que un supuesto de *cyberstalking* aconteciese realizando repetidamente cualquiera de ellas, esto es, también vigilando, persiguiendo o buscando la cercanía física de la víctima (1.ª modalidad de

---

31. MATALLÍN EVANGELIO, A., «Nuevas formas de acoso: *stalking/cyberstalking* acoso/ciberacoso», en CUERDA ARNAU, M.L. (Dir.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 347.

32. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El proyectado delito de acoso: incriminación del *stalking* en Derecho penal español», op. cit., pp. 10 y ss.; TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 148.

33. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», op. cit., pp. 383 y ss.

conducta) o atentando contra la libertad o patrimonio de la víctima o de otra persona próxima a ella (4.<sup>a</sup> modalidad de conducta). Sin embargo, puesto que resulta más plausible que el *cyberstalking* se articule mediante la comisión de la conducta prevista en el art. 172 ter.1, 2.<sup>a</sup> CP (establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas) e incluso mediante la contemplada como 3.<sup>a</sup> modalidad comisiva en el art. 172 ter.I CP (mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella), en ellas me voy a detener brevemente.

La segunda de las conductas previstas a través de las que cabe cometer el delito se configura como un tipo de emprendimiento, por lo que no se requiere la efectiva toma de contacto con la víctima, bastando la mera tentativa para que se entienda perfeccionada la conducta, que se equipara así indebidamente a la efectiva toma de contacto. La equiparación de la tentativa de contacto con el establecimiento del mismo podría dar lugar a un indebido tratamiento penal asimétrico si no fuese porque resulta complejo que la mera tentativa sea capaz de dar lugar al resultado típico del delito<sup>34</sup>. Esto no ha impedido, sin embargo, que quienes se han mostrado críticos con la incriminación del *stalking* se hayan manifestado especialmente contrarios a la previsión de esta modalidad típica, advirtiendo que puede suponer la incriminación de la mera molestia, tanto si el contacto o tentativa de este se produce por medios más tradicionales como si se produce mediante el empleo de las TIC entre adolescentes o jóvenes adultos, exigiéndose que se lleve a cabo al menos en tres ocasiones para ser típico<sup>35</sup>.

La previsión de la tercera modalidad comisiva parece quiere dar respuesta jurídico-penal a conductas como el anuncio por parte del *stalker* de servicios de naturaleza sexual supuestamente ofrecidos por la víctima, facilitando los datos personales de la misma para que los posibles interesados pueden contactarla, o el envío o entrega de flores y otros regalos a esta mediante el uso injusto de su nombre o dirección, de los cuales pudiera tener conocimiento el autor en virtud de la relación que existió entre ellos<sup>36</sup>. Junto al uso indebido de los datos de la víctima, se contempla en esta modalidad comisiva la

34. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El delito de *stalking*», op. cit., pp. 386 y ss.; TEJADA DE LA FUENTE, E. y MARTÍN DE LA ESCALERA, A.M., «Las conductas de ciberacoso en Derecho penal», en LAFONT NICUESA, L. (Coord.), *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 185.

35. Vid. MATALLÍN EVANGELIO, A., «Nuevas formas de acoso: *stalking/cyberstalking*-acoso/ciberacoso», op. cit., p. 351.

36. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», op. cit., pp. 386 y ss.

posibilidad de que se haga que terceras personas entren en contacto con ella. Esta segunda opción resulta tautológica, puesto que la comunicación con la víctima a través de terceros se halla ya prevista en la segunda modalidad comisiva de este delito. Seguramente los supuestos de hecho en los que está pensando el legislador en una y otra son distintos, pues mientras en la segunda modalidad típica piensa en las estrategias del *stalker* para contactar con la víctima a través de un sujeto interpuesto (padres, familia o amigos, por ejemplo), aquí parece que se apela al mal uso de los datos personales de la misma para hacer que terceros contacten con ella. Sin embargo, no existiendo cualificación alguna o habiendo incremento de pena por el abuso de dichos datos, la conducta entraría ya en la modalidad contemplada en el art. 172 ter.1, 2.ª CP<sup>37</sup>, además de que en este supuesto el problema fundamental respecto de la tipicidad de la conducta radicaría en la falta de insistencia y reiteración, habida cuenta de que por lo general el uso de datos personales para que terceros se pongan en contacto con la víctima se producirá en una sola ocasión<sup>38</sup>.

Finalmente, el tipo del delito de *stalking* requiere, tanto para el *stalking offline* como para el *online*, como resultado típico que con tales conductas se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima<sup>39</sup>. Pronto se indicó como, con ser más concreta la expresión empleada para describir el resultado típico en el delito de *stalking* español que la indeterminada referencia al desarrollo vital contenida en el § 238 StGB (*Nachstellung*), la redacción conferida al resultado del delito del art. 172 ter CP no era suficientemente expresiva de la lesividad que la misma debía suponer para la libertad de obrar del sujeto pasivo<sup>40</sup>. Tanto es así que hay quien ha exigido que dicho elemento debe interpretarse de tal modo que su producción cause un importante deterioro del estilo de vida de la víctima, dejando fuera del tipo el ataque a bienes jurídicos que no resultan merecedores de protección penal, como el derecho genérico a no ser molestado<sup>41</sup>. De hecho, la escasa determinación del resultado típico la ha ya denunciado el propio Tribunal Supremo, que afirma en su sentencia 324/2017 que se trata de un resultado un tanto «vaporoso». En dicha resolución, el Alto Tribunal exige para la perfección del delito la perturbación de

37. TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 160 y ss

38. TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 162.

39. Un sector de la academia, entre los cuales me cuento, consideran que ese es el resultado típico del delito. Sin embargo, existen quienes, considerando que el delito atenta contra la integridad moral, consideran que se requiere que el resultado consista en la creación de una situación objetiva de hostilidad o humillación. Vid. TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 159.

40. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», op. cit., pp. 390-391.

41. Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., «El delito de *stalking*: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código penal de 2013», en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 136-137.

hábitos, costumbres, rutinas o formas de vida de la víctima, señalando como efectos de tal afectación la necesidad de cambiar de número de teléfono o de modificar rutas, rutinas o lugares de ocio, razón que lo lleva a confirmar la sentencia absolutoria que en su día dictase la correspondiente Audiencia Provincial. Sin embargo, en una posterior sentencia (STS 557/2017, de 12 de julio; JUR 2017, 193936) parece modificar su criterio, interpretando de forma más laxa la producción del resultado típico, al confirmar una sentencia condenatoria por este delito bajo la consideración de que «se está en presencia de un tipo penal muy pegado a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado», a lo que añade que «el análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con la insistencia y reiteración y, por otra parte, a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de tal delito de acoso». Esto lleva al Tribunal a considerar como grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima el que esta tuviese que solicitar un orden de alejamiento.

Para terminar, quizá de futuro debería buscarse una redacción más determinada del resultado típico que expresase claramente el desvalor de resultado del ilícito. Esto podría conseguirse requiriendo que la conducta supusiese una alteración de la capacidad de decidir o de actuar conforme a lo ya decidido por parte de la víctima, junto al empleo de un estándar preferentemente objetivo para determinar la concurrencia de dicha exigencia.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Lo expuesto en las páginas precedentes permite concluir, partiendo de una conceptualización del *cyberstalking* como especie integrada en el género *stalking*, que las conductas de *stalking online*, que obedecen a la dinámica de la violencia de género y que, por ello, pueden considerarse una forma de violencia de género 2.0 –concretamente, de control–, son las formas de victimización más prevalentes entre población joven. Con ser las más comunes no son aquellas que más hacen que las víctimas se identifiquen como tales, por lo que pueden pasar desapercibidas a los sujetos pasivos, ni son las que producen mayor afectación psicológica en las víctimas, efecto que por regla general consiguen en mucha mayor medida las conductas que buscan la aproximación física del ofensor a su objetivo.

La referida escasa afectación emocional a las víctimas constituye un argumento contra el empleo *prima ratio* del Derecho penal contra este tipo de conductas persecutorias *online*. Con esta afirmación no se pretende aquí minimizar los efectos perniciosos de tales conductas, sino llamar la atención acerca de la necesidad de resituar el prisma desde el que construir una estrategia

conducente a minimizar su prevalencia. En tal sentido, siguiendo una lógica preventivista, más que punitivista, debería ponerse el acento en la prevención a través de la educación contra los estereotipos de género y contra los mitos que todavía los sustentan, como el del amor romántico, como principal herramienta para erradicar estas manifestaciones más sutiles de la violencia de género. Junto a ello, no debería renunciarse absolutamente al empleo del Derecho penal para la protección de las víctimas, entre otras cosas porque la legitimidad de un recurso fragmentario al mismo también para estos casos se deduce del Convenio de Estambul. Sin embargo, no debería tampoco renunciarse a la previsión de medidas de protección jurídica civil o administrativa que se articulasen como recurso previo al sistema de justicia penal. Finalmente, reservando efectivamente el recurso al mismo como *ultima ratio*, debería depurarse la configuración del delito contemplado en el art. 172 ter CP, no solo para que su inclusión en el ordenamiento penal español goce de coherencia sistemática, sino también para que su redacción típica sea definitivamente capaz de expresar adecuadamente el desvalor de resultado propio de los procesos de *stalking* y *cyberstalking*.



# UNIDAD 9

## **DERECHO PENAL INTERNACIONAL**



# Competencias

- Analiza y reconoce los aspectos más importantes de delincuencia transnacional organizada y su relación con la corrupción.
- Comprende los delitos cometidos contra los ciudadanos extranjeros y su incidencia en el contexto migratorio.



## **PRIMERA LECTURA**

**Olasolo, H. (2022).** Reflexiones sobre la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y los obstáculos para una respuesta eficaz desde el derecho público y el derecho internacional. En Lascano, C. y García, S. (Dir.). La relevancia de la dogmática en el Derecho Penal Internacional (pp. 73-101). Madrid, España. Marcial Pons.

En cuanto al Derecho Internacional, se constata la ineficacia de los mecanismos tradicionales del derecho penal transnacional para enfrentar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a sus prácticas de corrupción. Frente a esta situación, la presente lectura busca establecer soluciones al respecto, aunque no definitivas.



*La relevancia  
de la dogmática  
en el Derecho penal  
internacional*

Carlos Julio Lascano (h)  
Sebastián F. García Amuchástegui  
(dirs.)

Derecho penal & Criminología







CARLOS JULIO LASCANO (H)  
SEBASTIÁN F. GARCÍA AMUCHÁSTEGUI  
(DIRECTORES)

# LA RELEVANCIA DE LA DOGMÁTICA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Autores

Sebastián F. García Amuchástegui	Carlos Julio Lascano (h)
Alejandro Chehtman	Héctor Olásolo
Alicia Gil Gil	Jesús María Silva Sánchez
Alejandro Kiss	Manuel J. Ventura

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@derechopenalycriminologia.es](mailto:manuscritos@derechopenalycriminologia.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: [www.derechopenalycriminologia.es](http://www.derechopenalycriminologia.es).



La colección *Derecho penal y Criminología* ha sido distinguida en 2021 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Carlos Julio Lascano (h) y Sebastián F. García Amuchástegui (dirs.)

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-1381-462-9

Depósito legal: M-26.115-2022

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: Safekat, S.L.

Laguna del Marquesado, 32L, 28021 Madrid

MADRID, 2022

# REFLEXIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA Y LOS OBSTÁCULOS PARA UNA RESPUESTA EFICAZ DESDE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL \*

Héctor OLASOLO \*\*

## I. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL MODELO *GLOCAL* DE DESARROLLO Y LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA

El sistema de desarrollo *glocal* (*global-local*) ha caracterizado el nuevo modelo de globalización neoliberal tras la caída del Muro de Berlín en 1989. En este modelo de desarrollo las redes de capital, trabajo, información y mercados, que han sido el auténtico motor de la construcción económica,

---

\* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación «Estrategia de respuesta integrada desde el Derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593.

\*\* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (Estados Unidos). Profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, donde dirige el *Anuario Iberoamericano de Derecho internacional Penal (ANIDIP)*. Investigador calificado en categoría senior por Colciencias. Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Países Bajos), donde se desempeña además como coordinador general de la *Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia* y como director de la colección del mismo nombre publicada junto con la editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil). *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos). Miembro del Consejo Nacional Científico de Colombia.

socio-política y cultural de lo que se ha venido en denominar la *aldea global*, han operado con una doble dinámica: *a*) por una parte, han conectado, a través de la tecnología, las funciones, las personas y las «localidades» desde donde se gestiona el capital financiero acumulado (su alta rentabilidad se extrae con frecuencia de otros lugares) y en las que se han desarrollado grandes proyectos de desarrollo urbanístico, y *b*) por otra parte, han desconectado de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su forma de funcionamiento<sup>1</sup>.

Dos han sido las consecuencias principales del modelo de desarrollo *glocal*. En primer lugar, ha generado que en las áreas conectadas del sistema resida la llamada *ciudadanía global*, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Dichas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de comunicación, así como a la vanguardia intelectual, cultural y científica del momento. Como resultado, salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se concentra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes forman parte de las mismas<sup>2</sup>.

En segundo lugar, el resto de las zonas rurales y urbanas del planeta se han convertido en áreas desconectadas o, en el mejor de los casos, han podido conservar una conexión subordinada. Esto ha perjudicado en particular a las regiones fronterizas de muchos Estados que, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, se encuentran en la difícil posición de haberse quedado fuera de las redes del sistema global. Es precisamente en estos contextos en los que se desarrolla de manera más palpable la denominada *dinámica glocal*, en cuanto que los recursos, las motivaciones, las estrategias y los discursos de los actores globales confluyen con el padecimiento de la violencia y el sufrimiento de sus consecuencias sociales, políticas y económicas en áreas locales bien definidas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. C. MANTILLA, «Hacia una perspectiva “glocal” del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales», *Papel político*, vol. 14, núm. 2, 2009.

<sup>2</sup> H. OLASOLO, *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch-Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2017. Salvando las distancias, es como si en las clases de geografía impartidas en la educación secundaria se utilizara con plena conciencia e intencionalidad un mapa que fuera manifestamente contrario a las auténticas dimensiones geográficas de los diversos continentes porque su principal finalidad es reflejar el peso socioeconómico de sus creadores (desafortunadamente, esta situación no es meramente hipotética, porque nuestros centros educativos siguen enseñando el mapa Mercator, que sobredimensiona Europa y Norteamérica, dejando en un segundo plano otros mapas como el de Peters, que dan buena cuenta de la subrepresentación de las proporciones geográficas de África y Suramérica).

<sup>3</sup> S. C. MANTILLA, «Hacia una perspectiva “glocal” del conflicto armado en Colombia...», *op. cit.*

Como consecuencias de lo anterior, quienes no forman parte de la *ciudadanía global* no son relevantes, como tampoco lo son las estadísticas desagregadas que buscan entender sus condiciones de vida en las zonas desconectadas o con conexión subordinada<sup>4</sup>. Esto a pesar de que, según las estadísticas del Banco Mundial (2017), el 53 por 100 de los 7.350 millones de personas que habitaban el planeta en 2014 *sobrevivían* con un ingreso medio que no superaba los tres dólares al día, cantidad que en el pasado equivalía al umbral de pobreza cuando este era construido exclusivamente sobre la base del ingreso medio<sup>5</sup>.

Ante esta situación, el intento de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada por escapar de la marginalidad ha permitido desarrollar a la delincuencia transnacional organizada, con base en las mismas, una «economía criminal global» dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la *ciudadanía global* en las áreas conectadas<sup>6</sup>, incrementando con ello los flujos en el sistema financiero globalizado, lo que hace cada vez más difícil de deslindar la actividad económica legal y criminal<sup>7</sup>. Así, se estima que la delincuencia transnacional orga-

---

<sup>4</sup> H. OLASOLO, *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*, Boston-Leiden, Brill-Nijhoff, 2018.

<sup>5</sup> Brillan por su ausencia los estudios que aborden su nivel de educación (formal e informal), su nivel y condiciones de empleo (formal e informal), sus hábitos alimentarios, sus condiciones de acceso a la vivienda, la salud, el transporte y la educación primaria, secundaria y superior, su tiempo disponible para el ocio después del trabajo, su nivel de acceso a prestaciones por desempleo y a una pensión digna al finalizar su vida laboral, y el porcentaje de su ingreso mensual utilizado para la obtención de la canasta alimentaria básica y para la satisfacción del resto de derechos fundamentales arriba mencionados. Esta misma situación no es exclusiva de los países iberoamericanos, sino que se extiende a otras áreas geográficas y culturales, con independencia de su nivel de desarrollo, como lo muestran los casos de Corea del Sur, India o Sudáfrica, por poner solo algunos ejemplos. En contraste con lo anterior, es fácil encontrar numerosas estadísticas agregadas sobre el nivel de satisfacción general dentro de un país y en la sociedad internacional en su conjunto de los derechos DESC. Entre ellas llama la atención que, según el BANCO MUNDIAL (2017), el 53 por 100 de los 7.350 millones de personas que habitaban el planeta en 2014 *sobrevivieran* con un ingreso medio que no superaba los tres dólares al día, cantidad que en el pasado equivalía al umbral de pobreza cuando este era construido exclusivamente sobre la base del ingreso medio. Asimismo, no deja de sorprender que una parte muy importante de las estadísticas nacionales que se transmiten a los organismos internacionales de supervisión del grado de cumplimiento de los derechos DESC se realizan con base en datos obtenidos en los principales centros urbanos, dejando las zonas rurales y las áreas metropolitanas de pequeño o mediano tamaño al margen de este proceso. *Vid.* BANCO MUNDIAL, *Regional aggregation using 2011 PPP and \$1.9/day poverty line*, 2017. Al abrir el documento se encuentra la estadística de varios años (2013, 2012, 2011, 2010, 2008, 2005, 2002, 1999, 1996, 1993, 1990, 1987, 1984 y 1981) con base en la línea de pobreza extrema de 1,25 dólares. Para cambiar a una línea de pobreza de tres dólares es necesario modificar el espacio que se encuentra a la derecha en la tabla denominada «Replicate the World Bank's regional aggregation», tras las palabras «*Second, input your poverty line*».

<sup>6</sup> M. CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El fin del milenio*, vol. III, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

<sup>7</sup> R. L. MILLER, *Microeconomía*, Bogotá, McGraw Hill, 1990, y S. BLOVICH, *Vigilante in the Field of Financial Transactions*, ponencia en el Seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, New York, Morton Banking Center, 2004.

nizada reintroduce por año en los flujos económicos legales entre 2,17 y 3,61 trillones de dólares mediante procesos de lavado de dinero, lo que significa entre el 3 y el 5 por 100 del producto interior bruto a nivel global<sup>8</sup>.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA

Para desplegar sus actividades a lo largo del tiempo en la economía criminal global, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada han desarrollado cuatro características principales. En primer lugar, conforman una auténtica estructura empresarial clandestina, con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para: *i*) conseguir los objetivos empresariales previamente diseñados (maximización de los beneficios en mercados prohibidos) y *ii*) presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas<sup>9</sup>.

En segundo lugar, poseen una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular el sector financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades<sup>10</sup>.

En tercer lugar, actúan a través de redes, de manera que sus miembros puedan confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollan sus actividades «de forma segura». Dichas redes se caracterizan porque, si bien permanecen en el tiempo<sup>11</sup>, son descentralizadas, flexibles y se adaptan y fluctúan constantemente de acuerdo a las condiciones del contexto, construyendo conexiones con otros grupos y formando cadenas de tráfico ilícito global<sup>12</sup>.

Finalmente, desarrollan su acción mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia (incurriendo así en delitos graves de manera cotidiana).

---

<sup>8</sup> T. OBOKATA y B. PAYNE, *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*, London, Routledge, 2017.

<sup>9</sup> WILLIAMS, «Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm», *International Relations*, vol. 104, 1996; J. E. RITCH, «They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime», *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, núm. 2, 2002; L. PAOLI y T. VANDER BEKEN, «Organized Crime. A Contested Concept», en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014, y T. OBOKATA y B. PAYNE, *Transnational Organised Crime...*, *op. cit.*

<sup>10</sup> M.<sup>a</sup> C. DOMINE, «Criminalidad económica y terrorismo», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, vol. 1, 2007, y E. R. KLEEMANS, «Theoretical perspectives on Organized Crime», en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>11</sup> M.<sup>a</sup> C. DOMINE, «Criminalidad económica y terrorismo», *op. cit.*

<sup>12</sup> M. CASTELLS, *End of Millenium*, Oxford, Blackwell, 1996.

na), razón por la cual es frecuente que estructuras paramilitares formen parte de las mismas<sup>13</sup>. De esta manera, las estructuras empresariales de la delincuencia transnacional organizada superan el ámbito de las operaciones económicas prohibidas para adentrarse en el campo de las amenazas, destrucción de propiedad, agresiones graves y asesinatos, frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de su actividad primaria, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas<sup>14</sup>.

Dada la naturaleza descentralizada, flexible y adaptativa de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, en los últimos años se han analizado las mismas, así como otras organizaciones armadas estructuradas en redes, con base en los marcos teóricos que estudian las organizaciones como sistemas sociales (OSS) y como sistemas complejos adaptativos (CAS)<sup>15</sup>. Esto ha permitido explicar, desde una perspectiva evolutiva, el comportamiento flexible y adaptable de estas organizaciones, comprendiendo las lógicas de comportamiento de sus actores y las tareas que desempeñan, así como los continuos procesos de cambio a los que están sujetos conforme a las necesidades impuestas por las condiciones del contexto en el que operan<sup>16</sup>. Como consecuencia, el concepto de «economía criminal global», propuesto inicialmente por Castells en 1996, ha sido desarrollado para

<sup>13</sup> L. PAOLI y T. VANDER BEKEN, «Organized Crime. A Contested Concept», *op. cit.*, y T. OBOKATA y B. PAYNE, *Transnational Organised Crime...*, *op. cit.*

<sup>14</sup> H. OLASOLO, *International Criminal Law, Transnational...*, *op. cit.*

<sup>15</sup> B. D. BERKOWITZ, *The new face of war: How war will be fought in the 21st century*, New York, Simon & Schuster, 2003; R. J. BUNKER, *Networks, terrorism and global insurgency*, London, Routledge, 2014; J. SULLIVAN y R. J. BUNKER, «Criminal Insurgents in Mexico and Latin America», *A Small Wars Journal – El Centro Anthology*, Bloomington, iUniverse, 2015, y O. PALMA, *Commercial Insurgencies in the Networked Era: The Revolutionary Armed Forces of Colombia*, New York, Routledge, 2019.

<sup>16</sup> Como ha señalado A. NOGUERA (*La relación organización-entorno y la ontología evolutiva: una propuesta para la comprensión de las interacciones como producto del proceso evolutivo de reglas con la caracterización de la prestación del servicio de salud en urgencias*, Bogotá, tesis doctoral, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario), el proceso evolutivo en una organización supone el procesamiento constante de información que se desarrolla dentro de sistemas humanos, los cuales crean sistemas organizacionales artificiales conformados por rutinas que resuelven problemas y que, en suma, se convierten en los mecanismos por medio de los cuales se desarrollan las distintas actividades. A la luz de lo anterior, el enfoque evolutivo estudia las organizaciones a través del análisis de los procesos que determinan su adaptación a las circunstancias cambiantes de los contextos en los que operan. Al ser las organizaciones en general, y las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada en particular, entendidas como sistemas sociales dentro de los cuales se realizan actividades que son materializadas por individuos, es posible afirmar que el proceso de variación y selección puede ser aplicado a sistemas en donde las reglas y las rutinas son útiles para tratar con el cambio. Desde esta perspectiva, la organización es un espacio donde el conocimiento y la estructura de relaciones, el aprendizaje y el comportamiento individual configuran actividades que se convierten en mecanismos que se adaptan a un entorno, al mismo tiempo que este último modifica a la organización generando condiciones de interacción y cambio permanente. *Vid.* W. HOELZL, «The Evolutionary Theory of the Firm: Routines, Complexity and Change», en M. DIETRICH (ed.), *Economics of the Firm: Analysis, Evolution and History*, London, Routledge, 2006, pp. 111-126.

mostrar cómo las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada son auténticas corporaciones transnacionales que construyen conexiones con otros grupos y conforman cadenas de tráfico ilícito global. De esta manera, se constituyen en auténticas estructuras en red de diversos actores, que ofrecen un amplio portafolio de servicios, y tienen como principios de actuación la descentralización, la flexibilidad, la adaptabilidad y la evolución según el contexto. Nos encontramos, en definitiva, ante lo que ha sido calificado por Gilman, Goldhammer y Weber<sup>17</sup> como la «globalización desviada».

Los estudios de Keeny<sup>18</sup> sobre las redes de narcotráfico en Colombia no han hecho sino confirmar estas características, al identificar que estas redes se componen de grupos e individuos interconectados que forman parte de extensas cadenas transnacionales que conforman un sistema organizacional que evoluciona, se adapta y fluctúa de acuerdo con las condiciones del ambiente, de manera que sus actores pueden cambiar, desaparecer, dividirse, atomizarse, crecer o reducirse, con tal de que con ello se preserve la economía ilegal del narcotráfico.

### III. LA CORRUPCIÓN COMO ACTIVIDAD CENTRAL DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA

El acuerdo de paz firmado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), si bien ha significado que estas últimas (a excepción de sus disidencias) se hayan transformado en un movimiento político, no ha supuesto la finalización de las dinámicas de violencia en Colombia. Las economías ilegales, especialmente aquellas desarrolladas alrededor del narcotráfico, se mantienen en muchas de las regiones más apartadas del territorio nacional, lo que ha favorecido la pervivencia de numerosas organizaciones armadas ilegales que siguen amenazando a las comunidades y llegan en ocasiones a afectar el orden público y la seguridad nacional. Además, la dinámica *glocal* fomenta que los cultivos ilícitos estén cada vez más concentrados en ciertas regiones periféricas y/o fronterizas del territorio, como el Catatumbo, el Bajo Cauca y el Putumayo, provocando que la violencia entre las comunidades y los actores armados e incluso entre el Estado y las comunidades continúe<sup>19</sup>.

Las organizaciones armadas ilegales que se dedican al narcotráfico en Colombia son clasificadas en diversas categorías: *i*) Grupos Armados Orga-

<sup>17</sup> N. GILMAN, J. GOLDHAMMER y S. WEBER (eds.), *Deviant globalization: Black market economy in the 21st century*, Edinburgh, A&C Black, 2011.

<sup>18</sup> M. KEENEY, «The architecture of drug trafficking: network forms of organisation in the Colombian cocaine trade», *Global Crime*, vol. 8, núm. 3, 2007.

<sup>19</sup> FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ, «Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición», *Informes*, núm. 27, 2017.



nizados (GAOs), que tienen mayor capacidad para el uso de la fuerza y la regulación de las dinámicas territoriales [Clan del Golfo, los Puntilleros, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y los Pelusos]; *ii*) Grupos Armados Organizados Residuales (GAORs), categoría utilizada para incluir a las disidencias de las FARC; *iii*) Grupos Delincuenciales Organizados (GDOs), que disponen de menor capacidad de uso de la fuerza armada, de manera que, si bien pueden afectar el orden público y amenazar a las comunidades, no llegan a poner en riesgo la seguridad nacional (los Rastrojos, los Caquetenños, la Cordillera o los Botalones), y *iv*) otros grupos que actúan en los procesos de producción y tráfico de drogas, como las «agencias de cobro», los grupos criminales menores y los narcotraficantes de menor visibilidad<sup>20</sup>. Sin embargo, diferentes estudios incluyen a un buen número de estas organizaciones bajo la categoría general de bandas criminales (Bacrim), que emergieron tras la desmovilización parcial de los grupos paramilitares entre 2003 y 2006 como parte de la lógica adaptativa del sistema organizacional de la economía ilegal del narcotráfico.

Las Bacrim han sido definidas por el *International Crisis Group*<sup>21</sup> como «estructuras delincuenciales, nacionalmente desarticuladas, con un alto poder corruptor, intimidador y armado, que han combinado la producción y comercialización de drogas con la afectación violenta de los derechos y las libertades de los ciudadanos en las zonas rurales y en la periferia de algunos centros urbanos del país». Asimismo, Rojas<sup>22</sup> (2011) afirma que, si bien las Bacrim no buscan el poder político, su objetivo principal es alcanzar el poder económico y social a través de acciones de violencia focalizada con un ámbito de actuación transnacional. Por su parte, para Prieto (2013), las Bacrim constituyen un fenómeno *i*) propio del crimen organizado; *ii*) construido alrededor del narcotráfico y otras actividades económicas lícitas e ilícitas como la minería, la microextorsión o el microtráfico; *iii*) desligado teóricamente de las lógicas del conflicto armado en términos jurídicos y militares; *iv*) de bajo perfil, urbano, con estructuras en su mayoría no militares, pero con capacidad para administrar territorios y ejercer amplio control social en lo local; *v*) con capacidad para realizar alianzas transitorias con grupos guerrilleros en el nivel nacional y con cárteles y redes criminales a nivel internacional; *vi*) con capacidad para infiltrar instituciones y corromper miembros de la fuerza pública y funcionarios públicos, y *vii*) responsable

<sup>20</sup> *Ibid.*, y J. McDERMOTT, «The “Invisibles”: Colombia’s New Generation of Drug Traffickers», *Insight Crime*, Bogotá, 2018.

<sup>21</sup> INTERNATIONAL CRISIS GROUP, «Desmantelar los nuevos grupos armados en Colombia: lecciones de un sometimiento», *Informe sobre América Latina*, núm. 41, 2012.

<sup>22</sup> F. ROJAS, «Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano», en F. ROJAS y A. ÁLVAREZ-MARTÍN (eds.), *América Latina y el Caribe: globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO-FLACSO, 2011.

de un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos.

El sistema organizacional alimentado por las economías ilegales desarrolladas en torno al narcotráfico en Colombia no es aislado ni se limita al territorio colombiano. De hecho, el sistema traspasa las fronteras de los Estados y se constituye como un verdadero sistema transnacional, fruto de la alta demanda de estupefacientes en diferentes lugares del mundo, lo que genera el incentivo para producirlos y transportarlos a los grandes centros de consumo global<sup>23</sup>. En este sentido, Prieto<sup>24</sup> subraya en relación con las Bacrim que miembros de sus brazos armados o financieros mantienen presencia física constante en países limítrofes con debilidades en las zonas fronterizas, como Venezuela, Ecuador o Perú. Además, tienen estrechos vínculos con organizaciones delictivas locales en países con alta participación en eslabones importantes del narcotráfico, como es el caso de México. Sus contactos se extienden también a países como Honduras y Panamá en Centroamérica y Argentina, Bolivia y Paraguay en Suramérica, con el fin de llevar a cabo sus operaciones de tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando de bienes, lavado de activos y testaferrato. Asimismo, mantienen puntos de enlace para el narcotráfico en otros países de Suramérica como Brasil y Chile, y su ámbito de acción e influencia llega incluso hasta los mercados de destino, y en particular hasta Estados Unidos (donde para septiembre de 2011 más de un centenar de personas relacionadas con las Bacrim habían sido acusadas en el sur de Florida) y Europa (especialmente, España).

Para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, las Bacrim, al igual que otras organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, requieren, entre otras cosas, disponer de una conexión estructural con los poderes públicos y privados del ámbito en el que operan, lo que hace que la corrupción juegue «un papel medular» en sus actividades<sup>25</sup>. Esta conexión estructural entre dichas organizaciones y los poderes públicos y privados en los distintos ámbitos materiales y territoriales en los que operan constituye un elemento central de su actividad<sup>26</sup> que ha sido par-

<sup>23</sup> E. FRONZA y P. INSOLERA, «El caso Odebrecht en América Latina», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>24</sup> C. A. PRIETO, *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.

<sup>25</sup> M.<sup>a</sup> C. DOMINE, «Criminalidad Económica Y Terrorismo», *op. cit.*

<sup>26</sup> F. E. HAGAN, «The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model», *Criminal Justice Review*, vol. 8, 1983; E. R. ZAFFARONI, «Il Crimine Organizzato: Una Categorizzazione Fallita», en S. MOCCIA (ed.), *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamen-*

ticularmente estudiada en los últimos años en relación con los cárteles del narcotráfico mexicanos, dada su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas: Estados Unidos<sup>27</sup>.

Los estudios realizados muestran que los cárteles mexicanos actúan junto a funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado<sup>28</sup>. En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales<sup>29</sup>. Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos<sup>30</sup>.

Esta situación permite que, debido a su estrecho contacto con el sistema financiero legal y con el sistema político encargado de diseñar la legislación y promover su aplicación, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, como las Bacrim y los cárteles mexicanos, no lleven a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de «vacíos legales», sino de la interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que realizan sus actividades<sup>31</sup>.

A la luz de lo anterior, Rodríguez<sup>32</sup> subraya que este tipo de organizaciones constituye una de las principales amenazas que enfrenta en este momento América Latina, lo cual es confirmado por Garzón<sup>33</sup> cuando afirma que «el crimen organizado está experimentando cambios sustanciales y

---

*tali, tra Efficienza e Garanzi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; A. ARONOWITZ, «Trafficking in Human Beings: An International Perspective», en D. E. SIEGEL (ed.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003, y T. OBOKATA, *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>27</sup> L. ASTORGA, *Drogas sin fronteras*, Barcelona, Debolsillo, 2015; BANCO MUNDIAL CIUDAD DE MÉXICO, *Regional aggregation using 2011 PPP and \$1.9/day poverty line*, 2015; S. O'NEIL, «The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels», *Foreign Affairs*, vol. 88, núm. 4, 2009, pp. 63-77; M. MEDEL y F. THOUMI, «Mexican Drug "Cartels"», en L. PAOLI (ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014; H. OLASOLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; S. PATERNOSTRO, «Mexico as a "Narco-democracy"», *World Policy Journal*, vol. 12, núm. 1, 1995; P. REXTON KAN, *Drug Trafficking and International Security*, London, Rowman & Littlefield, 2016, y V. RÍOS, «How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets», *Journal of Conflict Resolution*, vol. 59, núm. 8, 2015, pp. 1433-1454.

<sup>28</sup> P. REXTON KAN, *Drug Trafficking and International Security*, *op. cit.*

<sup>29</sup> M. MEDEL y F. THOUMI, «Mexican Drug "Cartels"», *op. cit.*

<sup>30</sup> S. PATERNOSTRO, «Mexico as a "Narco-democracy"», *op. cit.*

<sup>31</sup> E. R. KLEEMANS, «Theoretical perspectives on Organized Crime», *op. cit.*

<sup>32</sup> G. RODRÍGUEZ, *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*, ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA), Ciudad de México, 2010.

<sup>33</sup> J. C. GARZÓN, «La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Lati-

constantes en América Latina, posicionándose como uno de los actores estratégicos relevantes del hemisferio, reconfigurando las fronteras territoriales, teniendo un papel importante en la economía, penetrando las estructuras políticas y sociales, y poniendo en juego los avances alcanzados en la construcción del Estado y el sistema democrático». En consecuencia, la existencia de organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, como las Bacrim o los cárteles mexicanos, se considera una amenaza importante para las instituciones, puesto que su poder socioeconómico les permite sobornar funcionarios, interferir en procesos democráticos, afectar la manera en que ciudadanos y comunidades se relacionan con la institucionalidad (perpetuando escenarios de ilegalidad) y propiciar el retroceso de la acción de los Estados en materia de política social, administración de justicia y gobernanza local<sup>34</sup>.

A esto hay que añadir que los costos humanos y sociales de su actuación son muy altos, debido al elevado número de homicidios, secuestros extorsivos, actos de terror hacia la población y desplazamientos forzados en que incurren, además de los problemas de salud pública derivados del microtráfico de drogas que generan en las comunidades en las que operan. Como Rojas<sup>35</sup> subraya en relación con las Bacrim en Colombia, tienen un alto impacto directo en múltiples ámbitos, incluyendo: «1) en la calidad de vida, con más temor; 2) en la convivencia cívica, con menores grados de confianza; 3) en la convivencia democrática, con mayor desafección; 4) en las inversiones privadas, con un retraimiento; 5) en el gasto en seguridad, con más gasto público y privado; 6) en el espacio público, con el abandono; 7) en la privatización de las respuestas a los riesgos; 8) en las políticas públicas, incrementando las complejidades de la gestión y los diseños institucionales; 9) sobre las decisiones, generando un sentido de urgencia y de carencia de efectividad, y 10) en los costos de la violencia, que reducen las oportunidades de desarrollo, en especial del desarrollo humano y sustentable».

---

na y las fuerzas que lo modifican», *Citizen Security and Organized Crime*, Washington, Woodrow Wilson Center, 2012.

<sup>34</sup> F. ROJAS, «Violencia en América Latina...», *op. cit.*; H. OLASOLO, «¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?», en A. I. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Salamanca, 2016, pp. 121-162, y H. OLASOLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal...*, *op. cit.*

<sup>35</sup> F. ROJAS, «Violencia en América Latina...», *op. cit.*

#### **IV. LOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR EL DERECHO PÚBLICO PARA RESPONDER EFICAZMENTE A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA: PARTICULAR REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Las antiguas estructuras jurídicas de prevención, control y sanción han quedado obsoletas para enfrentar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a las prácticas de corrupción que constituyen un aspecto central de su actividad. En consecuencia, es necesario buscar nuevos mecanismos jurídicos que permitan incrementar la eficacia en la lucha contra las mismas.

Para llevar a cabo esta tarea conviene entender, en primer lugar, el contraste entre la potencialidad del Derecho público y el Derecho internacional para ofrecer herramientas jurídicas que contribuyan significativamente a este propósito, y las razones por las que hasta el momento no ha sido posible concretar en la práctica esta potencialidad. Para ello, abordaremos en esta sección los principales obstáculos con los que se ha enfrentado el Derecho público, tomando como punto de referencia el ordenamiento jurídico colombiano. En el siguiente epígrafe analizaremos las dificultades con las que se ha venido encontrando el Derecho internacional.

Con respecto al Derecho público, Suelst Cokk<sup>36</sup> subraya que en países como Colombia, el Derecho público ha sido objeto de un alto nivel de cooptación por las estructuras del crimen organizado. Por ello, si se quiere volver al mismo se requiere: *a)* por una parte, hacerlo desde una perspectiva interdisciplinaria que permita comprender mejor sus fortalezas y debilidades ante la realidad global del fenómeno de la delincuencia transnacional organizada, y *b)* por otra parte, analizar el Derecho público en su contexto local para después contrastarlo con otras experiencias nacionales. Además, debido a su centralidad en la configuración de lo público-estatal para responder a este fenómeno, es necesario concentrar la atención en las herramientas jurídicas ofrecidas por el Derecho electoral, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal.

En el ámbito del Derecho electoral, Suelst Cokk<sup>37</sup> subraya la importancia de mostrar de qué manera la corrupción asociada a la delincuencia trans-

---

<sup>36</sup> V. SUELT COCK, «Financiación ilícita de las campañas como forma de corrupción política que afecta a la democracia: el caso colombiano y los desafíos del estado a la luz del Acuerdo de Paz», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>37</sup> *Ibid.*

nacional organizada se traduce en corrupción política que afecta a la propia organización política del Estado. Desde esta perspectiva, Philp<sup>38</sup> señala que hay dos características dominantes en la corrupción política: *i*) la violación de la ley y del interés público por parte de funcionarios públicos, y *ii*) la finalidad de obtener un lucro o satisfacer intereses personales de esta manera. Como resultado, los funcionarios o candidatos electorales violan las reglas sabiendo que con ello violan el interés general, y eso lo hacen en busca de satisfacer sus intereses individuales y/o para beneficiar a un tercero (en nuestro caso, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada), incidiendo a través de la reiteración de este tipo de prácticas en la formación y desarrollo de una cultura política que impide la consecución de los propósitos del proceso democrático. Fruto de lo anterior, Della Porta y Vannucci<sup>39</sup> subrayan que «la corrupción y la consiguiente quiebra de fidelidad entre representantes y representados explica en gran medida la desafección y la falta de confianza. También puede explicar la baja participación en los procesos electorales y el poco interés en lo público».

En relación con el Derecho administrativo, Ospina Garzón<sup>40</sup> subraya que en Colombia no se ha hecho un uso suficiente de sus mecanismos jurídicos para combatir la corrupción, con independencia de que esta se encuentre asociada o no a la delincuencia transnacional organizada. Esto ha sido debido a que ha habido un excesivo énfasis en la sanción penal como instrumento prioritario para enfrentarla, con base en una confianza ciega en el poder disuasorio de la pena. Por ello, considera este autor que los mecanismos jurídicos que ofrece el Derecho administrativo, siempre y cuando sean configurados y utilizados con el fin de incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción, pueden ayudar a reducirla significativamente y a hacer más efectiva la actividad pública.

Un ejemplo de esta situación es la figura de la responsabilidad fiscal, cuya atribución en Colombia corresponde a las entidades nacional y territoriales de fiscalización (es decir, la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales), mediante el adelantamiento de actuaciones administrativas susceptibles de control judicial en lo contencioso-administrativo<sup>41</sup>. Las cifras presentadas en el más reciente informe de gestión de la Contraloría General de la República (2018)<sup>42</sup> muestran la

<sup>38</sup> M. PHILP, «Defining Political Corruption», *Political Studies*, vol. 45, núm. 3, 1997.

<sup>39</sup> D. DELLA PORTA y A. VANNUCCI, «The "Perverse Effects" of Political Corruption», *Political Studies*, vol. 45, núm. 3, 1997.

<sup>40</sup> A. OSPINA GARZÓN, «Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la última ratio a la ausencia de razón», *A & C. Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, vol. 16, núm. 63, 2016.

<sup>41</sup> M. A. RESTREPO-MEDINA, «Calidad de los hallazgos de auditoría. Análisis de caso de las contralorías territoriales de Colombia», *Innovar*, vol. 28, núm. 70, 2018, pp. 115-128.

<sup>42</sup> De acuerdo con el más reciente informe de gestión publicado por la Contraloría General

importancia que puede llegar a tener la responsabilidad fiscal como mecanismo de recuperación del daño ocasionado al patrimonio público. Asimismo, revelan las brechas que se presentan entre el monto de los hallazgos con incidencia fiscal y los de las imputaciones y declaraciones de responsabilidad, por lo cual, a partir de un adecuado entendimiento de la naturaleza jurídica de este instrumento en el ordenamiento jurídico colombiano, se pueden identificar las disfuncionalidades que han generado hasta el momento su baja efectividad para resarcir el daño ocasionado al patrimonio público por gestión fiscal ilegal o indebida<sup>43</sup>.

En el ámbito del Derecho tributario es importante señalar que, si bien es cierto que en los últimos años se ha observado en países como Colombia y Costa Rica un cierto progreso en la adopción de medidas para combatir la corrupción (ambos países firmaron en 2017 la Convención de 1997 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, lo que supone, asimismo, la aceptación de las recomendaciones relativas a la no deducibilidad tributaria de los sobornos a este tipo de funcionarios), no es menos cierto que estas medidas siguen siendo insuficientes<sup>44</sup>. Esto se refleja, en el caso de Colombia, en la ausencia de tarifas para las transacciones que se efectúan con Estados considerados paraísos fiscales, la ausencia de un régimen de sanciones contra los intermediarios que favorecen el fraude fiscal o la práctica inaplicabilidad del delito tributario debido a la dificultad de probar los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Finalmente, desde la perspectiva del Derecho penal, Buscaglia<sup>45</sup> ha tratado de explicar las razones por las que, a pesar del constante recurso al Derecho penal para combatir la corrupción (como lo muestra, sin ir más lejos, la reciente tipificación en Colombia de los delitos electorales en 2017), la confianza ciega en el poder disuasorio de la sanción penal no se encuentra jus-

---

de la República de Colombia (2018) que compendia los resultados del periodo institucional 2014-2018, durante este cuatrienio la entidad inició 4.141 procesos de responsabilidad fiscal por una cuantía de \$ 21,6 billones (aprox. US \$ 7.200 millones), formuló imputación dentro de 1.645 procesos en cuantía de \$ 1,69 billones (aprox. US \$ 563 millones) y emitió 691 fallos con responsabilidad fiscal ejecutoriados por valor de \$ 574.331 millones (aprox. US \$ 191 millones). En ese mismo lapso se logró el resarcimiento del daño causado al patrimonio público por valor de \$ 409.471 millones (aprox. US \$ 136 millones) y se obtuvo un recaudo coactivo por \$ 289.653 millones (aprox. US \$ 96 millones).

<sup>43</sup> M. A. RESTREPO-MEDINA, «Perspectiva crítica de la efectividad de la responsabilidad fiscal como instrumento en la lucha contra la corrupción en Colombia», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>44</sup> E. LOZANO RODRÍGUEZ y D. TAMAYO MEDINA, «La gestión de la ética en la administración tributaria colombiana», *Revista de Derecho privado*, núm. 55, 2016.

<sup>45</sup> S. BÚSCAGLIA, *Vacios de poder en México. Como combatir la delincuencia organizada*, Madrid, Debate, 2013.

tificada. En su estudio, identifica como causa principal de esta situación el hecho de que existan hasta cinco niveles distintos de penetración en el Estado por parte de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada: *i*) los actos aislados de corrupción en el nivel inferior del poder público; *ii*) los actos de corrupción que ocurren de manera frecuente a este mismo nivel del poder estatal; *iii*) la utilización de agencias públicas para desviar las operaciones policiales, neutralizar la regulación de los mercados financieros y nombrar integrantes de estructuras del crimen transnacional organizado para posiciones de gestión en la administración del Estado (ya sea en sus niveles local, regional o nacional); *iv*) la cooptación de responsables de agencias públicas encargados de enfrentar la delincuencia transnacional organizada, y *v*) la cooptación de líderes políticos del más alto nivel.

Voigt<sup>46</sup> expone cómo la penetración de la delincuencia transnacional organizada en la rama judicial es particularmente dañina. Según este autor, si bien este tipo de penetración se suele limitar inicialmente a alguno de los tres primeros niveles identificados por Buscaglia (por ejemplo, la pérdida de archivos u ocultación de información relevante en un caso por un funcionario de la secretaría judicial), las organizaciones del crimen transnacional organizado hacen un gran esfuerzo para llegar a penetrar el aparato judicial en el cuarto nivel (lo que sucede, por ejemplo, cuando un juez omite un orden de captura o reduce una sentencia), generando así un impacto mucho más perjudicial. De esta manera, el ofrecimiento de importantes incentivos a jueces y funcionarios de la rama judicial para que sean propensos a cometer este tipo de actos, unido a ciertas características propias de la rama (monopolio en la toma de decisiones, alto grado de discreción e ineficiente rendición de cuentas), hace que exista una alta probabilidad de que se incurra en este tipo de comportamientos corruptos<sup>47</sup>.

De lo anterior se puede deducir que los principales obstáculos que enfrenta el Derecho público en Colombia para ofrecer herramientas jurídicas eficaces en la lucha contra la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada son principalmente dos: *i*) la subutilización del Derecho electoral, el Derecho administrativo y el Derecho tributario debido a un excesivo énfasis en el Derecho penal resultante de una injustificada confianza en el poder disuasorio de la pena, y *ii*) el alto nivel de cooptación por las organizaciones de delincuencia transnacional organizada de: *a*) el proceso legislativo a través del que se reforman las instituciones de Derecho público y *b*) los procedimientos administrativos y judiciales a través de los que se desarrollan sus mecanismos de aplicación.

---

<sup>46</sup> S. VOIGT, «When are Judges Likely to be Corrupt?», en *Global Corruption Report 2007*, Cambridge, Transparency International-Cambridge University Press, 2007, pp. 296-301.

<sup>47</sup> *Ibid.*



## **V. LOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PARA RESPONDER EFICAZMENTE A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA A LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA**

Vista la ineficacia del Derecho público en países como Colombia para enfrentar la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y dado que la actuación de las organizaciones que forman parte de la economía criminal global se extiende más allá del territorio de cualquier Estado, es necesario analizar las razones por las que el potencial del Derecho internacional para ofrecer mecanismos jurídicos que puedan contribuir significativamente a la lucha contra las mismas no haya dado hasta el momento los resultados esperados.

En este sentido es importante subrayar que el Derecho penal transnacional (DPT) ha sido pionero desde hace más de veinte años en la búsqueda de mecanismos jurídicos que permitan incrementar la eficacia en la lucha contra las prácticas corruptas de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada. Esto se ha realizado a través de numerosos tratados internacionales elaborados a finales de la década de 1990 y principios del siglo XXI, entre los que destacan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional<sup>48</sup> y los múltiples instrumentos de cooperación en el área de la lucha contra la corrupción (actividad medular del crimen transnacional organizado) tanto en el ámbito regional —Organización de Estados Americanos (Convención Interamericana de 1996); Unión Europea (Convenio de 1997, Acción Común 1998/742/JAI de 1998, Corpus Iuris de 2000 y Decisión Marco 2003/568/JAI de 2003); Consejo de Europa (Convenciones penal y civil contra la corrupción de 1999), y Unión Africana (Convención de 2003)— como en el ámbito universal<sup>49</sup>. A esto se une la Convención contra la corrupción de funcionarios extranjeros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 1997.

Los principales mecanismos jurídicos establecidos por el DPT en los mencionados instrumentos internacionales son los siguientes: *i*) la promoción de la armonización de las definiciones de los tipos penales relativos a prácticas corruptas en los ordenamientos jurídicos nacionales, *ii*) el establecimiento de mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y *iii*) el diseño de nuevos mecanismos de cooperación procesal y auxilio judicial<sup>50</sup>. Además, la Unión Eu-

<sup>48</sup> Convención de Palermo, 2000.

<sup>49</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, conocida como Convención de Mérida, 2003.

<sup>50</sup> D. BENITO SÁNCHEZ, «Análisis de la política criminal contra la corrupción a la luz de las ini-

ropea ha optado por la creación en el año 2002 de una institución como *Eurojust* (con sede en La Haya, Países Bajos) que, con el fin de reforzar la eficacia de las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros, se encarga de promover la coordinación entre las autoridades nacionales a cargo de las mismas y de mejorar su cooperación con el fin de facilitar la prestación de ayuda judicial mutua y la ejecución de peticiones de extradición.

Estos mecanismos tienen en el fondo la misma naturaleza que los que el propio DPT utiliza para la persecución de los delitos transnacionales, y que han sido diseñados teniendo en cuenta que estos delitos: *a)* constituyen transacciones económicas en mercados prohibidos, debido a la importancia de su posible impacto económico en los Estados que promueven su prohibición<sup>51</sup>; *b)* tienen por objeto bienes ilícitos (drogas, armas, propiedad cultural, recursos naturales, materiales contaminantes o propiedad intelectual)<sup>52</sup> o servicios necesarios para facilitar y organizar las transacciones de bienes ilícitos (lavado de dinero, corrupción o delitos cibernéticos)<sup>53</sup>, y *c)* superan en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de las fronteras estatales, y por ello las transacciones económicas en que consisten son objeto de interés para más de un Estado<sup>54, 55</sup>. En consecuencia, el bien jurídico protegido por los delitos transnacionales es en última instancia el interés estatal en el control regulatorio de ciertos bienes y servicios (qué se puede producir, con qué se puede comerciar, quién lo puede hacer y cómo se han de realizar las transacciones)<sup>56</sup>.

---

ciativas internacionales y regionales en la materia», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>51</sup> N. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, e ID., «Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law», en H. VAN DER WILT y Ch. PAULUSSEN (eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?*, London, Elgar Publishers, 2017, cap. 2.

<sup>52</sup> Incluso en relación con el tráfico de seres humanos, el aspecto central de la prohibición se encuentra en la finalidad de explotación o de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, y no en el hecho de ejercer derechos de propiedad sobre los seres humanos con los que se trafica. Esta última faceta es, sin embargo, determinante en la definición del crimen internacional de esclavitud. Vid. N. TAVAKOLI, «A crime that offends the conscience of humanity: a proposal to reclassify trafficking in women as an international crime», *International Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2009.

<sup>53</sup> J. M. SMITH, «An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity», *Georgetown Law Review*, vol. 97, 2008-2009.

<sup>54</sup> E. FRONZA y P. INSOLERA, «El caso Odebrecht en América Latina», *op. cit.*

<sup>55</sup> La definición que Gless y Vervaele realizan del Derecho penal transnacional como toda norma penal (sustantiva o procesal) que tiene por objeto regular transacciones que cruzan las fronteras de un Estado, nos parece demasiado amplia, puesto que puede entenderse como incluyendo diversas manifestaciones de los crímenes internacionales. Vid. S. GLESS y J. A. E. VERVAELE, «Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice», *Utrecht Law Review*, vol. 9, núm. 4, 2013.

<sup>56</sup> N. BOISTER, «Responding to Transnational Crime...», *op. cit.*, y H. OLASOLO, «Is International Criminal Law an appropriate mechanism to deal with organized crime in a global society?», en

Debido a que el bien jurídico protegido por los delitos transnacionales es el control regulatorio de los Estados sobre ciertos bienes y servicios, el DPT está principalmente orientado al control del delito<sup>57</sup>. Además, no supera, en principio, la soberanía estatal, sino que parece reafirmarla, en cuanto que los Estados son particularmente celosos de su poder para prohibir aquellas transacciones económicas que encuentran amenazantes<sup>58</sup>. Es por ello que los tratados internacionales recogen definiciones muy flexibles de los delitos transnacionales<sup>59</sup>, para que los Estados puedan asumir las mismas, conservando al mismo tiempo la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales<sup>60</sup>. Además, solo imponen a estos últimos la obligación de recoger dichos delitos en sus legislaciones nacionales, de manera que su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna del tratado internacional de que se trate<sup>61</sup>. En consecuencia, el DPT recoge una serie de opciones políticas dirigidas al control de las transacciones de ciertos bienes y servicios que superan en su desarrollo o en sus efectos el ámbito interno de sus fronteras y que, debido al impacto no deseado que pueden tener sobre sus intereses económicos, son objeto de interés para más de un Estado<sup>62</sup>.

Al ser su finalidad principal el fortalecimiento de la persecución penal de estas transacciones a través de una mayor cooperación procesal entre los Estados, el DPT recurre al Derecho internacional con un triple objetivo. En primer lugar, obtener una mayor armonización de las definiciones de los delitos a nivel nacional como condición necesaria para la cooperación procesal entre los Estados. En segundo lugar, establecer mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional. En tercer lugar, diseñar nuevos mecanismos de

---

H. VAN DER WILT y Ch. PAULUSSEN (eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?*, London, Elgar Publishers, 2017, cap. 3, pp. 50-70.

<sup>57</sup> E. A. NADELMANN, «Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society», *International Organization*, vol. 44, núm. 4, 1990.

<sup>58</sup> D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*

<sup>59</sup> A. SCHOLOENHARDT, «Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention», *Criminal Law Journal*, vol. 12, 2005.

<sup>60</sup> W. JENKS, «The Conflict of Law Making Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953.

<sup>61</sup> J. L. ENCK, «The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Is It All that It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, núm. 2, 2003, y C. J. C. F. FIJNAUT, «Introduction to the Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000», en H. J. ALBRECHT y C. J. C. F. FIJNAUT (eds.), *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000*, Breisgau, Max-Planck-Institut, 2002.

<sup>62</sup> E. A. NADELMANN, «Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society», *International Organization*, vol. 44, núm. 4, 1990; D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*, y ID., «Responding to Transnational Crime...», *op. cit.*

cooperación procesal<sup>63</sup>. En definitiva, de lo que se trata es de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas, debido a que los sistemas penales nacionales se resisten a tolerar la existencia de otros sistemas penales nacionales que actúan en el mismo espacio y sobre la misma actividad<sup>64</sup>. Sin embargo, casi dos décadas después de la aprobación y entrada en vigor de los instrumentos internacionales arriba mencionados, es evidente la escasa eficacia de los mecanismos jurídicos establecidos por el DPT para luchar contra la delincuencia transnacional organizada y contra las prácticas de corrupción de las organizaciones que forman parte de la misma<sup>65</sup>.

Ante esta situación, Smith<sup>66</sup> y Paulose<sup>67</sup> han afirmado la necesidad de utilizar los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del Derecho internacional Penal (DIP) (tribunales internacionales penales de ámbito universal o regional, tribunales híbridos y jurisdicciones nacionales actuando conforme al principio de jurisdicción universal) para confrontar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a sus prácticas de corrupción.

La Unión Africana parece haber adoptado recientemente esta posición, aprobando en 2014 el Protocolo de Malabo, que atribuye a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos jurisdicción penal sobre numerosos delitos transnacionales (incluyendo la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), además de sobre varios crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Esta posición es también acogida por quienes desde 2016 proponen para la región de las Américas la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (COPLA), si bien esta iniciativa, auspiciada por Argentina, presenta los aspectos novedosos de incluir una agencia supranacional de recogida y análisis de información y de limitar su jurisdicción material a los delitos transnacionales. Finalmente, desde una perspectiva universal, se mantiene también abierto el debate sobre si la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) debería extenderse para incluir ciertos delitos transnacionales<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*; *id.*, «Responding to Transnational Crime...», *op. cit.*, y H. VAN DER WILT, «Crimes against humanity: a category hors concours in (international) criminal law?», en B. VAN BEERS *et al.* (eds.), *Humanity across International Law and Biolaw*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>64</sup> J. BRAITHWAITE, «White Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985.

<sup>65</sup> H. OLASOLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal...*, *op. cit.*

<sup>66</sup> J. M. SMITH, «An International Hit Job...», *op. cit.*

<sup>67</sup> R. M. PAULOSE, «Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime», *Georgetown Law Review*, vol. 17, 2013.

<sup>68</sup> H. OLASOLO, *International Criminal Law, Transnational...*, *op. cit.*

El principal obstáculo por el que hasta el momento no se ha podido concretar la utilización de los mecanismos de aplicación del DIP para la persecución penal de la delincuencia transnacional organizada y la corrupción asociada a la misma ha sido la intensa oposición que hasta el momento ha encontrado esta propuesta por parte de quienes subrayan la distinta naturaleza de los crímenes internacionales y los delitos transnacionales, y las diferentes características del DIP y el DPT<sup>69</sup>.

Para estos autores, la respuesta a la ineficacia del DPT ha de pasar por fortalecer las respuestas que tradicionalmente ha ofrecido este para enfrentar a las estructuras del crimen transnacional organizado. En consecuencia, el establecimiento a nivel regional de instituciones similares a *Eurojust* es ciertamente una medida favorecida por estos autores, como también lo es la construcción en el ámbito universal de un sistema más integrado de cooperación y auxilio judicial que supere el excesivo proteccionismo de muchos Estados en aras de salvaguardar su soberanía nacional —lo que, por otra parte, no parece nada fácil si, como afirman Braithwaite (1985)<sup>70</sup> y Boister<sup>71</sup>, el problema radica en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales además del propio actúen en el mismo espacio y sobre la misma actividad—.

Como Olasolo y Galain<sup>72</sup> han puesto de manifiesto, este segundo grupo de autores solo considera adecuado el uso de los mecanismos de aplicación del DIP para la persecución penal de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada cuando, como ocurre con las Bacrim en Colombia y los cárteles del narcotráfico en México, las manifestaciones más graves de la violencia en que incurrir constituyen crímenes de *ius cogens*, y en particular crímenes de lesa humanidad<sup>73</sup>. Para justificar su posición, estos

<sup>69</sup> D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*; H. VAN DER WILT, «Crimes against humanity...», *op. cit.*, y K. VON LAMPE, «The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to "Organized Crime"», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 11, núm. 2, 2011, pp. 145-163.

<sup>70</sup> J. BRAITHWAITE, «White Collar Crime», *op. cit.*

<sup>71</sup> D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*, e ID., «Responding to Transnational Crime...», *op. cit.*

<sup>72</sup> H. OLASOLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal...*, *op. cit.*

<sup>73</sup> Esto sucede cuando las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada: *i*) recurren a la amenaza y a un buen número de actos de violencia previstos en el art. 7(1) ECPI, tales como homicidios, detenciones arbitrarias, tortura y otros tratos inhumanos, desapariciones forzadas y desplazamientos forzados, por solo poner algunos ejemplos; *ii*) frente a aquella parte de la población civil de los territorios en los que operan que perciben como una amenaza para el exitoso desarrollo de sus transacciones económicas; *iii*) siguiendo un patrón de actuación; *iv*) que responde a un plan metódicamente organizado para hacerse con el poder económico y el control social (no necesariamente con el control político) en las áreas en las que actúan, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas. *Vid.* J. M. SMITH, «An International Hit Job...», *op. cit.*; C. KRESS, «On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 CPI Kenya Decision», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4, 2010; G. WERLE y B. BURGHARDT, «Do Cri-

autores afirman que los crímenes de *ius cogens* protegen, además de bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos (paz y seguridad internacionales, preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil, y protección de los aspectos esenciales de la dignidad humana) cuyo titular es la comunidad internacional en su conjunto, y se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como por su ejercicio frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad<sup>74</sup>.

En definitiva, se trata de conductas que constituyen una suma de atrocidades<sup>75</sup> y que solo pueden ser consecuencia de la contaminación canceríge-

---

mes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 5, 2012; CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación de Kenia, 31 de marzo de 2010, y CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación en Costa de Marfil, 3 de octubre de 2011. Para ello, no es necesario que dichas organizaciones tengan la condición de cuasi-Estados, ni tan siquiera que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que es suficiente con que tengan la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión contra una población civil de actos graves de violencia a gran escala, o siguiendo un patrón de conducta, lo que significa que deben contar con un grado de estructura suficiente que les permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de su objetivo criminal (CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación de Kenia, 31 de marzo de 2010, y CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación en Costa de Marfil, 3 de octubre de 2011). Dada la laxitud de la definición del concepto de «organización» en el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sus elementos pueden ser predicados de estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos y que, como las Bacrim colombianas o los cárteles mexicanos del narcotráfico, presentan, entre otras, las siguientes características: *i*) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales; *ii*) tienen unos beneficios anuales que superan al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; *iii*) tratan de presentarse como empresas económicas lícitas y requieren de una conexión estructural con los poderes públicos y privados, de manera que la corrupción es un elemento esencial de sus actividades; *iv*) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados, *v*) cuentan con una alta capacidad de transformación y *vi*) sostienen su acción recurriendo habitualmente a actos graves de violencia con el fin de obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan. Vid. F. ROJAS, «Violencia en América Latina...», *op. cit.*, y C. A. PRIETO, *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*, *op. cit.*

<sup>74</sup> K. AMBOS, «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional», *Cuadernos de Derecho penal*, núm. 17, 2012; C. G. CASTRO CUENCA, «Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales», en C. G. CASTRO CUENCA (ed.), *Problemas actuales del Derecho penal*, Santiago de Chile, Jurídicas de Santiago, 2006; D. LUBAN, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Bogotá, Temis, 2011; L. MAY, *Crimes against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, Hart-Beck, 2012; G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; M. VANEGAS MOYANO, «De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho internacional humanitario», en C. G. CASTRO CUENCA (ed.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario-Temis, 2011; A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, y H. VAN DER WILT, «Crimes against humanity...», *op. cit.*

<sup>75</sup> M. J. OSIEL, «Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity», *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, p. 121.

na de la acción política<sup>76</sup>, pues de otra manera es difícilmente explicable el diseño y puesta en marcha de campañas de violencia dirigidas a destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso (genocidio), a atacar a la población civil de manera sistemática o a gran escala (crímenes de lesa humanidad), o a afectar a aquellas personas y objetos que se encuentran protegidos en una situación de conflicto armado por encontrarse en posición de particular vulnerabilidad (crímenes de guerra)<sup>77</sup>.

Debido a la particular naturaleza de los crímenes de *ius cogens*, este segundo grupo de autores afirma que el DIP tiene unas características propias que no pueden ser extrapolables al DPT, entre las que se incluyen: *i*) su objeto (protección de los valores esenciales de la sociedad internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los menoscaban); *ii*) sus fuentes (particular relevancia del Derecho internacional consuetudinario y naturaleza de *ius cogens* de una buena parte de sus normas), y *iii*) sus instituciones (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal)<sup>78</sup>. Además, la aplicación de sus normas se dirige, en particular, contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes de *ius cogens*, recibiendo por ello el calificativo de «máximos responsables»<sup>79</sup>.

Para este segundo grupo de autores, las diferencias estructurales entre el DIP y el DPT no han sido eliminadas por la globalización del fenómeno de la delincuencia transnacional organizada, lo que provoca que la utilización de los mecanismos de respuesta del DIP para perseguir a las organizaciones que incurren en delitos transnacionales menoscaba su propia naturaleza y distorsiona su objeto y fines<sup>80</sup>. Además, teniendo en cuenta el limitado alcance que tienen los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del DIP, su utilización para hacer frente a estas organizaciones y a sus prácticas de corrupción limitaría aún más su eficacia para investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes de *ius cogens*<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> D. LUBAN, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>77</sup> H. OLASOLO, «¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho...», *op. cit.*, pp. 121-162, e *id.*, «Is International Criminal Law an appropriate mechanism...», *op. cit.*, pp. 50-70.

<sup>78</sup> H. OLASOLO, *Derecho internacional penal, justicia...*, *op. cit.*, e *id.*, *International Criminal Law, Transnational...*, *op. cit.*

<sup>79</sup> Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Fiscalía de la CPI, 2003, 2007, 2010, 2013 y 2016.

<sup>80</sup> D. BOISTER, «Transnational Criminal Law?», *op. cit.*; *id.*, «Responding to Transnational Crime...», *op. cit.*; H. VAN DER WILT, «Crimes against humanity...», *op. cit.*, y K. VON LAMPE, «The Application of the Framework...», *op. cit.*, pp. 145-163.

<sup>81</sup> H. OLASOLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal...*, *op. cit.*

En consecuencia, más que extender los mecanismos de aplicación del DIP a los delitos transnacionales, la lucha contra las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y sus prácticas de corrupción requiere concentrarse en medidas de prevención de sus actividades, para lo que hay que conocer el contexto situacional en el que se desarrollan, sus patrones de espacio y tiempo, sus opciones racionales y sus actividades cotidianas, con el fin de entender las contingencias políticas, económicas y culturales en las que se desarrollan<sup>82</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

Una de las principales consecuencias del modelo de desarrollo *glocal* que ha tenido lugar durante las últimas tres décadas es el desarrollo, por las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, de una economía criminal global dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la *ciudadanía global* en las áreas conectadas. Para ello, estas organizaciones han aprovechado los esfuerzos de amplios sectores de la población residente en las áreas desconectadas o con conexión subordinada por escapar de la marginalidad.

Para desplegar sus actividades a lo largo del tiempo en la economía criminal global, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada han desarrollado las siguientes características: *i)* conforman una auténtica estructura empresarial clandestina, con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para maximizar los beneficios en mercados prohibidos y presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas; *ii)* poseen una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular el sector financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan; *iii)* actúan a través de redes descentralizadas, flexibles y adaptativas a las condiciones del contexto, a través de las que construyen conexiones con otros grupos y forman cadenas de tráfico ilícito global, de manera que sus miembros puedan confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollar sus actividades de forma segura, y *iv)* recurren habitualmente a la amenaza y al ejercicio de la violencia, razón por la cual es frecuente que estructuras paramilitares formen parte de las mismas. En consecuencia, si desean poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo en la economía criminal global, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada han de asegurarse que la corrupción juega un papel central en sus actividades.

---

<sup>82</sup> K. VON LAMPE, «The Application of the Framework...», *op. cit.*, pp. 145-163.



En este contexto, las antiguas estructuras jurídicas de prevención, control y sanción han quedado obsoletas para enfrentar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a las prácticas de corrupción que promueven. Por ello, es necesario buscar nuevos mecanismos jurídicos que permitan incrementar la eficacia en la lucha contra las mismas, sobre la base de una adecuada comprensión del contraste entre la potencialidad del Derecho público y el Derecho internacional para ofrecer herramientas jurídicas que pueden contribuir significativamente a este propósito y los obstáculos que han impedido hasta el momento concretar en la práctica esta potencialidad.

En relación con el Derecho público, los obstáculos identificados, en particular en Colombia, son principalmente dos: *i)* la subutilización del Derecho electoral, el Derecho administrativo y el Derecho tributario debido a un excesivo énfasis en el Derecho penal resultante de una injustificada confianza en el poder disuasorio de la pena, y *ii)* el alto nivel de cooptación por las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada de: *a)* el proceso legislativo a través del que se reforman las instituciones de Derecho público, y *b)* los procedimientos administrativos y judiciales a través de los que se desarrollan sus mecanismos de aplicación.

En cuanto al Derecho internacional, y constatada la ineficacia de los mecanismos tradicionales del DPT para enfrentar a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y a sus prácticas de corrupción, el principal obstáculo identificado es la enorme tensión entre: *a)* quienes abogan por fortalecer las respuestas que tradicionalmente ha ofrecido el DPT mediante el establecimiento a nivel regional de instituciones similares a *Eurojust* y la construcción en el ámbito universal de un sistema más integrado de cooperación y auxilio judicial que supere el excesivo proteccionismo de muchos Estados en aras de salvaguardar la soberanía nacional, y *b)* quienes proponen la extensión de los mecanismos de aplicación del DIP (tribunales internacionales penales de ámbito universal o regional, tribunales híbridos y jurisdicciones nacionales actuando conforme al principio de jurisdicción universal) al ámbito de la lucha contra las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y sus prácticas de corrupción.

Ante esta situación, para poder avanzar en este último ámbito es necesario que, a nivel nacional, se ponga fin a la confianza ciega, por no hablar de culto reverencial, en el poder disuasorio de la pena, y se decida abordar los problemas de cooptación que presenta el Derecho público desde una perspectiva multidisciplinar, que permita comprender mejor las fortalezas y debilidades de las instituciones nacionales ante la realidad *glocal* (global-local) del fenómeno de la delincuencia transnacional organizada, y en contraste con otras experiencias nacionales.

Asimismo, para incrementar la eficacia de la lucha contra las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada y sus prácticas de corrup-

ción es necesario en el nivel internacional poner fin a la confrontación existente entre defensores y detractores de la extensión de los mecanismos de aplicación del DIP al DPT. A este respecto, consideramos que, mientras los Estados, en aras de fortalecer el DPT mediante el establecimiento de sistemas de cooperación y auxilio judicial más ágiles e integrados en los ámbitos universal y regional, no estén dispuestos a superar su permanente preocupación por salvaguardar su soberanía nacional en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada y sus prácticas de corrupción, mucho nos tememos que, a la luz del limitado alcance que tienen en la actualidad los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del DIP, su utilización para luchar contra dichas organizaciones y sus prácticas corruptas solo serviría para limitar todavía más su eficacia en el cumplimiento de su función originaria de poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes de *ius cogens*.

Sin embargo, somos también conscientes de que renunciar al excesivo proteccionismo de muchos Estados en este ámbito en aras de salvaguardar su soberanía nacional no parece tarea nada fácil si, debido a que lo que está realmente en juego es el mantenimiento de su control regulatorio sobre ciertos bienes y servicios, no están dispuestos a que este sea puesto en riesgo al tolerar que otros sistemas penales, además del propio, actúen en el mismo espacio y sobre la misma actividad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K., «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional», *Cuadernos de Derecho penal*, núm. 17, 2012.
- ARONOWITZ, A., «Trafficking in Human Beings: An International Perspective», en D. E. SIEGEL (ed.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003.
- ASTORGA, L., *Drogas sin fronteras*, Barcelona, Debolsillo, 2015.
- BANCO MUNDIAL CIUDAD DE MÉXICO, *Regional aggregation using 2011 PPP and \$1.9/day poverty line*, 2015.
- BENITO SÁNCHEZ, D., «Análisis de la política criminal contra la corrupción a la luz de las iniciativas internacionales y regionales en la materia», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BERKOWITZ, B. D., *The new face of war: How war will be fought in the 21st century*, New York, Simon & Schuster, 2003.
- BLOVICH, S., *Vigilante in the Field of Financial Transactions*, ponencia en el seminario ICEPS sobre riesgos corporativos, New York, Morton Banking Center, 2004.
- BOISTER, D., «Transnational Criminal Law?», *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003.

- «Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law», en H. VAN DER WILT y Ch. PAULUSSEN (eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?*, London, Elgar Publishers, 2017, cap. 2.
- BRAITHWAITE, J., «White Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985.
- BUNKER, R. J., *Networks, terrorism and global insurgency*, London, Routledge, 2014.
- BUSCAGLIA, S., *Vacíos de poder en México. Como combatir la delincuencia organizada*, Madrid, Debate, 2013.
- CASTELLS, M., *End of Millenium*, Oxford, Blackwell, 1996.
- *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El fin del milenio*, vol. III, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- CASTRO CUENCA, C. G., «Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales», en C. G. CASTRO CUENCA (ed.), *Problemas actuales del Derecho penal*, Santiago de Chile, Jurídicas de Santiago, 2006.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, 31 de marzo de 2010, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación de Kenia, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, CPI-01/09-19.
- 3 de octubre de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares, Situación en Costa de Marfil, *Situation in the Republic of Ivory Coast. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, CPI-02/11-14.
- DELLA PORTA, D., y VANNUCCI, A., «The “Perverse Effects” of Political Corruption», *Political Studies*, vol. 45, núm. 3, 1997.
- DOMINE, M.<sup>a</sup> C., «Criminalidad económica y terrorismo», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, vol. 1, 2007.
- ENCK, J. L., «The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Is It All that It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, núm. 2, 2003.
- FIJNAUT, C. J. C. F., «Introduction to the Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000», en H. J. ALBRECHT y C. J. C. F. FIJNAUT (eds.), *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000*, Breisgau, Max-Planck-Institut, 2002.
- FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*, 5 de septiembre de 2003, disponible en <https://www.legal-tools.org/en/doc/f53870/>.
- *Policy Paper on the Interests of Justice*, 1 de septiembre de 2007, disponible en <https://www.CPI-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/CPIOTPIInterestsOfJustice.pdf>.
- *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*, 4 de octubre de 2010, disponible en [https://www.CPI-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](https://www.CPI-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf).
- *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 1 de noviembre de 2013, disponible en [https://www.CPI-cpi.int/en\\_menus/CPI/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Pages/draft%20policy%20paper%20on%20preliminary%20examinations.aspx](https://www.CPI-cpi.int/en_menus/CPI/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Pages/draft%20policy%20paper%20on%20preliminary%20examinations.aspx)

- *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 de septiembre de 2016, disponible en <https://www.CPI-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation>.
- FRONZA, E., e INSOLERA, P., «El caso Odebrecht en América Latina», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ, *Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición*, núm. 27, 2017.
- GARZÓN, J. C., *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican*, Washington, Woodrow Wilson Center, 2012.
- GILMAN, N.; GOLDHAMMER, J., y WEBER, S. (eds.), *Deviant globalization: Black market economy in the 21st century*, Edinburgh, A&C Black, 2011.
- GLESS, S., y VERVAELE, J. A. E., «Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice», *Utrecht Law Review*, vol. 9, núm. 4, 2013.
- HAGAN, F. E., «The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model», *Criminal Justice Review*, vol. 8, 1983.
- HOELZL, W., «The Evolutionary Theory of the Firm: Routines, Complexity and Change», en M. DIETRICH (ed.), *Economics of the Firm: Analysis, Evolution and History*, London, Routledge, 2006.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP, «Desmantelar los nuevos grupos armados en Colombia: lecciones de un sometimiento», *Informe sobre América Latina*, núm. 41, 2012.
- JENKS, W., «The Conflict of Law Making Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953.
- KEENEY, M., «The architecture of drug trafficking: network forms of organisation in the Colombian cocaine trade», *Global Crime*, vol. 8, núm. 3, 2007.
- KLEEMANS, E. R., «Theoretical perspectives on Organized Crime», en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- KRESS, C., «On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 CPI Kenya Decision», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4, 2010.
- MILLER, R. L., *Microeconomía*, Bogotá, McGraw Hill, 1990.
- LOZANO RODRÍGUEZ, E., y TAMAYO MEDINA, D., «La gestión de la ética en la administración tributaria colombiana», *Revista de Derecho privado*, núm. 55, 2016.
- LUBAN, D., «A Theory of Crimes Against Humanity», *Yale International Law Journal*, vol. 29, 2004.
- *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*, Bogotá, Temis, 2011.
- MANTILLA, S. C., «Hacia una perspectiva “glocal” del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales», *Papel político*, vol. 14, núm. 2, 2009.
- MAY, L., *Crimes against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MCDERMOTT, J., «The “Invisibles”: Colombia’s New Generation of Drug Traffickers», *Insight Crime*, Bogotá, 2018.
- MEDEL, M., y THOUMI, F., «Mexican Drug “Cartels”», en L. PAOLI (ed.), *Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- NADELMANN, E. A., «Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society», *International Organization*, vol. 44, núm. 4, 1990.

- NOGUERA, A., *La relación organización-entorno y la ontología evolutiva: una propuesta para la comprensión de las interacciones como producto del proceso evolutivo de reglas con la caracterización de la prestación del servicio de salud en urgencias*, tesis doctoral, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016.
- OBOKATA, T., *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- OBOKATA, T., y PAYNE, B., *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*, London, Routledge, 2017.
- OLASOLO, H., «¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?», en A. I. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Salamanca, 2016.
- *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch-Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, Valencia, 2017.
- «Is International Criminal Law an appropriate mechanism to deal with organized crime in a global society?», en H. VAN DER WILT y Ch. PAULUSSEN (eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?*, London, Elgar Publishers, 2017, cap. 3.
- *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*, Boston-Leiden, Brill-Nijhoff, 2018.
- OLASOLO, H., y GALAIN PALERMO, P., *Los desafíos del Derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- O'NEIL, S., «The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels», *Foreign Affairs*, vol. 88, núm. 4, 2009.
- ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- OSIEL, M. J., «Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity», *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000.
- OSPINA GARZÓN, A., «Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la última ratio a la ausencia de razón», *A & C. Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, vol. 16, núm. 63, 2016.
- PALMA, O., *Commercial Insurgencies in the Networked Era: The Revolutionary Armed Forces of Colombia*, New York, Routledge, 2019.
- PAOLI, L., y VANDER BEKEN, T., «Organized Crime. A Contested Concept», *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- PAULOSE, R. M., «Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime», *Georgetown Law Review*, vol. 17, 2013.
- PATERNOSTRO, «Mexico as a "Narco-democracy"», *World Policy Journal*, vol. 12, núm. 1, 1995.
- PHILP, M., «Defining Political Corruption», *Political Studies*, núm. 45, núm. 3, 1997.
- PRIETO, C. A., *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.
- RESTREPO-MEDINA, M. A., «Calidad de los hallazgos de auditoría. Análisis de caso de las contralorías territoriales de Colombia», *Innovar*, vol. 28, núm. 70, 2018, pp. 115-128.

- «Perspectiva crítica de la efectividad de la responsabilidad fiscal como instrumento en la lucha contra la corrupción en Colombia», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- REXTON KAN, P., *Drug Trafficking and International Security*, London, Rowman & Littlefield, 2016.
- RÍOS, V., «How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets», *Journal of Conflict Resolution*, vol. 59, núm. 8, 2015.
- RITCH, J. E., «They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime», *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, núm. 2, 2002.
- RODRÍGUEZ, G., *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*, ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA), Ciudad de México, 2010.
- ROJAS, F., «Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano», en F. ROJAS y A. ÁLVAREZ-MARTÍN (eds.), *América Latina y el Caribe: globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO-FLACSO, 2011.
- SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, München, Hart-Beck, 2012.
- SCHOLOENHARDT, A., «Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention», *Criminal Law Journal*, vol. 12, 2005.
- SUULT COCK, V., «Financiación ilícita de las campañas como forma de corrupción política que afecta a la democracia: el caso colombiano y los desafíos del estado a la luz del Acuerdo de Paz», en H. OLASOLO, E. BUITRAGO, C. SULEIKA MANÉ y A. SÁNCHEZ SARMIENTO (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- SMITH, J. M., «An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity», *Georgetown Law Review*, vol. 97, 2008-2009.
- SULLIVAN, J., y BUNKER, R. J., «Criminal Insurgents in Mexico and Latin America», *A Small Wars Journal – El Centro Anthology*, Bloomington, iUniverse, 2015.
- TAVAKOLI, N., «A crime that offends the conscience of humanity: a proposal to reclassify trafficking in women as an international crime», *International Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2009.
- VAN DER WILT, H., «Crimes against humanity: a category hors concours in (international) criminal law?», en B. VAN BEERS *et al.* (eds.), *Humanity across International Law and Biolaw*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- VANEGAS MOYANO, M., «De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho internacional humanitario», en C. G. CASTRO CUENCA (ed.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario-Temis, 2011.
- VOIGT, S., «When are Judges Likely to be Corrupt?», *Global Corruption Report 2007*, Cambridge, Transparency International-Cambridge University Press, 2007.
- VON LAMPE, K., «The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to "Organized Crime"», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 11, núm. 2, 2011.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

*Reflexiones sobre la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada...*

- WERLE, G., y BURGHARDT, B., «Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 5, 2012.
- WILLIAMS, «Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm», *International Relations*, vol. 104, 1996.
- ZAFFARONI, E. R., «Il Crimine Organizzato: Una Categorizzazione Fallita», en S. MOC-  
CIA (ed.). *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali, tra Efficienza e Garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.





## **SEGUNDA LECTURA**

**Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2015).** Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En Morillas Cueva, L. (Dir.). Sistema de Derecho Penal Parte Especial (2ª ed.). Madrid, España. Dykinson, pp. 853-863.

Las últimas reformas a través de la LO 5/2010 y la LO 1/2015 impusieron la necesidad de distinguir y clarificar fenómenos muy distintos como son la trata de seres humanos, la inmigración clandestina y tráfico ilegal de personas, y el simple favorecimiento de la entrada, permanencia o tránsito por territorio español de ciudadanos extranjeros con infracción o vulneración de las exigencias que impone la legislación sobre extranjería. Todo este acerbo normativo motiva la configuración actual de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.



**SISTEMA  
de  
DERECHO PENAL**  
**Parte Especial**

2ª edición

**Lorenzo Morillas Cueva**  
*(Dirección)*

**Ignacio F. Benítez Ortúzar**

**Bernardo Del Rosal Blasco**

**Lorenzo Morillas Cueva**

**Miguel Olmedo Cardenete**

**Jaimé Peris Riera**

● **José E. Sanz-Cantero Caparrós**

*Dykinson S.L.*



**Lorenzo Morillas Cueva**

*Dirección*

**SISTEMA  
DE  
DERECHO PENAL**

*Parte especial*

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

JAIME PERIS RIERA

JOSÉ E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

*2ª edición, revisada y puesta al día  
conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*

*Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
Los autores  
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-707-6  
Depósito Legal: M-6048-2016

Preimpresión por:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
e-mail: [besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

# Capítulo 35

## DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

JOSÉ E. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS

**Sumario:** I. Introducción, antecedentes y sistema.- II. El bien jurídico tutelado.- III. Las modalidades delictivas de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: 1. El delito de favorecimiento ilícito de la entrada o tránsito por territorio español de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. 2. El delito de favorecimiento ilícito de la permanencia en territorio español de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. 3. El tipo cualificado del número 4 del art. 318 bis. 4. La atenuación prevista en el número 6 del art. 318 bis.- Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y SISTEMA

Constituyen el objeto del art. 318 bis, único que conforma el Título XV bis del Libro II del CP los denominados “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, que fueron introducidos en el texto punitivo con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social. La citada Ley Orgánica, venía a intentar superar las carencias de la anterior normativa en materia de extranjería así como a cumplimentar las exigencias de armonización del ordenamiento penal español respecto a las exigencias de la UE puestas de manifiesto en el Consejo europeo de Tampere de 1999, si bien su acierto fue más que discutible como demuestra haber sido posteriormente reformada (la primera vez en diciembre del mismo año 2000). En este sentido, y por dar una expresa previsión a la intervención punitiva en la materia, decidió la introducción de los delitos que analizamos.

Sin embargo, el escaso acierto de su primera previsión, así como la inacabable necesidad de armonización con las exigencias supranacionales en la materia, han determinado un amplio conjunto de reformas (por LL.OO 11/2003, de 29 de septiembre; 13/2007 de 19 de noviembre; 5/2010, de 22 de junio, y la más reciente 1/2015, de 30 de marzo) que han terminado por configurar en los términos actuales el contenido del precepto.

Su actual fisonomía obedece tal como queda dicho en la exposición de motivos de la L.O. 5/2010 y ratifica la de la L.O 1/2015, a la necesidad de distinguir

y clarificar fenómenos muy distintos como son la trata de seres humanos —expresamente castigada por el artículo 177 bis del CP—, la inmigración clandestina y tráfico ilegal de personas, y el simple favorecimiento de la entrada, permanencia o tránsito por territorio español de ciudadanos extranjeros con infracción o vulneración de las exigencias que impone la legislación sobre extranjería (fundamentalmente en la L.O. 4/2000, de 11 de enero), dando así al fenómeno un tratamiento coherente con normas supranacionales que se entienden vinculantes (esencialmente la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de diciembre, la Decisión Marco 2002/496/JAI de 28 de noviembre; así como la más reciente Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002).

Todo este acerbo normativo motiva la configuración actual de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; una configuración muy simplificada en comparación con los textos anteriormente vigentes, que ha supuesto la conversión de los delitos contenidos en el artículo 318 bis en auténticas normas penales en blanco, si bien suponen una cierta racionalización de la penalidad limitando la aplicación de las penas de prisión más graves (de 4 a 8 años) a los supuestos especialmente cualificados por desarrollarse en el seno de la delincuencia organizada, o por generar peligro concreto para la vida o la salud e integridad de las personas objeto del delito.

Así, el art. 318 bis, recoge en la actualidad una doble modalidad delictiva: a) la primera, el delito de *favorecimiento ilícito de la entrada o el tránsito* por territorio español de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta primera figura delictiva, regulada en el número 1 del artículo 318 bis genera un primer tipo agravado cuando la conducta se realice con *ánimo de lucro* (párrafo 3 del número 1), y una figura hiperagravada, sancionada con pena de prisión de 4 a 8 años, en los supuestos en que la conducta se realice en el seno de una organización criminal, o se hubiese generado peligro para la vida o la salud o integridad de las personas objeto del delito, y b) la segunda, el delito de *favorecimiento ilícito y con ánimo de lucro, de la permanencia en España* de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión europea (número 2 del artículo 318 bis).

En el número 4 del citado artículo, se recoge un tipo cualificado que será aplicable *cuando los hechos se realicen prevaleciéndose los sujetos activos de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*. El número 5, prevé la habilitación para la responsabilidad de personas jurídicas en atención a lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP. Y finalmente, y como veremos produciendo un notable desconcierto, el número 6 del artículo 318 bis prevé un tipo atenuado, que permite la imposición de la *pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este*.



## II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Desde el mismo momento de su incorporación al Código Penal, la determinación del objeto de tutela al que se orienta las figuras contenidas en el artículo 318 bis del Código Penal ha sido objeto de discusión, tanto por el marco legislativo que le da origen, la regulación del fenómeno de la inmigración y la “extranjería”, como por los múltiples intereses que pueden verse involucrados en el mismo, así como por la orientación político criminal que ha presidido las distintas reformas que ha padecido en su tiempo de vigencia hasta la última de 2015.

Así, y por la literalidad de la rúbrica que encabeza el título XV bis (los *derechos de los ciudadanos extranjeros*), se han mantenido desde posiciones generalistas que han pretendido concretar el bien jurídico tutelado en un difuso conjunto de intereses supraindividuales que afectan a su vez a intereses estatales que se ven afectados por el fenómeno de la inmigración ilegal, a aquellas otras que, intentado precisar mejor el objeto de tutela, y dotarlo de sustancia bastante para justificar su toma en consideración por el Derecho Penal, identifican el sustrato valorativo del precepto con los derechos individuales de las personas sometidas a tráfico, abarcándose en esta segunda posición desde planteamientos que concretan el bien jurídico en la “dignidad” o integridad moral de las personas, a quienes identifican el objeto de tutela con el “status” jurídico del extranjero, lo que vendría a concretarse en el conjunto de derechos fundamentales de la persona, así como aquellos otros, de “configuración legal” de los que podrían disfrutar caso de haber llegado a nuestro territorio de forma legal.

En la situación actual, sobre todo tras las reformas operadas por las LL.OO. 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, la situación parece más clara. En efecto, la reforma de 2010, tuvo una especial incidencia en la materia que analizamos, al haber optado por una posición formal y funcionalizada entendiendo como bien jurídico tutelado el *interés estatal al control de los flujos migratorios*. A esta conclusión conduce el hecho de la tipificación específica y expresa de la “trata de seres humanos” en el art. 177 bis, entre los delitos contra la integridad moral, así como la declaración expresa en la exposición de motivos de la citada ley, en la que con claridad se afirma: *el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios*.

El control de los flujos migratorios, siendo sin duda un valor de primer orden en la sociedad actual, ni tiene entidad suficiente para ser considerado un bien jurídico penalmente relevante, ni necesita especialmente de tutela penal pues no está falto nuestro ordenamiento jurídico, y el de los países de nuestro círculo de cultura jurídica, de instrumentos extrapenales más eficaces y adecuados para su protección. Por su parte, la reforma de 2015, al convertir los preceptos del artículo 318 bis en puras normas penales en blanco, que giran sobre la *vulneración de la legislación* relativa a la entrada, permanencia o tránsito de extranjeros en territorio español, ha venido a formalizar aún más el contenido sustancial de estos delitos

convirtiéndolos en un puro instrumento sancionatorio, un simple refuerzo, con la contundencia especial de las penas privativas de libertad, de las infracciones previstas en la normativa de extranjería.

### III. LAS MODALIDADES DELICTIVAS DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

#### 1. El delito de favorecimiento ilícito de la entrada o tránsito por territorio español de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea

La primera modalidad delictiva (número 1) que contiene el artículo 318 bis, castiga con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año al que *"intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros"*.

Sobre ella se construye un primer tipo agravado (párrafo 3 del número 1), que impone la pena en su mitad superior, cuando los hechos *se hubieran cometido con ánimo de lucro*; y dos modalidades hiperagravadas (número 3), sancionadas con pena de prisión de cuatro a ocho años, cuando: a) *los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades*, supuesto éste en que se distingue a efectos de agravar aún más la responsabilidad (aplicando la pena en su mitad superior, pudiendo llegarse a la inmediatamente superior en grado) a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones; y b) *cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves*.

Tal como aparece configurado el tipo básico, es un delito común, comisible por tanto por cualquiera, que *ayude* intencionadamente a entrar en territorio español, o a transitar a través del mismo, a un extranjero "extracomunitario" (persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea), vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros vigente en nuestro país.

La conducta típica se centra, con gran simplificación respecto a redacciones anteriores en *ayudar*, término que sustituye la prolija enumeración anterior de conductas prohibidas (*"promover, favorecer o facilitar directa o indirectamente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas"*), que no obstante pueden quedar igualmente abarcadas y con similar sentido, puesto que por ayudar puede entenderse cualquier conducta que favorezca o coadyuve a la entrada o al tránsito en territorio español, abarcando conductas de muy diversa significación (desde financiar el traslado, realizar el transporte de personas, facilitarles dinero, alimentos, o simplemente colaborar con la conducción de vehículos, etc).

Dicha ayuda ha de ser para propiciar la entrada en territorio español o para facilitar el tránsito por el mismo. De nuevo se produce una simplificación de los

términos respecto a la anterior redacción, evitando el recurso a conceptos normativo equívocos como el “tráfico ilegal de personas” o la “inmigración clandestina” que son objeto de incriminaciones específicas en otros ámbitos.

En cualquier caso, la entrada o tránsito han de vulnerar o infringir la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros en España, legislación especialmente recogida en el Capítulo I, del Título II de la L.O 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 25 y ss). Por tanto, la entrada que aparece como presupuesto lógico del tránsito, ha de ser irregular, por no realizarse por los puestos habilitados a tal efecto, o carecer de la documentación necesaria (pasaporte o documento para su identificación, documentación relativa al objeto y condiciones de la estancia, medios económicos o la posibilidad de obtenerlos, y sobre todo el visado); si la entrada es regular, no existe delito.

Ayudar al tránsito, se refiere claramente el favorecer la estancia del extranjero en territorio español para salir de salir del mismo; la salida de extranjeros, según el artículo 28 de la L.O. 4/2000, se podrá realizar libremente, salvo limitaciones expresas de la citada ley o del Código Penal, por lo que sólo será relevante cuando, como queda dicho, la entrada temporal en España sea irregular, siendo la irregularidad de la entrada lo que viciaría las posibilidades de salida, pudiendo afectar además de a los intereses españoles, los de la Unión Europea o de terceros Estados.

Entendido en estos términos, y como notable novedad de la reforma de 2015, la punibilidad del comportamiento decaerá cuando *el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria* a la persona de que se trate. Se trata de una lógica medida de humanización de la figura delictiva, que aun contando con un fundamento loable sin duda ocasionará problemas en su aplicación, habida cuenta de que según el texto de la ley, la prestación de ayuda humanitaria ha de ser el “único” objetivo del autor, además de obligar a precisar un concepto tan melifluo como es el de “ayuda humanitaria” que puede abarcar desde auténticas situaciones de necesidad del extranjero, a equívocas motivaciones basadas en una falsa caridad o solidaridad.

La conducta ha de ser en todo caso dolosa. La ayuda, según el precepto, ha de realizarse “intencionadamente”, lo que parece exigir una plena consciencia y voluntad por parte del agente de la condición de extranjero no comunitario, así como de la irregularidad de la entrada o tránsito, no pareciendo necesario que se exija un específico elemento subjetivo del injusto relativo a la finalidad de infringir la normativa de extranjería.

Tal como se pronuncia la norma, se trata, a nuestro juicio, de un delito de simple actividad que se perfeccionaría con la prestación de la ayuda o favorecimiento, no siendo necesario que efectivamente se consiga la entrada o salida del territorio. Sin embargo, por la amplitud inherente a la descripción típica parece conveniente exigir para la perfección del delito la efectiva entrada irregular. Excesiva amplitud que también tiene su efecto en el título de imputación de la responsabilidad, pues como autores pueden responder todos los que “ayuden”,

favorezcan, faciliten, etc, la entrada o tránsito con independencia de la entidad de su efectiva contribución.

Esta primera modalidad de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se sanciona con la pena prevista en su mitad superior, cuando *los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro*. Este primer tipo agravado no plantea mayores problemas, a salvo de que por la frecuencia con que el ánimo de lucro puede apreciarse en los supuestos criminales de entrada o tránsito ilícito de extranjeros será mucho más frecuente el recurso a esta modalidad agravada que a la que se configura como tipo básico del delito.

El número 3 del art. 318 bis, en la nueva redacción que le da la reforma de 2015, tiene por objeto la intervención en los supuestos, por demás frecuentes en la práctica, en que el hecho delictivo se realiza en el marco de la delincuencia organizada (letra a) del número 3 del art. 318 bis), o cuando *se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves* (letra b) del número 3 del artículo 318 bis), generando con ello dos figuras hiperagravadas sancionadas con la nada despreciable pena de prisión de cuatro a ocho años.

La primera de las circunstancias, es consecuencia obligada de la constatación en la práctica de mafias, entramados, en definitiva de grupos organizados para la realización de estas modalidades delictivas, y como es habitual en la previsión de estos supuestos cualificados, se distingue a la hora de imponer esta sanción cualificada, según la relevancia de la función desempeñada por el culpable en el marco de la estructura funcional de la organización o asociación criminal, de forma que a los *jefes, administradores o encargados* de las mismas se les exaspera la cuantía de las penas pudiéndoseles aplicar las penas previstas en su mitad superior, pudiendo elevarse a la pena inmediatamente superior en grado. Esta mayor pena, aun cuando excesivamente severa, responde a las exigencias de la normativa supranacional, y se justifica en la función directiva, ideativa y mayor capacidad de gestión y decisión que desarrollan jefes, administradores o encargados, por lo que los simples “pertenecientes”, integrantes, o en general los que participan de la actividad de la organización o asociación sin concurrir en ellos ese papel funcional cualificado, responden “tan sólo” por la pena inicialmente prevista de cuatro a ocho años de prisión.

Similar incremento penológico está previsto para los casos en que se hubiese puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción o se hubiera creado peligro de causación de lesiones graves. Este segundo supuesto hiperagravado del delito de favorecimiento ilícito de la entrada o tránsito de extranjeros en territorio español, aun cuando plenamente justificado en su sentido, merece especiales críticas por la literalidad con que se prevé en la ley vigente. Y ello por que cambia sustancialmente la literalidad con que generalmente se incorpora como motivo de agravación la generación de un peligro concreto para la vida o la salud o integridad de las personas que son objeto de la infracción de forma que puede generar ciertas dudas interpretativas. En nuestra opinión, el fundamento de la

agravación radica en la generación de un riesgo o peligro concreto para la vida o la salud en el momento de realización del núcleo de la conducta, esto es en el modo de proceder a la entrada o tránsito en el territorio español; y el problema surge por la excesiva amplitud de la conducta típica, consistente en “ayudar” y que puede abarcar, como hemos señalado comportamiento muy periféricos en relación con la concreta entrada o tránsito en el territorio, de forma que la agravación puede afectar a meros favorecedores indirectos, ajenos por completo a la generación de la situación de riesgo. Será por ello preciso realizar una aplicación restrictiva de la figura, habida cuenta sobre todo del más que relevante aumento de la penalidad.

Igualmente errónea parece la referencia, en el segundo inciso de la letra b) del número 3 del artículo 318 bis, que en vez de exigir, como sería más fácil, la generación de un peligro concreto para la salud y la integridad de las personas, exige que en los hechos se hubiera creado el peligro de “lesiones graves”, aunque sólo sea porque impone la necesidad de determinar cuales son las lesiones graves a las que se refiere.

## **2. El delito de favorecimiento ilícito de la permanencia en territorio español de personas no nacionales de un Estado de la Unión Europea**

El número 2 del artículo 318 bis, contiene la segunda modalidad de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, castigando en este caso con las mismas penas previstas para el número 1 (de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año) a quien “*intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a un persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros*”.

Aunque similar en estructura y naturaleza normativa al delito contenido en el número 1, pues de nuevo nos encontramos ante una norma penal en blanco, y aun cuando pudiera parecer un tipo complementario al anterior, completando así el castigo de las posibles situaciones irregulares en nuestro territorio, no se comprende la equiparación penológica de esta segunda modalidad respecto a la primera. Y ello, porque este delito de favorecimiento de la permanencia exige en todo caso la presencia de “ánimo de lucro”, elemento subjetivo que en el caso de la conducta prevista en el número 1 determina una agravación de responsabilidad. En el caso del número 2, la ausencia de ánimo de lucro determinaría la atipicidad del comportamiento. Pero su presencia, en todo caso pareciera exigir una mayor reprochabilidad que no se ha tomado en consideración a priori al fijar la tipicidad.

El delito se centra en favorecer o ayudar a un extranjero no perteneciente a la Unión Europea a “permanecer” en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros en nuestro país. Lo cual puede abarcar muy distintas situaciones: por una parte, la ayuda a permanecer a quien ha entrado en España de forma irregular, y no pretende salir de nuestro país (no se encuentra por tanto en “transito” por nuestro territorio); así como, los supuestos en que se ayuda a un

extranjero que ha entrado regularmente en nuestro país y cuya situación deriva irregular por la pérdida de la condición o de alguno de los requisitos para una estancia regular en España (los requisitos para cada una de las posibles situaciones de estancia y/o residencia –temporal o de larga duración– que habilitan para la permanencia de extranjeros en nuestro país, se regulan en el Capítulo II, del Título II de la L.O. 4/2000, en sus artículos 30 y ss). El contenido de la conducta es similar a los ya analizados, por lo que nos remitimos a las precisiones realizadas con anterioridad.

### 3. El tipo cualificado del número 4 del art. 318 bis

El número 4 del art.318 bis recoge un supuesto cualificado, según el cual se aplicarán las mismas penas previstas en el *apartado anterior* (la pena cualificada de prisión de 4 a 8 años) y además la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando el sujeto activo realice los hechos *prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*.

Nos encontramos en este caso ante una cualificación más que justificada desde el punto de vista fáctico, por la frecuencia con que funcionarios o autoridades corruptos colaboran en el fenómeno de la migración o tráfico ilegal de personas, por ello que su existencia parezca en principio acertada. Sin embargo, de nuevo la redacción del precepto permite apreciar algún problema de técnica normativa, en la medida en que parece, por su literalidad, sólo referida a los supuestos del apartado anterior, es decir: exclusivamente para los casos en que se realiza la conducta en el seno de la delincuencia organizada o con puesta en peligro concreto de la vida o la salud de las personas. En nuestra opinión, sin embargo, este delito de favorecimiento ilícito de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en España por autoridad o funcionario, aparece como un tipo especial impropio que abarca o viene referido a todos los “hechos” contemplados en los números anteriores, es decir: tanto las modalidades básicas, como las cualificadas. Lo que no se entiende, y no se puede justificar, es que la pena sea la misma (la del número 3, mas la inhabilitación) incluso cuando la conducta realizada por el funcionario o autoridad se realice en el seno de una organización criminal, o con puesta en peligro de las personas objeto de la infracción.

En todo caso, para la aplicación de esta figura cualificada será necesario que el sujeto activo, que participa en cualquiera de las formas típicas previstas, ostente la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, si bien no basta con este elemento puramente objetivo, sino que será necesario, tal como reza el precepto, que se prevalga de dicha condición para la realización del hecho delictivo.

### 4. La atenuación prevista en el número 6 del art. 318 bis

Finalmente, el art. 318 bis presenta en su número 5 una cláusula de atenuación de la responsabilidad, introducida en su día por la reforma de este artículo

que produjo la L.O. 11/2003, que curiosamente fue la responsable del especial endurecimiento punitivo del que adolecen los delitos que estudiamos.

Sin duda, y como se ha reconocido por la doctrina especializada, la atenuación no es sino un reconocimiento, cuando no una muestra de “arrepentimiento”, de la excesiva dureza penológica con que se trata esta fenomenología criminal. Ciertamente que la propia L.O. 11/2003 justificaba el endurecimiento punitivo en la voluntad de cumplir los criterios de armonización impuestos por la UE en la materia, una exigencia que se ha venido manteniendo hasta hoy día pero lo que es evidente es que en la concreta previsión legislativa se supera sobradamente los marcos penales genéricamente fijados por los instrumentos de la Unión, generando, sobre todo en los casos de los tipos agravados una penalidad desproporcionada. Una desproporción que, valorativamente, aumenta si se considera el cambio sustancial que se ha producido tras las reformas de 2010 y 2015 con la conversión del art. 318 bis en una pura norma penal en blanco, y con su referencia exclusiva a un interés tan discutible desde el punto de vista jurídico penal como el interés estatal a control de los flujos migratorios.

Esta atenuación, permite a los tribunales imponer *la pena inferior en grado a la respectivamente señalada*, teniendo en cuenta *la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable, ya la finalidad perseguida por éste*. Respecto a su posible interpretación, sólo señalar que aunque parece referido tanto a los tipos básicos como a las modalidades agravadas (por la referencia a las penas “*respectivamente señaladas*”, se entiende que en los números anteriores), difícilmente podrá apreciarse en las segundas, pues precisamente el fundamento de la agravación de los distintos supuestos hace bien a la gravedad del hecho (la realización de los hechos en el seno de la delincuencia organizada, o la generación de peligro concreto para la vida, salud o integridad), las condiciones del culpable (prevalerse de su condición de funcionario o autoridad o pertenecer a organización o asociación criminal) o la finalidad perseguida por el mismo (ánimo de lucro). Por ello, difícilmente podrá ser viable la apreciación de la atenuación a supuestos distintos de los contemplados en el tipo básico, del número 1 del artículo 318 bis. Lo cual, si además se considera la especial amplitud de la exoneración por prestación de ayuda humanitaria, puede dar cuenta de la escasa aplicabilidad de este tipo agravado.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, L.: “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje a Barbero Santos*, Vol. I, 2001. CANTARERO BANDRÉS, R.: “Inmigración y Derecho Penal en España: líneas para una propedéutica jurídica”, en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005. DE LEÓN VALLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003. DE LEÓN VALLALBA, F.J.: “El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2006. GARCÍA

ARÁN, M.: "Esclavitud y tráfico de seres humanos", en *Homenaje a Ruiz Antón*, 2003. GARCÍA ESPAÑA, E./RODRIGUEZ CANDELA, J.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del CP)", en *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: especial consideración al bien jurídico protegido", en *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, Álvarez Conde, E. /Pérez Martín, E., 2005. GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art. 318 del CP", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 13, 2005. HORTAL IBARRA, J.C.: "Vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Política Criminal y Reforma Penal*, Gómez Martín, V. (Coord.)/MIR PUIG, S. (Dir.), 2007. LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, F.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 4, 2003. MAQUEDA ABREU, M.L.: *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001. MAQUEDA ABREU, M.L.: "¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo art. 318 bis 2º: las sinrazones de una reforma", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2004. NAVARRO CARDOSO, F.: "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Revista Penal*, núm. 10, 2002. OLAIZOLA NOGALES, I.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del CP)", en *Inmigración y Derecho*, Iglesias Cante, I.C. (Coord.), 2006. PÉREZ CEPEDA, A.I.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Ruíz Rodríguez, L.R./Rodríguez Mesa, M.J. (Coord.), 2006. PÉREZ FERRER, F.: *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Madrid, 2006. POMARES CINTAS, E.: "La inmigración laboral del extranjero en el Derecho Penal", en *GPC*, 2005. RODRIGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001. RODRIGUEZ MESA, M.J.: "Migraciones laborales desde la óptica del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, M.T.: "Ley de extranjería y Derecho Penal", en *La Ley*, 2001. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: "Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu, J.C. (Coord.), 2005. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Migraciones ilegales y Derecho Penal: delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2004. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las LO 15/2003 y 11/2003)", en *Homenaje a Cobo del Rosal*, 2005. SÁNCHEZ LÁZARO, F.J.: "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002. SANTISTEBAN RUÍZ, A.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 39, 2006. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R.: "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Manuales de Formación Continuada*, El



*extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, núm. 5, 1999. SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R.: “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, en *Revista Penal*, núm. 14, 2004.



# ANEXOS



## **1. Proyectos de Ley.**

### **Proyecto de Ley de la Unidad 1 (Delitos contra el Patrimonio):**

- **Proyecto de Ley N° 5631/2023-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el artículo 200°-A al Decreto Legislativo 635 (Código Penal), a fin de incluir dentro del delito de extorsión, la modalidad de los préstamos dinerarios que se realizan por aplicativos digitales.

### **Proyecto de Ley de la Unidad 7 (Delitos contra LA Administración Pública):**

- **Proyecto de Ley N° 5692/2023-CR**, en virtud del cual se propone sancionar la corrupción en el Instituto Nacional Penitenciario – INPE, mediante la modificación de los artículos 395°-A y 395°-B del Código Penal, incorporando al trabajador del Instituto Nacional Penitenciario como sujeto activo del tipo penal.
- **Proyecto de Ley N° 5264/2022-GL**, en virtud del cual se propone incorporar al inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal, a los serenos municipales, policías municipales, fiscalizadores municipales y ejecutores y auxiliares coactivos municipales.

### **Proyecto de Ley de la Unidad 8 (Cibercriminalidad):**

- **Proyecto de Ley N° 5222/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el Código Penal para los delitos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, debido a nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información.

### **Proyecto de Ley de la Unidad 9 (Derecho Penal Internacional):**

- **Proyecto de Ley N° 4919/2022-CR**, en virtud del cual se propone modificar el Código Penal, ampliar las causales de salida obligatoria y las causales de expulsión de extranjeros que afectan los intereses de la Nación y



faculta a la Superintendencia Nacional de Migraciones a revocar la calidad migratoria otorgada.

- **Proyecto de Ley N° 4810/2022-CR**, en virtud del cual se propone incorporar el delito de ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional.



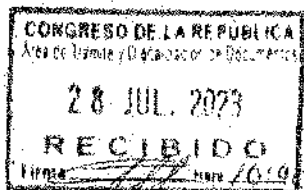




CONGRESO  
REPUBLICA

EDGARD C. REYMONDO MERCADO  
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"



**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 200-A AL DECRETO LEGISLATIVO 635 CÓDIGO PENAL, A FIN DE INCLUIR DENTRO DEL DELITO DE EXTORSIÓN, LA MODALIDAD DE LOS PRÉSTAMOS DINERARIOS QUE SE REALIZAN POR APLICATIVOS DIGITALES.**

Los Congresistas de la República integrantes del Grupo Parlamentario Cambio Democrático- Juntos por el Perú, a iniciativa del congresista **Edgard Reymundo Mercado**, al amparo de lo establecido en el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

#### FORMULA LEGAL

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA  
HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 200-A AL DECRETO LEGISLATIVO 635 CÓDIGO PENAL, A FIN DE INCLUIR DENTRO DEL DELITO DE EXTORSIÓN, LA MODALIDAD DE LOS PRÉSTAMOS DINERARIOS QUE SE REALIZAN POR APLICATIVOS DIGITALES.**

#### **Artículo 1°.** – Objeto y finalidad de la Ley

La presente ley tiene como objeto incorporar el artículo 200-A al Decreto Legislativo 635, con la finalidad de incluir dentro del delito de extorsión, en los préstamos dinerarios que se realizan a través de aplicativos digitales sin autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

#### **Artículo 2°.** – Incorporar el artículo 200-A al Decreto Legislativo 635 - Código Penal.

Se incorpora el artículo 200-A al Decreto Legislativo 635 – Código Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

**"Artículo 200-A. Extorsión por préstamos dinerarios otorgados a través de aplicativos digitales.**

**El que, utilizando aplicativos digitales de préstamos dinerarios, que no cuenten con la certificación del ente regulador; obtiene bajo amenaza, intimidación, coacción o extorsión una ventaja económica indebida, u otra ventaja de cualquier índole para sí o para otro, en la concesión, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago de un crédito con un interés mayor al establecido por ley; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.**

Si como consecuencia de la comisión del tipo penal descrito en el párrafo anterior se causa la muerte o lesiones graves, a la víctima o a un tercero con quien tenga vínculos familiares o amicales, será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua."

**Artículo 3º. - Modificar el artículo 317 del Decreto Legislativo 635 – Código Penal**

Modifíquese el artículo 317 del Decreto Legislativo 635 – Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

" Artículo 317.- Organización Criminal

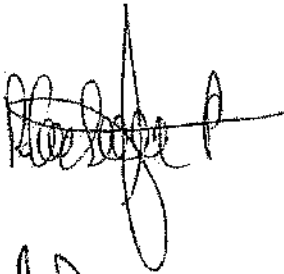
(...)

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Quando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando el objeto de la organización criminal tiene como finalidad obtener una ventaja patrimonial bajo la figura del artículo 200-A Extorsión por préstamos dinerarios otorgados a través de aplicativos digitales.

(...)

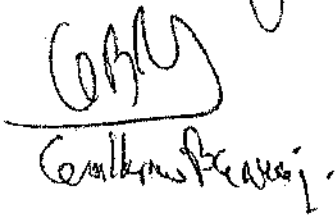
Lima, julio 2023.



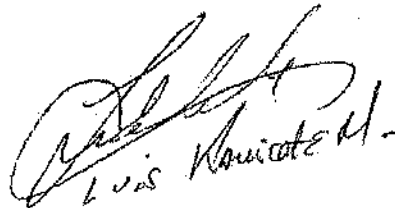
EDGARD REYMUNDO MERCADO  
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA



EDGARD REYMUNDO MERCADO  
Directivo Portavoz  
Grupo Parlamentario Cambio Democrático - Juntos por el Perú



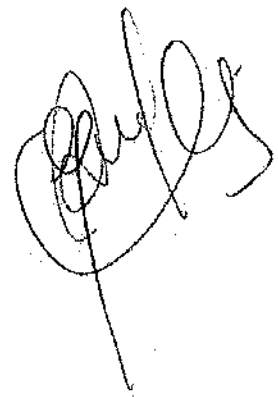
CONGRESISTA



Luis Novillo M.



Isabel Cortez A.





## CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 14 de agosto de 2023

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 5631/2022-CR para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

**1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

.....  
**JAVIER ÁNGELES ILLMANN**  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPUBLICA

## I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### A. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA NORMATIVA

La situación de la pandemia de la COVID 19, la crisis política, los desastres interminables originados por el ciclón Yaku, el Niño Costero, la sequía, la presencia de enfermedades como el dengue, el desempleo, entre otras problemáticas sociales y económicas, han originado el aumento de la pobreza y la informalidad, pues las deudas y la falta de recursos para cubrir la canasta básica traen como consecuencia que las personas opten por salidas financieras rápidas e inseguras.

En la misma situación se encuentran al menos dos millones de microempresarios, que se endeudaron antes de la pandemia, confiando en que recuperarían la inversión; sin embargo, casi la mayoría quebraron y por ende no pudieron acceder a nuevos créditos, pues los intereses y la calificación realizadas por los bancos y empresas financieras son demasiado altas y complicadas de asumir.

Es ahí donde empieza a escucharse con mayor frecuencia los préstamos "gota a gota", pues en otros países como Colombia, Ecuador y Venezuela, esta modalidad ya se venía ejerciendo y originando problemas de inseguridad, cobros usureros, extorsión e incluso la muerte de aquellos que decidieron solicitar préstamos inmediatos y riesgosos y no cumplieron con el pago o no accedieron a un nuevo préstamo obligatorio.

En el Perú, según la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc)<sup>1</sup>, el 39% de familias peruanas están atrapados en la modalidad de los créditos "gota a gota", puesto que son utilizados para pagar deudas ante los bancos o personales, situación que es aprovechada por inescrupulosos y organizaciones criminales que los ofrecen y el ciudadano en la creencia que resolverá su problema económico caen en una situación riesgosa que muchas veces termina con la pérdida de su vida y hasta de sus familiares y amigos, ya sea por no haber pagado a tiempo o por rehusarse a recibir otro "préstamo" en forma obligatoria.

Medio millón de peruanos se encontrarían dentro del mercado negro de créditos, es decir en créditos informales, no autorizados por la Superintendencia de Banca y Seguros.

<sup>1</sup> <https://www.infobae.com/peru/2023/06/06/prestamos-gota-a-gota-un-espiral-que-atrapa-a-hogares-peruanos-en-situacion-de-vulnerabilidad/>

### ***En qué constan los créditos del terror o "gota a gota"***

Son el resultado de un supuesto acuerdo voluntario entre dos personas, teniendo la ventaja y poder el prestamista pues el otorgará de manera inmediata el monto solicitado, el que normalmente oscila entre los S/ 1,000 soles, con intereses altísimos, casi nunca informados, pudiendo llegar a intereses de 300% y 400% anual.

Este tipo de préstamos se caracteriza por no tener ninguna intervención ni supervisión de alguna autoridad competente como la SBS, por lo que los acuerdos como plazo, monto, etc., solo están determinados por la palabra sin ningún tipo de contrato, situación que lo convierte en volátil y riesgoso, pues el prestamista suele exigir el pago total en un plazo mínimo y se inicia la figura de la extorsión y acoso, pues el prestatario tenía fijado un plazo y no antes.

Los factores que origina que las personas con deudas acudan a estos préstamos por aplicativos, son la rapidez y la falta de requerimientos de algún documento de garantía o de sustento económico para asumir una deuda, incluso a ello se suma que otorgan los préstamos aún a las personas que figuran en alguna central de riesgo o cobro judicial.

A ello se suma, la falta de educación financiera y de información por parte de las entidades financieras, respecto a opciones y/o productos de préstamos para poder acceder a ellos de manera formal y sin riesgos.

Dichos préstamos son ejercidos a través de diversas modalidades, siendo la más frecuente las solicitadas mediante aplicativos, que exigen datos personales completos, tales como dirección, teléfono, etc. que otorga un poder absoluto al prestamista, pues con dicha información ejercen la amenaza, la extorsión y la violencia hacia los prestatarios y su familia.

La actitud de los prestamistas informales está orientados a ciertas acciones que implican una afectación directa a los prestatarios y sus familiares, tales como:

- Incremento intempestivo de intereses: cada día elevan los intereses
- Reinicio del pago de la deuda: Sólo basta la falta de pago una cuota, para que el prestamista bajo amenaza exija el pago de la deuda desde cero y sin descontar los pagos que se hayan realizado antes.
- Más ofertas de préstamos: Ofrecen más dinero para pagar la deuda asumida en un primer momento, así originan que el prestamista nunca deje de pagarles.
- Usura extorsiva: Cobros de intereses exorbitantes, efectuados bajo la amenaza, la intimidación y la violencia.

- Intimidación: El prestatario y sus familiares son presionados psicológicamente de manera diaria, afectando su tranquilidad e integridad.
- Violencia, hasta incluso con consecuencia de muerte: El prestamista amenaza con acciones de violencia, atacando al prestatario, a sus familiares y hasta a sus amigos.

El peligro de los préstamos 'gota a gota', han originado el incremento de la inseguridad en nuestro país, pues el sistema de usura que utilizan los prestamistas ha originado la muerte de los prestatarios y sus familiares, quienes debido a las necesidades que los aquejaban y en la promesa de los préstamos fáciles y rápidos, utilizaron esta modalidad.

Al respecto, la Policía Nacional del Perú (PNP) informó que, de enero a marzo de 2023, se han registrado 2.538 denuncias y durante el mes de abril de 2023 han recibido aproximadamente 40 denuncias<sup>2</sup> y que han capturado a la fecha, a 12 bandas organizadas, cuyos integrantes en su mayoría son extranjeros en condición de irregular en el país.

Asimismo, señalan que, en el año 2022, ha sido el periodo con el mayor número de denuncias, sumando un total de 12.077.

Por todo lo antes expuesto, nuestra normativa debe contemplar este accionar delictivo e irregular que viene afectando la vida y la tranquilidad de los peruanos, con énfasis a las poblaciones económicamente más vulnerables, siendo responsabilidad y en el marco de mis competencias por como parlamentario, proponer una propuesta normativa que coadyuve con tipificar estos préstamos informales, irregulares y delictivos en nuestro Código Penal, con la finalidad de proteger a nuestra población.

## B. CONTENIDO DE LA PROPUESTA NORMATIVA

La policía nacional en el año 2016, a través de la Dirección de Investigación Criminal, investigó un caso de suicidio en el distrito de Carabaylo, el cual tras ser analizado se concluyó que el ciudadano fenecido fue a manos de prestamistas colombianos, debido a un préstamo impago, confirmando desde dicha fecha la presencia del gota a gota en el país<sup>3</sup>.

Dicha modalidad se encuentra presente en 97 ciudades en nuestro país, aprovechando la desesperación de las personas por conservar su negocio y sostener a su familia, situación que debe contar con un marco legal penal necesario, por lo que se propone un proyecto de ley que incorpora

<sup>2</sup> <https://canaln.pe/actualidad/policia-nacional-tenemos-40-denuncias-prestamos-gota-gota-mes-abril-n461784>

<sup>3</sup> <https://www.connectas.org/especiales/gota-gota-america-latina/index.html?p=1969.html>

el artículo 200-A al Decreto Legislativo 635 – Código Penal, con la finalidad de incluir dentro del delito de extorsión, la modalidad efectuada en los préstamos dinerarios que se realizan a través de aplicativos digitales sin autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Al respecto, se formula incorporar el artículo 200 - A, en el extremo que el agente que utiliza aplicativos digitales de préstamos dinerarios, sin certificación del ente regulador, obtiene bajo amenaza o extorsión una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Cuando se cause la muerte o lesiones graves al prestatario o de un tercero con quien tenga vínculos familiares o amicales, será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua."

Asimismo, se estipula que cuando se cause la muerte o lesiones graves a la víctima o de un tercero con quien tenga vínculos familiares o amicales, será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua.

El incremento de préstamos realizados mediante esta modalidad del "gota a gota", ha obligado a diversos sectores y entidades competentes a actuar de manera fiscalizadora, como es el caso de la SBS que ha emitido la lista correspondiente de 20 aplicativos de celular informales y peligrosos, que no se encuentran en el Registro de empresas y personas que efectúan operaciones financieras o de cambio de moneda.

Conforme al hecho delictivo, ésta figura está detrás de la modalidad de extorsión, referido a intereses excesivos, pero confluyen, de acuerdo a las investigaciones fiscales, otros como organización criminal, lavado de activos, homicidio, sicariato, coacción extorsión y otros<sup>4</sup>.

Es necesario desarticular estas organizaciones criminales, a través de una gestión oportuna y responsable por parte de la Fiscalía en conjunto con la Policía, pues con la propuesta normativa, el acto delictivo tendrá un sustento técnico – legal.

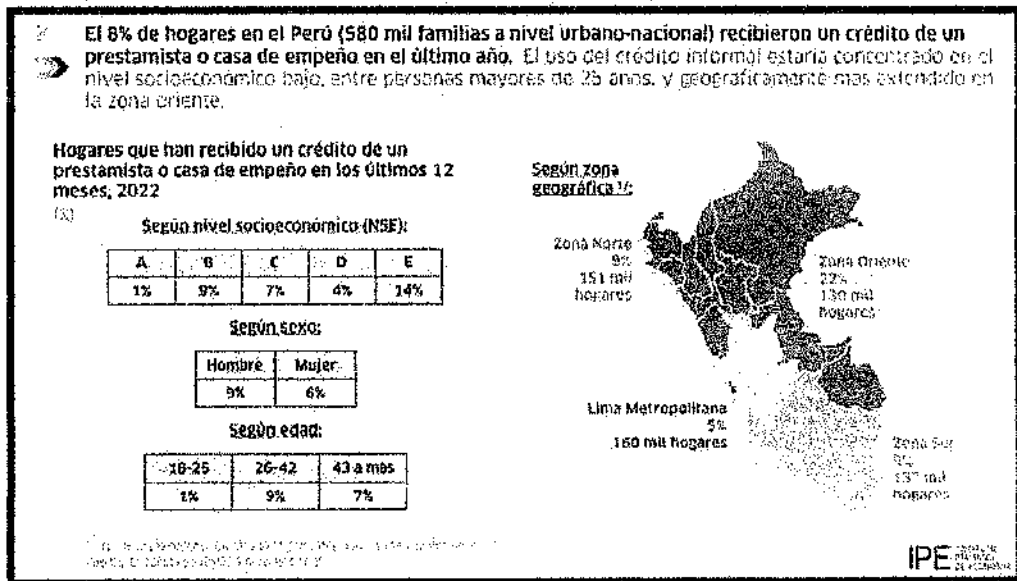
### C. ANÁLISIS DE IMPACTOS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

Según información del Instituto Nacional Penitenciario - INPE, en nuestro país hay 534 ciudadanos de nacionalidad colombiana presos, en su

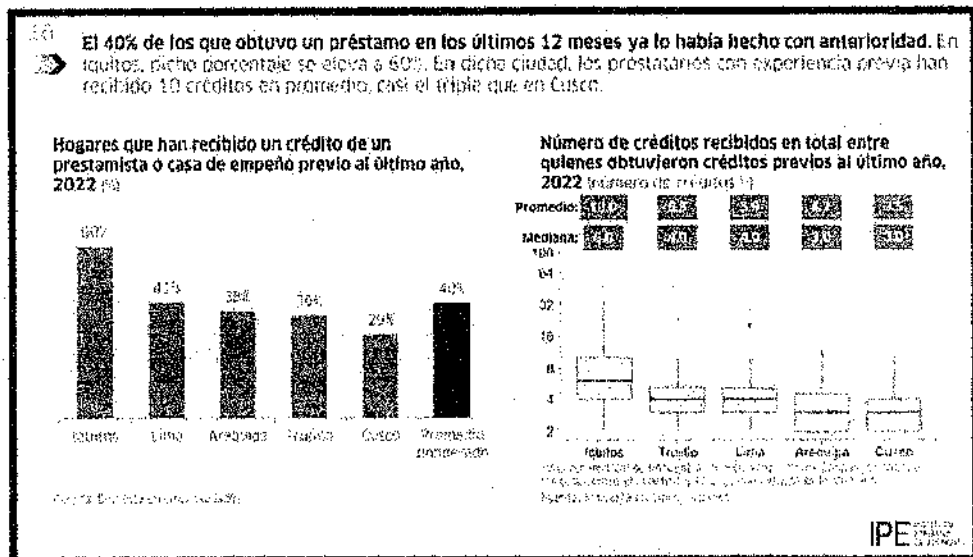
<sup>4</sup> <https://www.elperuano.pe/noticia/212069-redes-criminales-que-operan-bajo-prestamos-gota-a-gota-pueden-recibir-hasta-cadena-perpetua>

mayoría por casos de narcotráfico. De ellos, 21 están detenidos por delitos relacionados con casos de 'gota a gota' y el 15% son mujeres<sup>5</sup>.

La Dirección de Investigación Criminal de la PNP señala que, el 6.3% de las amenazas que se denuncian es por casos de 'gota a gota'.



Fuente: Estudio: 'El mercado de créditos informales en el Perú', elaborado por ASBANC y el Instituto Peruano de Economía (IPE).



Fuente: Estudio: 'El mercado de créditos informales en el Perú', elaborado por ASBANC y el Instituto Peruano de Economía (IPE).

<sup>5</sup> <https://www.connectas.org/especiales/gota-gota-america-latina/index.html?p=1969.html>



El impacto de la presente propuesta es mejorar y otorgar seguridad jurídica a las personas, pues conforme al delito de extorsión contenido en el artículo 200, se considera al quien usa aplicativos digitales sin registro y aprovecha su posición de entregar montos de dinero, exigiéndolos bajo amenaza o extorsión, podrá ser reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad

## **II. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO**

La presente iniciativa no conlleva gastos al erario nacional, toda vez que, es necesario tipificar esta situación delictiva que viene originando daño, perjuicio y afectación a la vida e integridad de las personas más vulnerables económicamente, razón por la cual corresponde incorporar medidas para coadyuvar a la lucha contra la delincuencia, presentada bajo la modalidad del gota a gota.

## **III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL**

La iniciativa legislativa no se contrapone con ninguna norma de nuestro sistema legislativo, por el contrario, aporta de manera necesaria y positiva a la regulación penal, pues no se encuentra tipificada dentro del delito de usura, los préstamos dinerarios que se realizan a través de aplicativos digitales, accionar criminal que viene incrementándose a nivel nacional, para lo cual se requiere que los responsables cumplan una condena justa y que las víctimas puedan recuperar su tranquilidad y estabilidad.

## **IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La iniciativa legislativa está vinculada en la Política de Estado N° 1 relacionado a la Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana<sup>6</sup>; así como la Política de Estado N° 4 relacionado al acceso a la justicia<sup>7</sup>. Asimismo, la presente propuesta legislativa tiene concordancia con los objetivos de la Agenda Legislativa para el Periodo Anual 2022-2023, relacionado a un Estado eficiente, transparente y descentralizado, con la finalidad de modernizar el sistema de justicia.

<sup>6</sup> <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/7-erradicacion-de-la-violencia-y-fortalecimiento-del-civismo-y-de-la-seguridad-ciudadana/>

<sup>7</sup> <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/iv-estado-eficiente-transparente-y-descentralizado/28-plena-vigencia-de-la-constitucion-y-de-los-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia-e-independencia-judicial/>





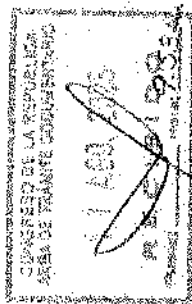
Proyecto de Ley N° 5692/2023-CR

CONGRESISTA JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

La señora congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI integrante del Grupo Parlamentario UNIDAD Y DIÁLOGO PARLAMENTARIO, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y de conformidad con lo establecido en los artículos 22-C, 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:



### PROYECTO DE LEY

## **LEY QUE SANCIONA PENALMENTE LA CORRUPCIÓN EN EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO - INPE**

### **Artículo 1.- Objeto de la ley**

El objeto de la presente ley es modificar los artículos 395-A y 395-B del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal.

### **Artículo 2.- Finalidad de la ley**

La finalidad de la presente ley es sancionar la corrupción en el Instituto Nacional Penitenciario – INPE.

### **Artículo 3.- Modificación de los 395-A y 395-B del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal**

Se modifica los artículos 395-A y 395-B del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

#### **"Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial o penitenciaria**

***El miembro de la Policía Nacional o trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o como trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE, o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.***

***El miembro de la Policía Nacional o trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o como trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE, o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.***



*El miembro de la Policía Nacional o trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal.*

**Artículo 395-B.- Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial o penitenciaria**

*El miembro de la Policía Nacional o trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.*

*El miembro de la Policía Nacional o trabajador del Instituto Nacional Penitenciario – INPE que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36."*

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**ÚNICA.- Vigencia**

La presente ley entra en vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima, agosto del 2023



Firmado digitalmente por:  
BURGOS OLIVEROS Juan  
Bartolome FAU 20181749128 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 10/08/2023 10:51:26-0500



Firmado digitalmente por:  
UGARTE MAMANI Jhakeline  
Katy FAU 20181749128 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 08/08/2023 10:38:22-0500



Firmado digitalmente por:  
BURGOS OLIVEROS Juan  
Bartolome FAU 20181749128 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 10/08/2023 10:51:14-0500



Firmado digitalmente por:  
MEDINAMINAYA Esdras  
Ricardo FAU 20181749128 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 10/08/2023 18:30:12-0500



## CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 14 de agosto de 2023

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **5692/2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

**1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

\*\*\*\*\*  
**JAVIER ÁNGELES ILLMANN**  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPUBLICA



## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

La corrupción es un fenómeno complejo y multifactorial, con implicancias transnacionales y múltiples consecuencias para la sociedad, entre ellas, la privación de recursos públicos destinados a resolver problemas sociales.<sup>1</sup> Considerada como el principal problema que aqueja a nuestro país, la corrupción es el mal uso del poder público en procura de obtener una ventaja o beneficio indebido para quien actúa, o para terceros, que genera restricciones para el ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>2</sup> Las prisiones son especialmente susceptibles de corrupción: La falta de transparencia, las conexiones con grupos criminales organizados y la falta de interés social son los ingredientes perfectos para que esto sea un problema endémico en la mayoría de los sistemas penitenciarios de América Latina y también de Europa.<sup>3</sup>

La falta de transparencia alimenta la corrupción, una fuerza corrosiva que afecta más a los pobres y los vulnerables. Sus efectos son muy reales. La corrupción impide que los medicamentos y drogas lleguen a los enfermos, imposibilita la construcción de escuelas, lleva a que los caminos desaparezcan con las lluvias y vacía el erario. En los rincones en situación de mayor fragilidad del mundo, la corrupción socava la labor encaminada a lograr la estabilidad o a impedir el arraigo de la violencia y el extremismo. Lo más importante es que la corrupción quebranta la confianza entre los ciudadanos y el Estado, confianza que es fundamental para que el desarrollo produzca resultados. Sabemos que la mala gobernanza es uno de los cuatro factores que provocan pobreza, junto con los

<sup>1</sup> VARGAS CÁRDENAS, Andrea. *COMBATE Y SANCIÓN A LA CORRUPCIÓN*. 2019, p. 1. Obtenido en

[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26129/1/Importancia\\_de\\_sanccionar\\_la\\_corrupcion.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26129/1/Importancia_de_sanccionar_la_corrupcion.pdf)

<sup>2</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *UN PAÍS SIN CORRUPCIÓN*. Obtenido en [https://www.defensoria.gob.pe/areas\\_tematicas/un-pais-sin-corrupcion/](https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/un-pais-sin-corrupcion/)

<sup>3</sup> PASSAMANO, Mariagrazia. *CORRUPCIÓN EN EL CONTEXTO PENITENCIARIO: MEDIDAS PARA CONTRARRESTAR LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO FACILITADOR DE LA INFILTRACIÓN DEL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO*. 2022, p. 8. Obtenido en <https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/03/Corrupcion-en-el-contexto-penitenciario.pdf>



conflictos y la violencia, el crecimiento incontrolado de la población y los efectos del cambio climático y los desastres naturales.<sup>4</sup>

### 1.1. ANTECEDENTES

Existen dos formas comúnmente utilizadas por el crimen organizado para corromper a los funcionarios penitenciarios: la manipulación (casos en que los grupos criminales utilizan amenazas o intimidaciones para obtener ventajas del personal penitenciario) y la infiltración (cuando los custodios trabajan directamente para organizaciones criminales y se infiltran temporalmente en el servicio público). Así tenemos que, la corrupción directamente practicada por los agentes penitenciarios puede dar lugar a abusos que resulten en la preminencia de ciertos grupos de reclusos en detrimento de poblaciones carcelarias más vulnerables.<sup>5</sup>

La corrupción en las prisiones supone un grave riesgo para la seguridad de los reclusos, el personal penitenciario y la de las prisiones. Por lo tanto, no es de extrañar que la corrupción se identifique a menudo como uno de los principales obstáculos para la aplicación práctica de los estándares y normas internacionales relacionados con la gestión de las prisiones y el tratamiento de los reclusos. Debido a la naturaleza del trabajo en las prisiones, los miembros del personal dependen unos de otros para su seguridad, especialmente en momentos de emergencia. Del mismo modo, los presos dependen del personal para la seguridad y el acceso a los servicios y la comunicación. Es probable que el hecho de entablar relaciones tan estrechas desaliente la denuncia de prácticas inadecuadas a los órganos de dirección y supervisión, ya que esto puede conducir a la marginación y a una posible victimización. Los actos de corrupción se ven acentuados por la falta de directrices éticas, los bajos salarios, los débiles

<sup>4</sup> GEORGIEVA, Kristalina. *LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: SU IMPORTANCIA ES EVIDENTE*. 2018. Obtenido en <https://blogs.worldbank.org/es/voices/la-lucha-contra-la-corrupcion-su-importancia-es-evidente>

<sup>5</sup> OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *CORRUPCIÓN EN EL CONTEXTO PENITENCIARIO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ*. 2013, pp. 8-13. Obtenido en [https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion\\_4/Opinion\\_Constitutiva\\_004-2013.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_4/Opinion_Constitutiva_004-2013.pdf)



sistemas de control y la falta de transparencia. Hay muchos tipos diferentes de corrupción en las prisiones. Incluyen la gran corrupción, como la posibilidad de dirigir empresas criminales desde la prisión y la criminalidad relacionada con las drogas, y las muchas formas de pequeña corrupción que tienen lugar en las prisiones cada día, como el pago de una llamada telefónica o una manta extra.<sup>6</sup>

## 1.2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Como se puede observar en el cuadro *ad infra*, el Índice de Corrupción e Inconducta Funcional establece niveles de ese fenómeno, por ámbito geográfico e institucional, basado en los hallazgos del control gubernamental y otras fuentes de información del año 2021; en tal sentido, el INPE se encuentra en el puesto 13 con 86.1 puntos. Se debe precisar que el Índice de la Corrupción e Inconducta Funcional (INCO) 2021 evaluó a 1377 entidades del sector público no financiero, las cuales ejecutaron el 95% del presupuesto nacional. Por lo tanto, las entidades fuera de este grupo no contarán con indicador.<sup>7</sup>

NÚMERO	ENTIDAD PÚBLICA	REGION	PROVINCIA	SEVERIDAD FUNCIONAL	CORUPCIÓN	PUNTO
1	GOBIERNO REGIONAL AYACUCHO	AYACUCHO	AYACUCHO	26.6	37.5	94.1
2	GOBIERNO REGIONAL ICA	ICA	ICA	28.9	35.9	93.9
3	GOBIERNO REGIONAL TACNA	TACNA	TACNA	27.2	37.9	93.8
4	GOBIERNO REGIONAL PIURA	PIURA	PIURA	24.5	30.9	85.9
5	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ARAUCAZA	AREQUIBA	AREQUIBA	27.6	35.4	85.9
6	GOBIERNO REGIONAL AREQUIBA	AREQUIBA	AREQUIBA	29.9	35.9	85.9
7	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARIACA NEVO	AREQUIBA	AREQUIBA NEVO	25.9	35.1	85.0
8	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHIVAYO DE SURCO	UNA METROPOLITANA	UNA METROPOLITANA	21.9	35.9	82.5
9	MUNICIPALIDAD DE CALAO	UNA METROPOLITANA	UNA METROPOLITANA	20.4	36.7	82.1
10	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO	CALLAO	CALLAO	22.5	34.5	82.0
11	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TUMBES	LA LLEONADA	TUMBES	21.1	32.3	81.4
12	MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA	UNA METROPOLITANA	UNA METROPOLITANA	25.0	61.2	80.5
13	GOBIERNO REGIONAL CALLAO	CALLAO	CALLAO	18.9	37.9	80.1
14	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO	UNA METROPOLITANA	UNA METROPOLITANA	23.5	52.8	80.1
15	GOBIERNO REGIONAL TUMBES	TUMBES	TUMBES	22.2	32.8	80.0

Es importante señalar lo indicado por Efraín Flores<sup>8</sup>, quien cuenta con más de 24 años en el ámbito penitenciario, respecto a la corrupción en el sistema penitenciario en 15 puntos:

1. Que la conducta de corrupción se aprende, no es innata.

<sup>6</sup> PASSAMANO, Mariagrazia. *Ob. Cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Obtenido en <https://observatorioanticorupcion.contraloria.gob.pe/indicesdecorupcion/index.html>

<sup>8</sup> FLORES, Efraín. *LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO EN 15 PUNTOS*. Pp. 2-5. Obtenido en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3534051/Efra%C3%A1n%20Flores.pdf.pdf>





2. Que en el sistema penitenciario es una conducta altamente reforzada, es decir, tiene más probabilidades de tener consecuencias favorables que desfavorables, la impunidad la refuerza. La cultura carcelaria "protege" a la corrupción porque también le es útil a los internos que persiguen objetivos personales sin ajustarse a las reglas.
3. Que en el corrupto genera autoeficacia, es decir, la sensación de ser hábil para hacerlo, lo que le genera a su vez confianza en que no trascenderá del lugar en que ocurre porque "lo manejará bien" (es falso, un penal es un lugar pequeño socialmente, aunque su infraestructura sea enorme, al final todo llega a saberse).
4. Que cuando una persona la mantiene a largo plazo, va modificando su personalidad, porque para hacerlo necesita que sus estándares de ética sean cada vez más pequeños, cada vez siente menos vergüenza y necesita justificarla racionalmente para no sentirse mal (desvinculación moral, según el psicólogo y pedagogo canadiense Albert Bandura).
5. Que en la persona se generan operaciones defensivas para proteger esa conducta, abriendo escisiones mentales (eso es para el penal, no para mi vida cotidiana), eso no es cierto porque esta conducta va modelando la forma en que se percibe su propia persona, a los demás y a su entorno.
6. Que la cárcel como entorno facilita la corrupción porque de alguna manera, sus ambientes están alejados del escrutinio público, a diferencia de la corrupción como, por ejemplo, autoridades policiales, que incluso en la calle podrían ser captados por otros.
7. Que la cárcel como entorno facilita la corrupción porque hay una dimensión social dentro de ella que la normaliza y la justifica con ideas provenientes del ambiente delictivo, del tipo "la habilidad se respeta", "ser



soplón", "estos son delincuentes merecen lo que les pasa", "la corrupción es parte del sistema", (todas ellas son ideas rebatibles)

8. Que la cárcel como entorno facilita la corrupción a través de la creación de una regla implícita que es el mito del silencio, que señala que "es mejor no hablar" porque eso hará sentir mal a algunos trabajadores.
9. Que uno de los efectos de la corrupción en la población penal es que va deteriorando totalmente las posibilidades del tratamiento porque mientras este proceso le intenta enseñar que existen valores que van más allá de lo material, ser objeto de corrupción le enseña que nada escapa al principio "todo tiene un precio" que refuerza la forma en que los antisociales perciben a su entorno y a los demás.
10. Que la lucha contra la corrupción implica crear una cultura de la denuncia, lo que es uno de los puntos más difíciles porque por lo señalado en puntos anteriores, esta conducta es sancionada como una acción "poco fraternal" o de "poco compañerismo", o lo que es peor aún, etiquetándola como propia de un "soplón", terminología propia de entornos delictivos.
11. Que la lucha contra la corrupción debería tener en cuenta el papel protagónico de la familia de los internos porque los internos tienen temor a las represalias.
12. Que la lucha contra la corrupción debería ser más insistente en proteger al denunciante por todos los medios posibles.
13. Que la persona que habitualmente comete actos de corrupción dentro del sistema penitenciario debería saber que es posible vivir y trabajar en el mismo sin hacerlo, debería saber que producto de un trabajo honesto se consigue el verdadero respeto de la población penal y de sus colegas y eso también es reforzante, además de trabajar tranquilo sin temor a ser sindicado por alguien de haber cometido actos ilícitos.



14. Que para modificar su conducta, quien hace conductas de corrupción necesita entre otras cosas, reorganizar el estilo de vida, no sólo el presupuesto mensual, el dinero proveniente de estos actos ilícitos le facilita al corrupto muchas actividades que son reforzantes, pero él o ella, cree que no podrá conseguirlo sin la corrupción, eso no es cierto porque se puede o trabajar más o cambiar de objetivos, cada uno tiene una realidad económica a la que debe ajustarse por lo menos hasta que no varíe dicha condición, ya que los atajos para tener más dinero como la corrupción, sólo perjudican su imagen y la de su institución.

15. Que es importante que todos estemos detrás de la lucha anticorrupción, la dignidad de miles de trabajadores penitenciarios honestos merece esa reivindicación.

Por tanto, es evidente que se debe combatir la impunidad, la cual admite muchas lecturas e interpretaciones, aunque su núcleo duro es claro y evidente: la impunidad es la situación de dejar sin castigo un delito cometido. Se encuentra en situación de impunidad la persona autora de un delito que no recibe el castigo establecido por la norma para esa transgresión; también aquella que recibe una pena menor que la que la justa aplicación de la ley implicaría. Además, la impunidad conlleva un daño para las víctimas de los delitos no castigados, pues la deseada reparación del daño que establece la justicia retributiva jamás llega para ellas; y en su acumulación social, la existencia y escalamiento de la impunidad implican también una degradación para el Estado de derecho, para las condiciones de certidumbre legal y, en definitiva, para la esfera pública.<sup>9</sup> Así ha quedado demostrado que este proyecto de ley busca ayudar a la erradicación de la corrupción en las cárceles peruanas.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *LA IMPUNIDAD Y LA FRACTURA DE LO PÚBLICO*. 2011, p. 6. Obtenido en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r27470.pdf>



## **II. EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La aprobación de la presente iniciativa legislativa modifica los artículos 395-A y 395-B del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal.

## **III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

El presente proyecto no genera gasto al erario nacional, pues, se está modificando una norma ya existente que no irradia gasto al Estado; todo lo contrario, la presente iniciativa legislativa beneficiará a la población porque ayudará a combatir la corrupción al interior de los penales del país, lo que coadyuvará a fortalecer la seguridad ciudadana cuya deficiencia afecta gravemente a nuestra sociedad.

## **IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa tiene relación con las políticas de Estado 26 "*Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas*" y 28 "*Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial*".



Municipalidad de  
Magdalena del Mar

Proyecto de Ley N° 5264/2022-GL

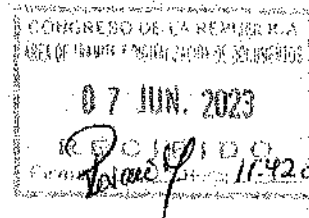
"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Magdalena del Mar, 06 de junio de 2023

**OFICIO N° 060-2023-A-MDMM**

Señor  
**JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA**  
Presidente del Congreso de la República  
Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n  
**CERCADO DE LIMA**



Asunto: Acuerdo de Concejo N°049-2023-MDMM, aprobando la iniciativa legislativa sobre "Proyecto de Ley que Modifica el artículo 367 del Código Penal"

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente y, a la vez, hacer de su conocimiento que, con fecha 27 de abril de 2023, el Concejo Municipal de Magdalena del Mar, aprobó, mediante Acuerdo de Concejo N°049-2023-MDMM, la iniciativa legislativa denominada "Proyecto de Ley que Modifica el artículo 367 del Código Penal".

Por lo que, en virtud de ello, cumplo con adjuntar copia certificada del Acuerdo de Concejo N°049-2023-MDMM de fecha 27 de abril del 2023, que aprueba la iniciativa legislativa indicada en el párrafo anterior, cuyo proyecto de ley y exposición de motivos, forma parte del indicado acuerdo de concejo, de conformidad con las atribuciones prescritas en el inciso 13 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en el sentido que le corresponde al Concejo Municipal aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle las muestras de mi consideración.

Atentamente,



MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR

Francis James Allison Oyagua  
ALCALDE

RO 1167515



**MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR**

**ACUERDO DE CONCEJO N° 049-2023-MDMM**

Magdalena del Mar, 27 de abril del 2023

**POR CUANTO:**

El Concejo Municipal de Magdalena del Mar, en Sesión Ordinaria de la fecha 27 de abril del 2023;

**CONSIDERANDO:**

Que, el Artículo 194 de la Constitución Política del Perú, establece que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Dicha autonomía radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente;

Que, el Artículo 107 de la Constitución Política del Perú establece que el Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho de iniciativa en la formulación de leyes. También tienen el mismo derecho, en las materias que les son propias, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales;

Que, el numeral 13 de Artículo 9 de la Ley N°27972, establece como atribución del Concejo Municipal, la de aprobar los proyectos de ley que, en materia de su competencia, sean propuestos al Congreso de la República;

Que, el Artículo 123 de la Ley antes mencionada señala que las relaciones que mantienen las Municipalidades con el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto mutuo y atención a las solicitudes que se formulen reciprocamente;

Que, de conformidad con el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos;

Que, el Artículo 1 del Reglamento de la Ley N°26889 – Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado mediante Decreto Supremo N°008-2006-JUS, señala que los anteproyectos de la ley se estructuran en las siguientes partes: Título de la disposición; Parte expositiva o exposición de motivos; Análisis costo beneficio; Análisis de impacto de vigencia de la norma en la legislación nacional; fórmula normativa, en la que se incluyen una parte considerativa, parte dispositiva y parte final;





MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR  
DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN  
LA LEY DE ORGANIZACIÓN DE MUNICIPALIDADES Y LA  
LEY DEL REGISTRO ADMINISTRATIVO GENERAL

**CERTIFICO**

QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA, EL MISMO  
QUE OBRA EN LOS ARCHIVOS MUNICIPALES.

QUÉDA ANOTADO CON NÚMERO DE REGISTRO 591

MAGDALENA DEL MAR: **05 JUN. 2023**

  
Abog. Edgardo de Pomar Vizcarra  
SECRETARIO GENERAL



MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR

**ACUERDO DE CONCEJO N° 049-2023-MDMM**

Magdalena del Mar, 27 de abril del 2023

Que, la señora regidora Úrsula del Carmen García Lossio, en la sesión de la fecha, informó que había redactado un proyecto de iniciativa legislativa sobre modificación del artículo 367 del Código Penal, con la finalidad de incorporar, a la forma agravada consignada en ese artículo del código penal, de los delitos de "Violencia contra la autoridad para obligarle a algo" (art. 365 del C.P.) y "Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones" (art. 366 del C.P.), a los serenos municipales, presentando, para tal fin, la fórmula legislativa y la exposición de motivos, mencionando que dicha propuesta fue presentada a Secretaría General del Concejo, pero que por la urgencia la presentaba directamente al Pleno.

Que, la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad distrital de Magdalena del Mar, a través del Informe N°135-2023-OGAJ-MDMM de fecha 27 de abril del 2023 considera pertinente incluir en el inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367 del código penal, a los serenos municipales, con la finalidad de darles protección en el desempeño de sus funciones, ya que al ejecutar sus labores son víctimas de agresión y/o amenazas para frustrar las acciones y operativos de fiscalización y, que encuentra viable la incorporación como agravante la agresión al sereno municipal, dada la situación vulnerable en que se encuentra al realizar sus labores.

Estando a lo expuesto y en uso de las facultades conferidas por los Artículos 9 y 41 de la Ley N°27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, con la dispensa del trámite de dictamen de comisiones y con dispensa del trámite de lectura y aprobación del acta;

**ACORDÓ:**

**Artículo 1.** Aprobar, por unanimidad, la iniciativa legislativa denominada "LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO PENAL, comprendiendo en la forma agravada de los delitos de "Violencia contra la autoridad para obligarle a algo" (art. 365 del C.P.) y "Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones" (art. 366 del C.P.) cuando se cometan contra los serenos municipales.

**Artículo 2.** Encargar a la Secretaría General del Concejo, remita el presente Acuerdo de Concejo al Congreso de la República, para los fines correspondientes.

**Artículo 3.** Encargar a la Oficina General de Tecnología de la Información la publicación del presente Acuerdo, en el Portal Institucional ([www.munimagdalena.gob.pe](http://www.munimagdalena.gob.pe)).

**POR TANTO:**

**Regístrese, Comuníquese y Cúmplase.**

MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR  
Abog. Edgardo Ripán De Pomar Vizcarra  
SECRETARIO GENERAL

MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR  
Francis James Allison Oyague  
ALCALDE





MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA DEL MAR  
ESTABLECIDA POR LA LEY N.º 10.001 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
REORGANIZADA POR LA LEY N.º 10.002 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.003 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.004 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.005 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.006 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.007 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.008 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.009 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.010 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.011 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.012 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.013 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.014 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.015 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.016 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.017 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.018 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.019 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.020 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.021 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.022 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.023 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.024 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.025 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.026 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.027 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.028 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.029 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.030 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.031 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.032 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.033 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.034 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.035 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.036 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.037 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.038 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.039 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.040 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.041 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.042 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.043 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.044 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.045 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.046 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.047 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.048 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.049 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.050 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.051 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.052 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.053 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.054 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.055 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.056 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.057 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.058 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.059 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.060 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.061 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.062 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.063 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.064 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.065 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.066 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.067 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.068 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.069 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.070 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.071 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.072 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.073 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.074 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.075 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.076 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.077 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.078 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.079 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.080 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.081 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.082 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.083 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.084 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.085 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.086 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.087 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.088 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.089 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.090 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.091 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.092 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.093 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.094 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.095 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.096 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.097 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.098 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.099 DEL 19 DE JUNIO DE 1968  
LEY N.º 10.100 DEL 19 DE JUNIO DE 1968

**CERTIFICO:**

QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL TENIENDO A LA VISTA, EL MISMO  
QUE SE HALLA EN LOS ARCHIVOS MUNICIPALES.

QUEDA ANOTADO CON NUMERO DE REGISTRO: 591

MAGDALENA DEL MAR:

**05 JUN. 2023**

Abog. **Rodrigo del Villar Vizcarra**  
SECRETARIO GENERAL

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

En el Código Penal vigente, Decreto Legislativo N°635, se encuentran tipificados los delitos de "Violencia contra la autoridad para obligarle a algo" (artículo 365) y de "Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones" (artículo 366), agregándose en el artículo 367 las "Formas Agravadas", que señalan lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES:**

Que, en el código penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635, se establece en el Título XVIII: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, lo siguiente:

#### **CAPÍTULO I: DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES**

##### **SECCIÓN II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

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

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

###### ***Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones***

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

###### ***Artículo 367.- Formas agravadas***

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

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

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

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

3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.

4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

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

Sin embargo, y no obstante los actos de violencia extrema que se suscitan en muchos distritos y provincias del país en perjuicio de determinados servidores y funcionarios municipales, como es el caso de los serenos municipales, no se ha considerado dentro de la forma agravada, en esos delitos, a los miembros del serenazgo municipal, que también son servidores o funcionarios públicos.

## II. PROBLEMÁTICA.

Que, es de conocimiento público que en las jurisdicciones de las distintas municipalidades del país se ejecutan actos en contra de la integridad física y la vida de los serenos, por lo que resulta impostergable la urgente incorporación dentro de las formas agravadas de los delitos de "Violencia contra la autoridad para obligarle a algo" (artículo 365) y de "Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones" (artículo 366), prescritos en el Código penal, a los miembros del serenazgo municipal, toda vez que son servidores o funcionarios públicos.

Que, dentro de los ataques más comunes, se evidencian las amenazas para evitar o frustrar las acciones y operativos de fiscalización al comercio formal e informal, la fiscalización del transporte en todas sus modalidades y que son de competencia municipal, el control urbano en edificaciones, la fiscalización para el cumplimiento de las normas sobre seguridad en edificaciones y locales o espacios donde se congregan muchas personas; asimismo, el ataque y agresión contra los miembros del Serenazgo que cumplen con su función de proteger la integridad y la vida de los vecinos y la tranquilidad, armonía, y paz de la comunidad; como también se presentan actos ilegales en contra de los ejecutores o auxiliares coactivos que cumplen las distintas funciones inherentes a su cargo, delitos que son perseguidos y sancionados sin reconocer la importancia de hacer respetar la investidura de los servidores y/o funcionarios públicos, que cumpliendo con sus funciones legales, representan a la municipalidad que es finalmente el Estado.

### III. SUSTENTO DE LA PROPUESTA:

Que, resulta de relevante importancia precisar que las municipalidades son órganos del gobierno local y como tales, forman parte del Estado, como un nivel de gobierno y, en consecuencia, sus autoridades y servidores, tienen la calidad de servidores públicos, directivos o funcionarios quienes ejercen funciones en cumplimiento de las competencias que la Constitución Política y su ley orgánica les señala.

Conforme lo prescribe la Constitución Política del Estado en su artículo 194, ***“Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley (...)”***.

Que, por otro lado, la ley orgánica de municipalidades prescribe en el artículo I, del Título Preliminar que, ***“Los gobiernos locales son entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización”***. Asimismo, en el artículo V, del indicado Título Preliminar se señala que, ***“La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país”***.

Que, por otro lado, en el artículo 26 de la ley orgánica de municipalidades, se preceptúa que, ***“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley Nº 27444.***

***Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente ley”***.

Que, asimismo, la ley orgánica de municipalidades, en su Título III, Capítulo I, Sub Capítulo V, “El Trabajador municipal” determina con meridiana claridad que, ***“Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley.***

***Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”***.

Que, de las disposiciones antes glosadas queda claramente demostrado que los funcionarios y servidores municipales, son servidores públicos, aun cuando pertenezcan a distintos regímenes laborales, pero son indiscutiblemente servidores públicos, por lo que en el caso de los serenos municipales, éstos merecen el mismo trato y protección que las leyes de la república otorgan a otros funcionarios y autoridades públicas; y asimismo, en caso, de impedirsele el ejercicio o cumplimiento de sus funciones o al obligárseles a hacer algo en contra de su voluntad u obligación legal por parte de cualquier particular, debe considerarse, esa circunstancia, como una circunstancia agravante a la conducta infractora

en el código penal, sancionando con mayor rigor a quienes atenten contra dichos servidores públicos municipales.

#### **IV. IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN:**

La propuesta normativa, no contraviene las disposiciones que reconocen a los servidores municipales como servidores o funcionarios públicos, ni contraviene las disposiciones del código penal que prevén una mayor sanción a las personas que atenten contra los funcionarios públicos municipales cuando se impide el ejercicio o cumplimiento de sus funciones o al obligárseles a hacer algo en contra de su voluntad u obligación legal.

#### **V. COSTO BENEFICIO:**

La presente ley no genera gastos al erario.

En cuanto a los beneficios, la incorporación de los servidores o funcionarios municipales: como es el caso de los serenos, policías municipales, fiscalizadores municipales y ejecutores y auxiliares coactivos municipales al artículo 367 del código penal vigente, contribuirá al mayor respeto que deben observar las personas frente a los servidores públicos municipales que actúan en cumplimiento de sus funciones legales, lo que coadyuvará a la recuperación del principio de autoridad.

**PROYECTO DE LEY N°**

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

**POR CUANTO:**

El Congreso de la República;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO PENAL**

**Artículo 1.** Incorpórese al inciso 3 del segundo párrafo, del artículo 367 del código Penal, a los serenos municipales, policías municipales, fiscalizadores municipales y ejecutores y auxiliares coactivos municipales, quedando redactado con el texto siguiente:

**"Artículo 367.- Formas agravadas**

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

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

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

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

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

**Artículo 2.** La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Comuníquese a la señora Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los.....días del mes de.....de 2023



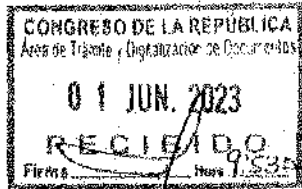




Proyecto de Ley N° 5222/2022-CR

**LUCINDA VASQUEZ VELA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"



**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA LOS DELITOS DE ACOSO, ACOSO SEXUAL, CHANTAJE SEXUAL Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL. DEBIDO A NUEVOS DESARROLLOS TECNOLÓGICOS APROVECHANDO EL PODER DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN.**

La Congresista de la República que suscribe, LUCINDA VASQUEZ VELA integrante del grupo parlamentario BLOQUE MAGISTERIAL DE CONCERTACIÓN NACIONAL, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que me confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propongo el siguiente PROYECTO DE LEY

#### FÓRMULA LEGAL

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA LOS DELITOS DE ACOSO, ACOSO SEXUAL, CHANTAJE SEXUAL Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL. DEBIDO A NUEVOS DESARROLLOS TECNOLÓGICOS APROVECHANDO EL PODER DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN.**

#### Artículo 1. Objetivo

La presente Ley tiene como objetivo, garantizar una lucha eficaz contra las diversas modalidades de violencia que afectan principalmente a las mujeres a lo largo de todo su ciclo de vida, haciendo énfasis en los casos relacionados con la dimensión digital de violencia contra la mujer; que utilizan nuevos desarrollos y tecnologías aprovechando el poder de penetración de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas.

#### Artículo 2. Modificación de los artículos 151-A, 154-B, 176-B y 176-C del Código Penal

a. Modifíquese el tercer párrafo del artículo 151-A, en los siguientes términos:

"Igual pena se aplica a quien realiza las mismas conductas utilizando *nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas.*"



Firmado digitalmente por:  
**PAREDES BONZALES Alex**  
 Antonio FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 31/05/2023 12:18:57-0800  
**CONGRESO**  
**REPÚBLICA**

**LUCINDA VASQUEZ VELA**

"Decano de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
 "Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

- b. Modifíquese el numeral 2, segundo párrafo, del artículo 154-B, en los siguientes términos:  
 "2. Cuando para materializar el hecho utilice *nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas.*"
- c. Modifíquese el segundo párrafo, del artículo 176-B, en los siguientes términos:  
 "Igual pena se aplica a quien realiza la misma conducta valiéndose del uso de *nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas.*"
- d. Modifíquese el segundo párrafo, del artículo 176-C, en los siguientes términos:  
 "El que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de *nuevos desarrollos tecnológicos aprovechando el poder de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas;* para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36."

**Artículo 3. Financiamiento**

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de los pliegos involucrados, sin demandar presupuesto público adicional.



Firmado digitalmente por:  
**PAREDES CASTRO Francis**  
 Jhasmina FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 31/05/2023 12:18:57-0800

**Artículo 4. Vigencia de la Ley**

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**ÚNICA. Producción y difusión de información estadística oficial**

Dispóngase que la Presidencia del Consejo de Ministros a través del Instituto Nacional de Estadística e Informática, produzca y difunda información estadística relacionada con la dimensión digital de la violencia contra la mujer.



Firmado digitalmente por:  
**MEDINA HERMOSILLA**  
 Elizabeth Sara FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 30/05/2023 15:55:17-0500



Firmado digitalmente por:  
**VASQUEZ VELA Lucinda FAU**  
 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 28/05/2023 13:13:20-0500



Firmado digitalmente por:  
**MEDINA HERMOSILLA**  
 Elizabeth Sara FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 30/05/2023 15:55:26-0500



Firmado digitalmente por:  
**TACURI VALDIVIA German**  
 Adolfo FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Soy el autor del  
 documento  
 Fecha: 31/05/2023 11:28:15-0500



Firmado digitalmente por:  
**QUIROZ BARBOZA Segundo**  
 Teodomiro FAU 20181740126 soft  
 Motivo: En señal de  
 conformidad  
 Fecha: 31/05/2023 09:08:03-0500



Firmado digitalmente por:  
**GUTIERREZ TICONA Paul**  
 Silvio FAU 20181740126 soft  
 Motivo: Day V° B°  
 Fecha: 31/05/2023 13:00:49-0500



## CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 2 de junio de 2023

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 5222/2022-CR para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

**I. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

.....  
JAVIER ANGELES ILLMANN  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPUBLICA

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

#### 1.1. Definiciones conceptuales

##### a. Dimensión digital de la violencia contra la mujer<sup>1</sup>

"Todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida su dimensión digital, deben entenderse en el marco de la discriminación por razón de género.

La dimensión digital de la violencia contra la mujer comprende cualquier acto de violencia de género contra la mujer que sea cometido, asistido o agravado en parte o en su totalidad por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), como teléfonos móviles y teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de redes sociales o correo electrónico, dispositivos de seguimiento de geolocalización, drones y dispositivos de grabación no conectados a Internet e Inteligencia Artificial (IA), contra una mujer por ser mujer, o afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

De lo anterior, surgen cuatro tipos o categorías principales de violencia en línea y facilitada por la tecnología:

1. **Formas de acoso, violencia o abuso que son facilitadas por tecnologías específicas y dispositivos habilitados por la tecnología**, como la violencia de pareja íntima llevada a cabo a través del uso de tecnologías que utilizan programas espías y otros dispositivos de seguimiento;
2. **El abuso que tiene lugar y se amplifica en línea**, como formas de abuso sexual basado en imágenes tales como el intercambio no consentido de imágenes íntimas;
3. **Cuando la tecnología ha generado una nueva forma de abuso**, como la pornografía falsa y el abuso de nuestra identidad digital en el metaverso; y,
4. **Cuando el entorno en línea se utiliza para permitir que se produzcan violencia y abuso**, como el uso de las redes sociales como elemento central de diversas formas de violencia sexual contra las mujeres y las niñas.

La violencia contra las mujeres en línea y facilitada por la tecnología abarca por lo tanto una amplia gama de conductas, como **todas las formas de abuso sexual basado en imágenes** (por ejemplo, la creación, difusión, distribución o intercambio en línea de fotografías, vídeos o clips de audio de naturaleza sexual o íntima sin el consentimiento de la víctima), así como la **"pornografía falsa" generada por IA; el acceso, la manipulación o la distribución no autorizados de datos personales** (por ejemplo, el doxeo); **el robo de identidad o la suplantación de identidad** (por ejemplo, la creación de perfiles falsos); **actos que dañan la reputación o la credibilidad de una persona; actos que**

<sup>1</sup> La dimensión digital de la violencia contra las mujeres abordada por los siete mecanismos de la Plataforma EDVAW. © Consejo de Europa, noviembre de 2022.

**impliquen vigilancia y seguimiento de una persona (por ejemplo, acecho en línea); el acoso (sexual) en línea; el ciberacoso; las amenazas y los abusos sexuales y físicos en línea; y el acoso y el abuso de identidades digitales como los avatares."**

## b. Cuarta Revolución Industrial. Impulsores<sup>2</sup>

La palabra "revolución" indica un cambio abrupto y radical. Las revoluciones se han producido a lo largo de la historia cuando nuevas tecnologías y formas novedosas de percibir el mundo desencadenan un cambio profundo en los sistemas económicos y las estructuras sociales. Implican un mayor poder cognitivo que aumenta la producción humana.

Los descubrimientos científicos y las nuevas tecnologías que estos generan parecen ilimitados, desplegándose en muchos frentes y lugares diferentes. Estas nuevas tecnologías, impulsan la Cuarta Revolución Industrial.

Todos los nuevos desarrollos y tecnologías tienen una característica clave en común: **aprovechan el poder de penetración que tienen la digitalización y las tecnologías de la información.** Todas las innovaciones descritas son posibles y se mejoran a través del poder digital. Los robots avanzados, por ejemplo, no existirían sin la inteligencia artificial, que en sí misma depende, en gran medida, de la potencia de computo.

Con el fin de identificar las megatendencias y poner de relieve el amplio panorama de los impulsores tecnológicos de la Cuarta Revolución Industrial, he organizado la lista en tres grupos: físicos, digitales y biológicos.

### 1. Físicas

Principales megatendencias tecnológicas:

- Vehículos autónomos
- Impresión 3D
- Robótica avanzada
- Nuevos materiales

#### **Vehículos autónomos**

Los automóviles sin conductor dominan las noticias; no obstante ahora hay muchos otros vehículos autónomos, incluidos camiones, drones, aviones y barcos. A medida que progresen tecnologías como los sensores y la inteligencia artificial, las capacidades de todas estas máquinas se incrementaran a un ritmo rápido.

<sup>2</sup> La Cuarta Revolución Industrial. Klaus Schwab. 2017



### **Impresión 3D**

También llamada "fabricación aditiva", la impresión 3D consiste en crear un objeto físico mediante la impresión capa por capa de un modelo o dibujo digital en 3D. A diferencia de los bienes manufacturados producidos en serie, los productos impresos en 3D se pueden personalizar fácilmente.

### **Robótica avanzada**

El rápido progreso en robótica pronto hará que la colaboración entre seres humanos y máquinas sea una realidad cotidiana.

Los avances en materia de sensores permiten a los robots comprender y responder mejor a su entorno y dedicarse a una variedad más amplia de tareas, como los trabajos del hogar

### **Nuevos materiales**

Con atributos que parecían inimaginables hace algunos años, nuevos materiales están llegando al mercado. En general, son más ligeros, sólidos, reciclables y adaptables. En la actualidad existen aplicaciones para materiales inteligentes que se autoreparan o se limpian a sí mismos, metales con memoria que vuelven a sus formas originales, cerámicas y cristales que convierten la presión en energía, y así sucesivamente.

## **2. Digitales**

Una de las principales conexiones entre las aplicaciones físicas y digitales que ha sido habilitada por la Cuarta Revolución Industrial es el **Internet de las cosas (IoT)**. En su forma más simple, se puede describir como una relación entre las cosas (productos, servicios, lugares, etc.) y la gente, que resulta posible mediante tecnologías conectadas y plataformas varias.

Sensores más pequeños, baratos e inteligentes están siendo instalados en hogares, ropa y accesorios, ciudades, redes de transporte y de energía, así como en procesos de fabricación. Actualmente, hay miles de millones de dispositivos en todo el mundo, como teléfonos inteligentes, tabletas y ordenadores que están conectados a Internet. Se espera que su número aumente significativamente en los próximos años.

Consideremos el monitoreo remoto, una aplicación muy conocida del IoT. En un futuro próximo, también se aplicaran sistemas de monitoreo al movimiento y rastreo de las personas.

La revolución digital está creando enfoques radicalmente nuevos que revolucionan la forma en que los individuos e instituciones participan y colaboran entre sí. Las **plataformas digitales** (BLOCKCHAIN, UBER, FACEBOOK, ALIBABA, AIRBNB, etc.) han reducido mucho los costos de transacción y de fricción en los cuales se incurre cuando personas u organizaciones comparten el uso de un bien o prestan un servicio. Además, al

utilizar plataformas digitales, el costo marginal de producir cada producto, bien o servicio adicional tiende a cero.

Mayores iteraciones que incrementarían la probabilidad de comisión de delitos pertenecientes a la dimensión digital de violencia contra la mujer.

### 3. Biológicas

Las innovaciones en el campo tecnológico -y la genética en particular- son, impresionantes. En los últimos años se han logrado considerables progresos en reducir costos y aumentar la facilidad para la **secuenciación genética**, y más reciente para activar y modificar genes.

La **biología sintética** es el siguiente paso. Nos posibilitará la personalización de organismos mediante la configuración del ADN. Si dejamos de lado las cuestiones éticas profundas que plantea, tales avances no sólo tendrán un fuerte e inmediato impacto en la medicina, sino también en la agricultura y producción de biocombustibles. Sin duda generaran cambios radicales positivos para la sociedad, pero, también aumentarían la probabilidad de comisión de delitos en general y en particular de aquellos vinculados con la dimensión digital de violencia contra la mujer.

## 1.2. CONTEXTO INTERNACIONAL

### a. **Magnitud de la dimensión digital de la violencia contra la mujer**

Según un estudio de 2015 realizado por la Comisión de Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, casi tres cuartas partes de las mujeres han experimentado algún tipo de violencia de género en línea, y casi dos tercios de los autores son hombres (Comisión de Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, 2015).

En 2020, un estudio de la Economist Intelligence Unit de Naciones Unidas, que abarcó 45 países reveló que el 85 % de las mujeres ha experimentado o presenciado violencia en línea y facilitada por la tecnología (74 % en Europa, el 91 % en América Latina y el Caribe y el 90 % en África).

La discriminación interseccional por motivos de identidad de género, expresión de género, orientación sexual, discapacidad, raza, etnia, condición indígena, edad, religión, participación en la vida pública y otros factores agravan, aumentan y complican las experiencias de violencia de género. Los estudios han revelado que las mujeres negras tienen un 84 % más de probabilidades que las mujeres blancas de ser mencionadas en tweets abusivos (Amnistía Internacional, 2018).

## b. Consecuencias de la dimensión digital de la violencia contra la mujer

**Daños globales**, que impactan en todos los aspectos de sus vidas, lo que da lugar a una forma de "ruptura social" donde las vidas de las mujeres se dividen en "antes" y "después" de la violencia.

**Daños físicos**, que comprenden amenazas de daño físico y pueden resultar en violencia fuera de línea, o hacer que se sientan inseguras fuera de línea debido a experiencias en línea, a veces descritas como una "amenaza existencial" o una sombra que se cierne sobre sus vidas (UNESCO, 2020).

**Daños psicológicos**, con impactos potencialmente devastadores y que podrían terminar con la vida de la mujer, tales como depresión, ansiedad, estrés, ideación suicida, miedo y ataques de pánico.

**Daños económicos y profesionales**, que entrañan importantes impactos negativos profesionales y financieros relacionados con el ausentismo escolar, la falta de formación o empleo, carga de los gastos de asesoramiento, acciones legales y otras formas de apoyo y reparación; así como la posible imposibilidad de progreso profesional debido a la autocensura en línea como resultado del abuso o al retirarse de las redes sociales como respuesta de protección.

**Daños relacionales y victimización secundaria**, como en los casos donde las víctimas experimentan una profunda sensación de "aislamiento" a raíz de la violencia en línea y facilitada por la tecnología, a menudo debido a respuestas de culpabilización de las víctimas, así como al abuso que destruye su confianza y conexiones con familiares y amigos, el mundo en línea y las redes sociales.

## 1.3. CONTEXTO NACIONAL

La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta que, basada en su condición de género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado<sup>3</sup>

La Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) - 2022, selecciona aleatoriamente solo a una de todas las mujeres en edad fértil (de 15 a 49 años de edad) listadas en el Cuestionario del Hogar, para aplicarle la Sección del Cuestionario Individual; donde se recoge información acerca de la violencia familiar (por esposo o compañero), con el fin de conocer las características de este problema: violencia alguna vez, según área de residencia (urbana o rural), tipo de violencia (psicológica, física o sexual), etnicidad, lengua materna.

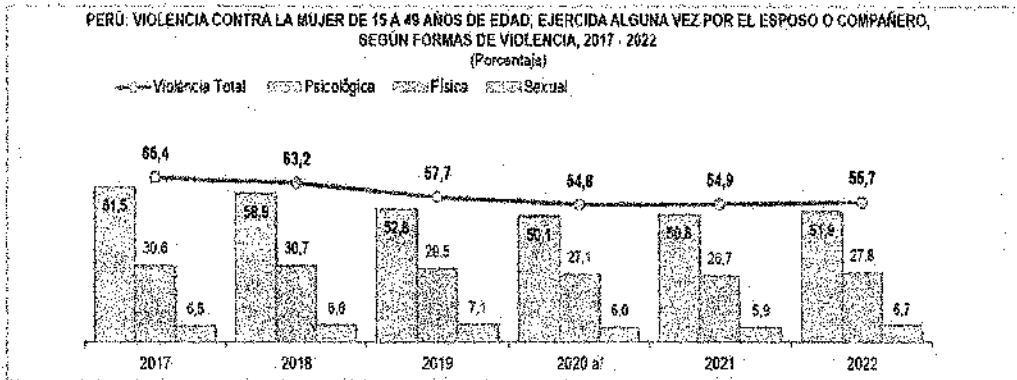
Según la ENDES 2022, el 55,7% de mujeres fueron víctimas de violencia ejercida alguna vez por el esposo o compañero. Con tendencia a ser mayor en las

<sup>3</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Plan Nacional Contra la Violencia hacia la mujer, 2009-2016. Lima 2009.



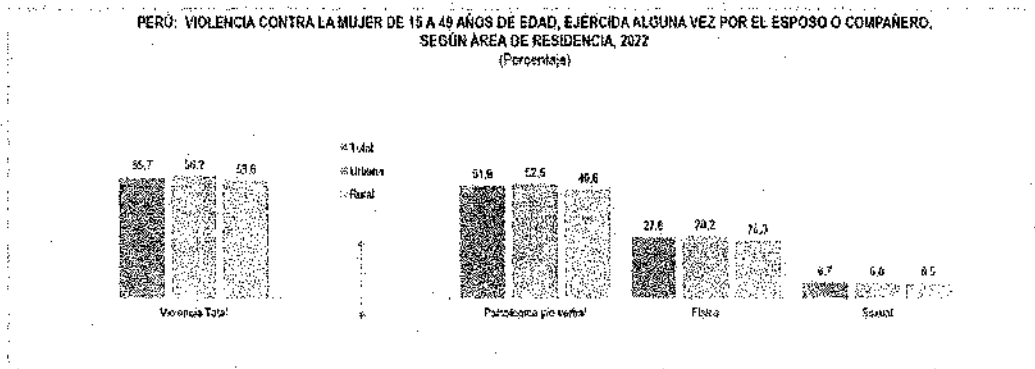


residentes del área urbana (56,2%) en comparación con las residentes del área rural (53,6%).



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2022

Entre las formas de violencia, destaca la violencia psicológica y/o verbal (51,9%), que es la agresión a través de palabras, injurias, calumnias, gritos, insultos, desprecios, burlas, ironías, situaciones de control, humillaciones, amenazas y otras acciones para minar su autoestima; le sigue, la violencia física (27,8%), que es la agresión ejercida mediante golpes, empujones, patadas, abofeteadas, entre otras y finalmente, la violencia sexual (6,7%), que es el acto de coacción hacia la mujer a fin de que realice actos sexuales que ella no aprueba, o la obliga a tener relaciones sexuales.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2022

**¡IMPORTANTE!** La ENDES 2022, no presenta información estadística respecto a la dimensión digital de la violencia contra la mujer.

La avances científicos se están produciendo vertiginosamente, propiciando innovaciones tecnológicas que se autoreforzan, generando mayor velocidad y alcance de las mismas, haciendo que las sociedades presenten limitaciones que ahora son menos técnicas que jurídicas, regulatorias y éticas.

Si bien el Decreto Legislativo 1410 incorporó los artículos 151-A, 154-B, 176-B y 176-C el Código Penal, ampliando su alcance para castigar conductas que **valléndose del uso de cualquier tecnología de la información o de la comunicación**, califiquen como:

- Acoso,
- Acoso sexual
- Difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual
- Chantaje sexual

Resulta necesario, la actualización conceptual debido a los nuevos desarrollos y tecnologías, aprovechando el poder de penetración de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas.

## II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa no colisiona con la legislación nacional. Por el contrario, busca la actualización conceptual debido a los nuevos desarrollos y tecnologías, aprovechando el poder de penetración de la digitalización y las tecnologías de información, en sus tres variantes: físicas, digitales y biológicas; para una mejor aplicación del Código Penal, enfatizando en la dimensión digital de la violencia contra la mujer, al tratarse de la población principalmente afectada por ese problema.

## III. ANÁLISIS BENEFICIO - COSTO

BENEFICIOS	COSTOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fortalecimiento de la libertad de expresión de las mujeres en línea</li> <li>• Reducción de la brecha digital de género. Ninguna mujer debe abandonar la esfera digital por violencia</li> <li>• Fortalecimiento de la naturaleza inclusiva de los debates sociales, políticos y públicos en los espacios digitales.</li> <li>• Reducción de consecuencias socioeconómicas adversas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ No genera costos estatales adicionales. La propuesta de Ley se financiará con los presupuestos anuales de las entidades involucradas</li> </ul>

#### **IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL**

El presente PROYECTO DE LEY se vincula con:

##### **AGENDA LEGISLATIVA 2022-2023**

Mediante *Resolución Legislativa del Congreso 002-2022-2023-CR*, se aprobó la *Agenda Legislativa para el periodo anual de sesiones 2022-2023*. Que acorde con las políticas del Acuerdo nacional, establece:

##### **OBJETIVO I. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO**

- **Política de Estado 7. Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana**

Estableciendo como temas/proyectos de ley a plantear:

23. Reducción de la violencia hacia las mujeres

##### **ACUERDO NACIONAL**

##### **OBJETIVO I. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO**

- **Política 7. Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana**

Que a la letra dice: "Nos comprometemos a normar y fomentar las acciones destinadas a fortalecer el orden público y el respeto al libre ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes individuales.

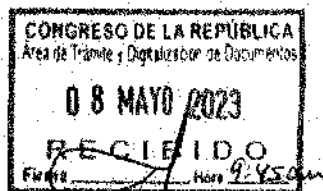
Con este objetivo el Estado:

(c) pondrá especial énfasis en extender los mecanismos legales para combatir prácticas violentas arraigadas, como son el maltrato familiar y la violación contra la integridad física y mental de niños, ancianos y mujeres."





Proyecto de Ley N° \_\_\_\_\_



**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, AMPLIA LAS CAUSALES DE SALIDA OBLIGATORIA Y LAS CAUSALES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS QUE AFECTAN LOS INTERESES DE LA NACIÓN Y FACULTA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES A REVOCAR LA CALIDAD MIGRATORIA OTORGADA**

Los Congresistas de la República que suscriben, a iniciativa de la congresista **DIGNA CALLE LOBATÓN**, integrantes del Grupo Parlamentario **PODEMOS PERÚ (PP)**, en uso de las facultades que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú en concordancia con lo establecido en los artículos 22° literal c), 67°, 75° y 76° numeral 2, del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente:

**PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, AMPLIA LAS CAUSALES DE SALIDA OBLIGATORIA Y LAS CAUSALES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS QUE AFECTAN LOS INTERESES DE LA NACIÓN Y FACULTA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES A REVOCAR LA CALIDAD MIGRATORIA OTORGADA**

**Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente ley tiene por objeto modificar el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, con la finalidad de ampliar las causales de salida obligatoria de extranjeros, así como, las causales de expulsión de extranjeros que infrinjan la ley y pongan en riesgo los intereses del Estado y faculta a la Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES) a revocar de pleno derecho la calidad migratoria otorgada.

**Artículo 2. Modificación del literal c) del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones**

Modifíquese literal c) del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, el mismo que queda redactado de la siguiente manera:

**"Artículo 57.- Salida obligatoria del país**

57.1. Son situaciones pasibles de disponer la salida obligatoria del país de los extranjeros, las siguientes:

(...)

c. Por incumplir o contravenir las normas imperativas en materia de tránsito, comercio ambulatorio, seguridad ciudadana y salud pública.

(...)."

**Artículo 3. Incorporación de los literales h, i, j y k y los numerales 58.3 y 58.4 en el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones**

Incorpórense los literales i, j y k y los numerales 58.2 y 58.3 en el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, los mismos que quedan redactados de la siguiente manera:



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

**"Artículo 58. Expulsión**

58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos:

(...)

- i. Por ser capturados en flagrancia por los delitos y/o faltas que establezca el reglamento de la presente ley;
- j. Por ser condenados con penas limitativas de derecho o con suspensión de la ejecución de la pena, por la comisión de delitos tipificados en el Código Penal o leyes especiales;
- k. Por obtener la libertad como consecuencia de la concesión de beneficios penitenciarios;
- l. Por verificarse la existencia de antecedentes penales, policiales y judiciales del país de origen o país de tránsito.

58.2. Para los casos de Asilo y Refugio se aplica la normativa correspondiente.

58.3. La Superintendencia Nacional de Migraciones sigue el procedimiento de expulsión previsto en el reglamento de la presente Ley.

58.4 El plazo de expulsión será inmediata y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal."

**Artículo 4. Incorporación del artículo 58-A en el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones**

**"Artículo 58-A.- Revocatoria de calidad migratoria otorgada**

Autorícese a la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones) a revocar de pleno derecho, el documento de identidad referido en el artículo 15 del presente Decreto Legislativo, en caso que el ciudadano extranjero incurra en alguna de las causales contenidas en los artículos 57 y 58 de la presente Ley."

**Artículo 5.- Modificación del artículo 368 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal**

Modifíquese el artículo 368 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, el mismo que queda redactado de la siguiente manera:

**"Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad**

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

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



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

**Cuando el extranjero, cualquiera sea la calidad migratoria, desobedezca o se resista a dar cumplimiento a la orden de la salida obligatoria o la medida de expulsión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años."**

### DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

#### Única. Adecuación del Reglamento

El Poder Ejecutivo adecúa el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Ley de Migraciones, en el plazo de sesenta (60) días calendario contados a partir de la publicación de la presente Ley.

Lima, mayo de 2023

**Digna Calle Lobatón  
Congresista de la República**



Firmado digitalmente por:  
LUNA GALVEZ Jose Leon FAU  
20181740126 soft  
Motivo: Soy el autor del documento.  
Fecha: 04/05/2023 22:46:27-0600



Firmado digitalmente por:  
LUNA GALVEZ Jose Leon FAU  
20181740126 soft  
Motivo: Soy el autor del documento.  
Fecha: 04/05/2023 22:46:19-0200



Firmado digitalmente por:  
CALLE LOBATON Digna FAU  
20181740126 soft  
Motivo: Soy el autor del documento.  
Fecha: 04/05/2023 20:58:38-0600



Firmado digitalmente por:  
JUAREZ CALLE Hedy  
Lisbeth FAU 20181740126 soft  
Motivo: Soy el autor del documento.  
Fecha: 04/05/2023 23:07:04-0600



Firmado digitalmente por:  
ALCARRAZ AGUERO Yorel  
Kira FAU 20181740126 soft  
Motivo: Soy el autor del documento.  
Fecha: 05/05/2023 18:13:58-0600

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Se tiene como precedente el proyecto de Ley N° 074/2022-CR, que propuso modificar el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1350, Ley de Migraciones, sin que fuera considerado por la Comisión de Relaciones Exteriores en el texto sustitutorio.

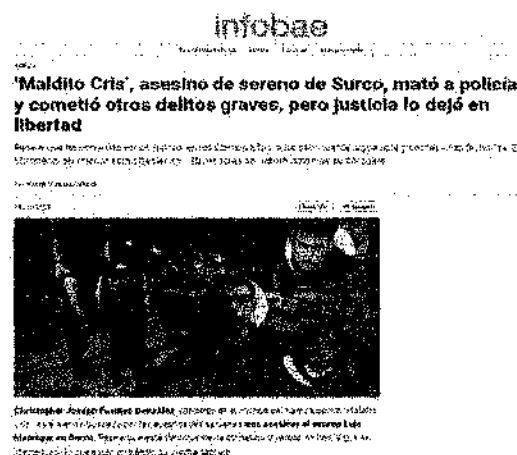
De la misma manera, el 21 de abril del año en curso, se presentó el proyecto de Ley N° 4476/2022-CR, LEY QUE AMPLÍA LAS CAUSALES PARA LA SALIDA OBLIGATORIA Y EXPULSION DE EXTRANJEROS, el mismo que fuera decretado erradamente y sin ningún tipo de análisis de competencia a la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas, pese a que dicha Comisión en un tema similar al propuesto en la Décima Sesión Ordinaria celebrada el 6 de febrero de 2023 acordó por UNANIMIDAD, inhibirse de dictaminar el Proyecto de Ley N° 2811/2022-PE, por no tener competencia para dictaminar sobre la materia de fondo por cuanto consideraron que la Comisión competente es la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

### II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

#### I.1. El problema que se pretende resolver

Con el presente proyecto se propone resolver la problemática que gira en torno a la debilidad de la Superintendencia Nacional de Migraciones ante la detección de malos elementos extranjeros que ingresan lícita e ilícitamente al país, cuyas conductas ponen en riesgo tanto la tranquilidad como la seguridad de la nación.

A modo referencial, se ha dado a conocer el caso del vil asesinato del funcionario del Distrito de Surco cometido por el "Maldito Cris"<sup>1</sup> quien fuera capturado en flagrancia y luego liberado, donde hoy esa mala decisión le cobró la vida a un hombre de bien:



<sup>1</sup> <https://larepublica.pe/sociedad/2023/04/19/maldito-cris-fue-liberado-en-2022-pese-a-ser-capturado-en-flagrancia-por-la-pnp-christopher-fuentes-surco-delinuencia-201723>  
<https://www.infobae.com/peru/2023/04/18/maldito-cris-asesino-de-sereno-de-surco-mato-a-policia-y-cometio-otros-delitos-graves-pero-justicia-lo-dejo-en-libertad/>



A nivel internacional, en Francia el Ejecutivo Nacional impulsa la expulsión de extranjeros que cometan delitos<sup>2</sup>; siendo esta una propuesta del presidente Emmanuel Macron al considerar "a los extranjeros por lo que hacen, no por lo que son"<sup>3</sup>, a lo que se suma lo afirmado por el señor Gérald Darmanin Ministro del Interior Francés al señalar que "Se trata de ser malos con los malos y amables con los amables" y "Un extranjero que no respeta la leyes de la República debe ser expulsado" propuesta impulsada luego que una ciudadana argelina asesinara a una niña de 12 años pese a contar con orden de expulsión.<sup>4</sup> Entre la propuesta francesa se encuentra la expulsión del territorio francés a los inmigrantes sin papeles que cometan delitos como por ejemplo robos con violencia o en domicilios particulares, actos de "violencia conyugal" o que no respeten "los principios de la República", entre otros.

### 1.2. Análisis sobre la necesidad, viabilidad y oportunidad

El presente proyecto de Ley, se fundamenta en un conjunto de premisas que guardan relación directa con la necesidad, viabilidad y oportunidad que a continuación se detalla:

La modificación del Literal c del artículo 57 que procura fortalecer lo contemplado en el artículo 10 de la Ley de Migraciones, respecto de las causales de **expulsión obligada de extranjeros**, no constituyendo una sobrerregulación, puesto que, por un lado, se encuentra regulado el cumplimiento de los deberes y por el otro la orden de salida obligatoria del país.

En esa línea, la salida obligatoria de extranjeros que violenten normas imperativas en materia de **tránsito, comercio ambulatorio, seguridad ciudadana y salud pública**, permitirá que los extranjeros con situación migratoria regular puedan formalizarse y ser parte del orden público, quedando relegado toda conducta que vaya justamente en violentar las normas obligatorias.

La **expulsión de extranjeros en caso de flagrancia** no vulnera el derecho a la defensa, puesto que se propone regular mediante reglamento el procedimiento de expulsión.

La **expulsión en caso que el extranjero sea condenado con penas limitativas de derecho o con suspensión de la ejecución de la pena, por la comisión de delitos tipificados en el Código Penal o leyes especiales**, permite fortalecer lo dispuesto en el literal f del artículo 58 Decreto Legislativo 1350 y no transgrede ninguna garantía constitucional.

La **expulsión en el supuesto que el extranjero obtenga la libertad como consecuencia de la concesión de beneficios penitenciarios**, permite fortalecer lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Legislativo 1350, por ende, no constituye una sobrerregulación, menos aún, ni una transgresión de garantía constitucional.

La **expulsión luego de verificarse que el extranjero posee antecedentes penales, policiales y judiciales del país de origen o país de tránsito**, permitirá preservar la tranquilidad y la preservación de la nación ante malos elementos extranjeros que han ocultado información, con lo cual, se fortalece la dimensión ya regulada en el literal a del artículo 58 del Decreto Legislativo 1350.

La expulsión de extranjeros por la comisión de delitos sin ser procesados ya se encuentra sutilmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la

<sup>2</sup> <https://www.france24.com/es/europa/20230201-francia-impulsa-un-proyecto-de-ley-para-acelerar-las-expulsiones-de-migrantes-indocumentados>

<sup>3</sup> <https://www.dw.com/es/francia-analiza-expulsar-a-extranjeros-que-cometan-delitos-graves/a-62418699>

<sup>4</sup> [https://es.ara.cat/internacional/macron-quiere-expulsar-inmigrantes-irregulares-cometan-delitos-graves\\_1\\_4590986.html](https://es.ara.cat/internacional/macron-quiere-expulsar-inmigrantes-irregulares-cometan-delitos-graves_1_4590986.html)



expulsión cuando el extranjero este incurso en la realización de trámites en los que presente documentación falsa o haber proporcionado datos o información falta, la cual se encuentra tipificado como delito en el artículo 438 del Código Penal, de manera tal que, mal podría cuestionarse la expulsión de extranjeros por la comisión de delitos de flagrancia.

La regulación sobre la desobediencia o resistencia a la orden de salida o expulsión de ciudadanos extranjeros, es un fenómeno regulatorio que no se encuentra regulado, por ende, el mismo debe ser tipificado.

La migración internacional como fenómeno social, ya ha sido asumido por parte del Tribunal Constitucional, quien en fallo dictado en el expediente N° 02744 2015-PA/TC<sup>5</sup> observó que:

*(...)*

**9. En tal contexto, el Tribunal Constitucional considera de fundamental importancia destacar que si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:**

- i) En primer lugar, que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante en situación irregular solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan.***
- ii) En segundo lugar, que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.***

**10. La primera premisa resulta acorde con la preocupación manifestada en su oportunidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril de 2012, donde se destaca que:**

***(...) la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que "tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias. [Consejo de Derechos Humanos, 20° período de sesiones, párrafo 13].***

<sup>5</sup> <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02744-2015-AA.pdf>

*En ese sentido, se concluye y recomienda que:*

**70. La detención administrativa no debe aplicarse como medida punitiva en caso de infracción de las leyes y reglamentos de inmigración, ya que dicha infracción no debe considerarse delito.**

**11. La segunda deriva del tratamiento jurídico igualitario que acoge nuestra Norma Fundamental respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros y que solo admite restricciones excepcionales, razonables y proporcionales vinculadas con la seguridad nacional (artículo 44), salud pública (artículo 2.11) y el orden interno (artículos 118.4 y 166). Asimismo, se encuentra respaldada por lo dispuesto en el punto 1 de la antes mencionada Resolución sobre Protección de los migrantes, expedida por la Asamblea General de Naciones Unidas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000], y a nivel regional, por lo establecido en la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, la cual entiende que:**

**[...] la situación [migratoria] regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.**

*En esa misma línea, la CIDH en el caso Vélez Loor vs. Panamá, ha establecido que:*

**[...], el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo, 248].**

**12. Ello no implica que los Estados no puedan iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, estos deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Así, la legitimidad de las restricciones que establezca el Estado en el**



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

*ejercicio de los derechos de los migrantes en situación irregular, está sujeta a que se demuestre su condición de límites razonables y proporcionales de tales derechos. La sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales.*

**13. En todo caso, corresponderá a la autoridad administrativa garantizar que en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular. En torno a ello, la CIDH, en el caso Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos, donde se cuestionaba que la deportación de los peticionarios a su país de origen era lesiva de su derecho a la vida familiar, entre otros, manifestó que:**

*De conformidad con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha encontrado que en esta área no son absolutos, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana. En cambio, la CIDH ha coincidido con muchos órganos internacionales en que debe haber una prueba de equilibrio, conforme a la cual se pesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general vis-a-vis los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar."  
**(negritas propias)***

De los instrumentos internacionales y precedentes reseñados, se puede colegir que, la presente iniciativa legislativa respeta los cánones de los derechos humanos y las garantías constitucionales, respecto a los ciudadanos extranjeros que se encuentren en nuestro país en situación irregular o que hayan cometido delitos y faltas.

Conforme a lo supra señalado, la propuesta legislativa cumple con los principios de razonabilidad y ponderación, ya que, se proponen cambios para fortalecer la seguridad ciudadana, la salud pública y el orden interno; por ende, la misma es viable, necesaria y oportuna.

## II. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación del presente Proyecto de Ley no colisiona con ninguna norma legal vigente, menos aun con el derecho internacional, y donde se proponen, el fortalecimiento de las competencias de MIGRACIONES ante el conocimiento de extranjeros que cometan delitos, cualquiera sea el estatus migratorio.

Adicionalmente, se incorpora el artículo 58-A con la finalidad de facultar a MIGRACIONES para revocar la residencia concedida en el caso que se ordene la salida obligatoria del extranjero o la expulsión del mismo, por cualquiera de las circunstancias previstas.

A tales fines, se propone el siguiente cuadro comparativo:

**Cuadro Comparativo**

<b>Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones</b>	
<b>Texto Vigente</b>	<b>Texto propuesto</b>

<p><b>Artículo 57.- Salida obligatoria del país</b>          57.1. Son situaciones pasibles de disponer la salida obligatoria del país de los extranjeros, las siguientes:          (...)       </p> <p>c. Por incumplir o contravenir las normas imperativas en materia de salud pública.          (...)</p>	<p><b>"Artículo 57.- Salida obligatoria del país</b>          57.1. Son situaciones pasibles de disponer la salida obligatoria del país de los extranjeros, las siguientes:          (...)       </p> <p>c. Por incumplir o contravenir las normas imperativas en materia de tránsito, comercio ambulatorio, seguridad ciudadana y salud pública.          (...)."</p>
<p><b>Artículo 58.- Expulsión</b>          58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos:</p> <p>a. Realizar trámites migratorios mediante la presentación de documentación falsa o haber proporcionado datos o información falsa.</p> <p>b. Por reincidencia en cualquiera de los supuestos de salida obligatoria previstos en el artículo 57 del presente Decreto Legislativo.</p> <p>c. No cumplir con la salida obligatoria impuesta conforme al presente Decreto Legislativo.</p> <p>d. Por encontrarse en situación migratoria irregular por ingresar al país sin realizar el control migratorio, pese a tener impedimento de ingreso por salida obligatoria vigente.</p> <p>e. Por atentar contra el patrimonio cultural de la Nación.</p> <p>f. Realizar actividades que atenten contra el orden público, el orden interno o la seguridad nacional.</p> <p>g. Por mandato del Poder Judicial.</p> <p>h. Al obtener la libertad luego de cumplir condena dispuesta por tribunal peruano.</p> <p>58.2. Para los casos de Asilo y Refugio se aplica la normativa correspondiente.</p>	<p><b>Artículo 58. Expulsión</b>          58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos:          (...)       </p> <p>i. Por ser capturados en flagrancia por los delitos y/o faltas que establezca el reglamento de la presente ley;</p> <p>j. Por ser condenados con penas limitativas de derecho o con suspensión de la ejecución de la pena, por la comisión de delitos tipificados en el Código Penal o leyes especiales;</p> <p>k. Por obtener la libertad como consecuencia de la concesión de beneficios penitenciarios;</p> <p>l. Por verificarse la existencia de antecedentes penales, policiales y judiciales del país de origen o país de tránsito.</p> <p>58.2. Para los casos de Asilo y Refugio se aplica la normativa correspondiente.</p> <p>58.3. La Superintendencia Nacional de Migraciones sigue el procedimiento de expulsión previsto en el reglamento de la presente Ley.</p>



	58.4 El plazo de expulsión será inmediata y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal."
<b>Decreto Legislativo N° 635, Código Penal</b>	
<p><b>"Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad</b> El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años."</p>	<p><b>"Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad</b> El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Cuando el extranjero, cualquiera sea la calidad migratoria, desobedezca o se resista a dar cumplimiento a la orden de la salida obligatoria o la medida de expulsión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años."</p>

### III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

La presente iniciativa legislativa no irroga gastos adicionales al tesoro público, toda vez que, su contenido se encuentra orientado a mejorar la convivencia ciudadana y prevenir la comisión de hechos delincuenciales generados por ciudadanos extranjeros y mejorar el sistema de expulsión de malos elementos, para con ello, enaltecer la calidad de vida de la población y su plena seguridad.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo"

Permitirá que los extranjeros que se encuentren en el país se formalicen de acuerdo a las constantes oportunidades que el Estado le concede, so pena de proceder bien sea la salida obligatoria o la expulsión.

La propuesta no traerá repercusiones relacionadas con la reciprocidad correspondiente del retorno de ciudadanos peruanos hacia nuestro país, por cuando a la fecha no se advierte ninguna protesta diplomática, y de ocurrir, la misma constituiría una intromisión en los asuntos internos de nuestra República.

#### **IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA 2022-2023 Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO EXPRESADOS EN EL ACUERDO NACIONAL**

##### **V.1 Con la Agenda Legislativa**

La presente propuesta legislativa, guarda relación con el décimo octavo tema de la agenda legislativa del Congreso de la República para el periodo 2022-2023, el cual, se encuentra contenido dentro del fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana enmarcado dentro del primer objetivo del Acuerdo Nacional "*Democracia y Estado de Derecho*", en la que se prioriza el siguiente tema:

- Seguridad Ciudadana.

##### **V.2 Con el Acuerdo Nacional**

El presente proyecto guarda relación estricta con la séptima política de Estado, que versa sobre la erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana, dentro de cuyos objetivos se procura:

- Consolidar políticas orientadas a prevenir, disuadir, sancionar y eliminar aquellas conductas y prácticas sociales que pongan en peligro la tranquilidad, integridad o libertad de las personas, así como la propiedad pública y privada.
- Propiciar una cultura cívica de respeto a la ley y a las normas de convivencia, sensibilizando a la ciudadanía contra la violencia y generando un marco de estabilidad social que afiance los derechos y deberes de los peruanos.



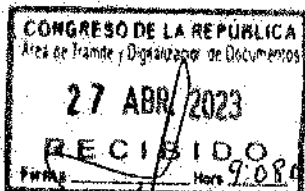


Proyecto de Ley N° 4810/2022-CR



**JOSÉ ENRIQUE JERÍ ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Gobernanza Nacional"



**PROYECTO DE LEY QUE  
INCORPORA EL DELITO DE  
INGRESO ILEGAL DE  
PERSONAS EXTRANJERAS A  
TERRITORIO NACIONAL.**

El Congresista de la República, **JOSÉ ENRIQUE JERÍ ORÉ**, integrante del grupo parlamentario **Somos Perú**, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa reconocido en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y, en concordancia con el inciso c) del artículo 22, artículo 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

#### **FÓRMULA LEGAL**

#### **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE INGRESO ILEGAL DE PERSONAS EXTRANJERAS A TERRITORIO NACIONAL.**

##### **Artículo 1.- Objeto de la Ley**

El presente proyecto de ley tiene como objeto incorporar el artículo 303-C al Código Penal, y modificar el artículo 30 del Código Penal y artículo 261 inciso 4 del Código Procesal Penal; a fin de sancionar penalmente a toda persona de nacionalidad extranjera que ingrese de forma irregular, ilegal o que evada algún control migratorio o fronterizo habilitado en el territorio nacional.

##### **Artículo 2.- Incorporar el Artículo 303-C al Código Penal**

Incorpórese el Artículo 303 - C al Código Penal, en los siguientes términos:

**"Artículo 303 - C.- Delito de ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional**

El que, infringiendo las leyes y reglamentos ingrese de forma irregular, ilegal o que evada algún control migratorio o fronterizo habilitado en el territorio nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis (6) años ni mayor de diez (10) años y con noventa a ciento ochenta días-multa".



**JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
 "Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

**Artículo 3.- Modificación del Artículo 30 del Código Penal**

Modifíquese el Artículo 30 del Código Penal, en los siguientes términos:

**Artículo 30.- Pena restrictiva de la libertad**

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso.

En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

**En el caso del delito previsto en el artículo 303-C la expulsión se ejecutará de forma inmediata.**

**Artículo 4.- Modificación del Artículo 261 inciso 4 del Código Procesal Penal**

Modifíquese el Artículo 261 inciso 4 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

**"Artículo 261º. - Detención Preliminar Judicial**

(...)

4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas e **ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional**, no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitoriados.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**PRIMERA. Vigencia y plazo de adecuación**

Las medidas dispuestas en la presente Ley rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", otorgando así noventa (90) días calendario para regularizar su situación migratoria.



Firmado digitalmente por:  
 PAZO NUNURA Jose Bernardo  
**SEGUNDA: Norma derogada**  
 Motivo: Soy el autor del documento.  
 Fecha: 26/04/2023 15:27:22-0500



Firmado digitalmente por:  
 PAZO NUNURA Jose Bernardo  
 FAU 20161740120 soft  
 Motivo: Soy el autor del documento.  
 Fecha: 26/04/2023 15:27:22-0500



Firmado digitalmente por:  
 AZURIN LOAYZA Alfredo FAU  
 20161740120 soft  
 Motivo: Soy el autor del documento  
 Fecha: 26/04/2023 15:27:22-0500

**Deróganse e modifíquense todas las normas que se opongan a la presente Ley.**

Lima, abril de 2023.



Firmado digitalmente por:  
 MEDINA MINAYA Esdras  
 Ricardo FAU 20161740120 soft  
 Motivo: Soy el autor del documento  
 Fecha: 26/04/2023 19:20:43-0500



Firmado digitalmente por:  
 JERI ORE Jose Enrique FAU  
 20161740120 soft  
 Motivo: Soy el autor del documento  
 Fecha: 26/04/2023 17:52:55-0500



Firmado digitalmente por:  
 SAAVEDRA CASTERNOQUE  
 Hitler FAU 20161740120 soft  
 Motivo: Soy el autor del documento  
 Fecha: 26/04/2023 14:23:30-0500



**JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS

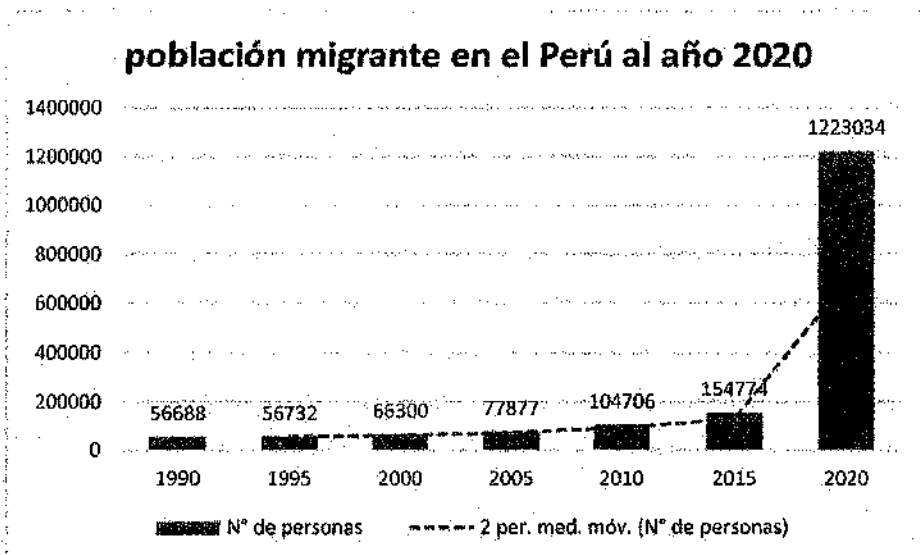
El Perú es un país con aproximadamente 33 millones de habitantes según las proyecciones del INEI, en sus estadísticas tiene previsto que para el año 2030, se estaría bordeando los 35 millones de habitantes, y para el 2040 se tendría 38 millones aproximadamente<sup>1</sup>. Estas estadísticas se verían alteradas frente al incremento de migración ilegal que se ha venido dando los últimos años a consecuencia de no tener un control migratorio adecuado.

La migración ilegal se refiere al movimiento de personas de un país a otro sin el permiso o la documentación necesarios y pueden variar según el país de origen y de destino de los migrantes, así como por la forma en que se lleva a cabo la migración, que sin un debido plan de acción puede tener consecuencias de alto impacto en efectos económicos, sociales y políticos, así también como en la seguridad ciudadana y la integridad de quien decide migrar. En contexto, puede ser peligroso en distintos aspectos puesto que al ingresar de manera desordenada también se migran las conductas y costumbres del ser humano, es por ello a la actualidad se reportan noticias sobre crimen organizado extranjero que no contaban con la calidad migratoria en regla, los cuales aprovechan las falencias del control en las fronteras para poder llevar a cabo actos delictivos en otros países.

Las cifras según la Dirección de Investigación Criminal de la PNP arroja que se tuvieron en los meses de enero a julio del 2021 aproximadamente 8500 delitos de ciudadanos extranjeros de diferentes nacionalidades<sup>2</sup>; Naciones Unidas realizó un reporte en el año 2020 sobre la migración en el Perú, que durante el año 2019, se tenía una estimación que en el Perú se estaría contando con un total de 782,169 migrantes extranjeros, los cuales estarían residiendo en el país y esto tendría un equivalente al 2.43 % de la totalidad de la población peruana y para el mes de agosto del 2020 habría un equivalente del 3.81 %, información que a la actualidad sin un censo correspondiente y sin contar con la población no registrada por los puestos de control migratorio estaríamos frente a un crecimiento desproporcionado para años futuros, tal como se puede apreciar en el gráfico 1 realizado con la información brindada por la ONU (2019).

<sup>1</sup> <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/peru-tiene-una-poblacion-de-32-millones-131-mil-400-habitantes-al-30-de-junio-del-presente-ano-11659/>

<sup>2</sup> <https://elcomercio.pe/videos/pais/extranjeros-cometieron-mas-de-7-mil-delitos-en-2021-nnav-video-latv-noticia/>



**Gráfico 1: "Población migrante en el Perú entre 1990 al 2020" (elaboración propia)**  
**Fuente: ONU (2019)**

Estas cifras no han contemplado situaciones adversas como las que se vivieron años posteriores por la crisis internacional y la pandemia del Covid-19, lo cual tendría como consecuencia un crecimiento exponencial al presente año. En mayo del 2022, el Observatorio Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elaboró un informe sobre la migración y crimen en el Perú, donde menciona la estadística de los ciudadanos extranjeros provenientes de los principales países de Latinoamérica según su calidad migratoria. (Gráfico 2)

► TABLA 3

Cantidad de ciudadanos bolivianos, colombianos, mexicanos y venezolanos en el país según situación migratoria, 2015-2021

País Nacionalidad	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total general
<b>Bolivia</b>	5533	5374	3700	3520	4295	2244	346	21475
Regulares	50	67	102	284	387	350	389	1609
Irregulares	3283	3307	3604	3264	3908	1944	557	19867
<b>Colombia</b>	2404	3055	3928	4005	10473	6245	7856	41582
Regulares	162	228	401	1211	2139	2203	3792	10136
Irregulares	2302	2827	3525	5682	8334	4662	3864	31396
<b>México</b>	490	511	639	801	979	409	291	3129
Regulares	28	36	56	99	166	143	488	997
Irregulares	462	576	681	702	812	276	423	4132
<b>Venezuela</b>	2087	2274	24122	472616	334625	127516	17705	1037257
Regulares	455	3111	34267	198521	63686	43914	18879	383033
Irregulares	1638	5163	29855	274095	250739	83902	25826	674218
<b>Total general</b>	21490	19314	12938	484006	750371	117304	67196	1120368

Fecha de actualización: al 31 de mayo de 2021.  
Fuente: Información extraída de Espo de Datos - MIGRACIONES

Grafico 2: "Calidad migratoria de ciudadanos de los principales países de Latinoamérica"

Fuente:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3116220/Migraci%C3%B3n%20y%20crimen.pdf?v=1654189945>

Otro aspecto que se ve afectado y ha sido identificado sobre la migración ilegal es la relación con el aumento delictivo cometido en el territorio nacional, a lo largo de estos años se ha podido presenciar e identificar bandas de crimen organizado conformados por extranjeros que han cometido distintos delitos, como señaló en una nota periodística de Infobae el consultor en materia de seguridad ciudadana, el señor Cesar Ortiz Anderson, presidente del APROSEC, donde indica que "en el Perú existen 3 tipos de delincuencia, la propia con la que ya el país se ha visto a lo largo de los años, la extranjera que ha ido incrementando por la migración ilegal y la mixta que esta conformada por ciudadanos peruanos y ciudadanos extranjeros los cuales se ven en la necesidad de unirse para delinquir. Por ello mismo la policía muy aparte de crear otras unidades, debe tener un plan para poder desarticular a las bandas extranjeras que en la actualidad están a la espera de controlar y liderar zonas calientes en el territorio peruano y que saben que, si son extraditados del país, pueden volver a ingresar sin ningún problema nuevamente."<sup>3</sup>

<sup>3</sup> <https://www.infobae.com/america/peru/2022/01/17/bandas-criminales-en-el-callao-como-operan-quienes-son-y-cuales-son-los-delitos-que-mas-cometen/>



## JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

En el año 2021, la policía en los meses entre enero y junio desarticuló 1762 bandas criminales como señala en el gráfico 3 y años anteriores los indicadores sobre pasan las 4 mil bandas desde el 2016 al 2020 en todo el Perú, estas estadísticas son alarmantes cuando se busca lograr una reducción de la inseguridad en el país, un análisis de LR DATA quien obtuvo información de la Dirección Nacional de Investigación Criminal (DIRINCRI) de la Policía Nacional del Perú que arrojó los siguientes datos: en el 2020, 2 personas fueron detenidos por el delito de extorsión, para el 2021 el número incrementó a 6 personas y para el año 2022 fueron 31 personas las detenidas por este delito<sup>4</sup>, claramente las proyecciones indicarían que para el 2023 se habrá superado esta data; a esto se suma los casos de asesinatos o de sicariato que se ejecutan, la División de Homicidios y la Brigada Especial de Investigación contra la Criminalidad Extranjera (BEICCE) de enero a julio del 2022 detuvo a 51 extranjeros que se dedicaban crímenes por encargo, dicha unidad también logró poder resolver 33 homicidios, 16 casos de sicariato, esclarecer 5 feminicidios y desbaratar a 3 organizaciones de criminales y 24 bandas delictivas.<sup>5</sup>

Por ende, al tener un mayor control y una sanción tipificada en el código penal como lo plantea el proyecto de ley, estaríamos contribuyendo directamente en apoyar la labor policial al tener adecuado filtro de las personas que incurran en actos delictivos que atentan contra el orden público y la integridad de las personas sea cual sea su nacionalidad, generando un ambiente tranquilo y ordenado para el desenvolvimiento correcto de todo ser humano que desee contribuir con el desarrollo del país, sin verse afectado de ser víctima de algún delito o desorden social ocasionado por la falta de regulación migratoria, como se puede apreciar en otros países desarrollados y/o en vías de desarrollo.

<sup>4</sup> <https://data.larepublica.pe/territorios-del-miedo-lima-y-la-libertad-sometidas-por-la-extorsion/>

<sup>5</sup> <https://larepublica.pe/sociedad/2022/09/04/asesinatos-en-solo-6-meses-se-registraron-mas-de-150-crimenes-por-encargo-en-lima-pnp-homicidios-crimenes-extranjeros-en-el-peru-comas-ventanilla-ate-los-cuellos-blanco-del-puerto>



Indicadores	2 016	2 017	2 018	2 019	2 020	2021 Ene - Jun
<b>I DENUNCIAS POR COMISIÓN DE DELITOS</b>						
1.1 Denuncias por comisión de delitos	355 876	389 869	486 068	446 506	328 819	85 622 <i>af</i>
Contra el patrimonio	242 653	265 219	315 542	296 760	189 656	50 776
Contra la vida, el cuerpo y la salud	44 342	50 697	49 577	44 983	33 827	9 526
Contra la seguridad pública	38 150	49 385	53 595	46 305	37 673	9 736
Contra la libertad	20 428	22 060	29 079	35 259	32 073	8 819
Otros 1/	10 303	12 608	18 295	23 201	27 490	6 665
1.2 Denuncias por vehículos robados	17 844	18 186	19 884	20 159	13 984	9 512
Vehículos recuperados	12 991	12 676	14 865	13 698	10 309	5 678
1.3 Denuncias de accidentes de tránsito	116 659	107 913	90 456	65 806	57 396	34 905 <i>bf</i>
1.4 Denuncias de trata de personas	539	725	734	509	372	277
1.5 Personas detenidas	111 233	135 636	150 573	162 503	178 312	79 829
<b>II DENUNCIAS POR COMISIÓN DE FALTAS</b>						
Denuncias por faltas	264 793	274 345	84 132	84 345	49 398	26 289 <i>cf</i>
<b>III BANDAS DESARTICULADAS</b>						
Bandas desarticuladas	4 525	4 148	5 132	4 839	3 385	1 762
<b>IV VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL</b>						
4.1 Denuncias por violencia familiar	164 488	187 270	222 376	278 322	236 704	123 843
Física	73 413	76 011	111 428	116 458	97 088	49 338
Psicológica	54 927	69 969	97 308	133 653	124 157	63 460
Otro 2/	36 148	41 290	13 640	26 211	17 459	11 137
4.2 Denuncias por violencia sexual	5 683	7 113	7 789	8 255	7 987	4 615
Hombre	395	482	527	495	488	317
Menor de 18 años	322	388	414	374	372	213
De 18 y más	73	106	113	121	114	104
Mujer	5 288	6 621	7 262	7 760	7 501	4 298
Menor de 18 años	3 768	4 488	4 641	4 902	4 624	2 741
De 18 y más	1 520	2 133	2 621	2 858	2 877	1 557

Grafico 3: "Principales indicadores de Seguridad Ciudadana"

Fuente:

[https://www.inel.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/estadisticas de criminalidad seguridad ciudadana abr-jun2021.pdf](https://www.inel.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/estadisticas_de_criminalidad_seguridad_ciudadana_abr-jun2021.pdf)

Con respecto a la expulsión de ciudadanos extranjeros que comentan delitos se encuentra tipificado en la legislación de otros países los cuales, tienen determinadas leyes en su ordenamiento jurídico se puede apreciar en el cuadro 1, cabe señalar que cada país es autónomo de sus decisiones en materia legislativa, pero respetando los DDHH basados en la temática de política migratoria.



**JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

PAÍS	LEY
México	Ley de Migración
Chile	Ley 21325, Ley de Migración y Extranjería
Bolivia	Decreto Supremo 1923, Reglamenta la Ley 370, de 8 de mayo de 2013, de Migración
Ecuador	Codificación 6, Ley de Migración
Colombia	Ley 370, Ley de Migración
España	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
Argentina	Decreto Nacional 616/2010, Decreto Reglamentario de la Ley 25.871 sobre Política Migratoria Argentina
Costa Rica	Ley 8764, Ley General de Migración y Extranjería

**CUADRO 1: "Legislación Internacional sobre la expulsión de extranjeros que cometan delitos y estén indocumentados" (elaboración propia)**

**Fuente:**

[https://www.congreso.gob.pe/carpeta tematica/2021/carpeta\\_105/?K=35580](https://www.congreso.gob.pe/carpeta tematica/2021/carpeta_105/?K=35580)

## **A) APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD**

### **1. ANÁLISIS DE IDONEIDAD**

El establecimiento de un régimen migratorio con mayor fuerza coercitiva beneficia a nuestro País en materia de Seguridad Nacional, toda vez que, en caso que un extranjero ingrese al país de manera ilegal, irregular o evada el control migratorio, al no estar registrado o empadronado causa mayor dificultad a la hora de identificarlo o hacer la búsqueda por parte de las autoridades cuando cometan actos delictivos más aun cuando en la actualidad se ha incrementado la acción criminal por parte de los extranjeros, así mismo proporciona mayor facilidad a la Policía Nacional del Perú para realizar operativos policiales a nivel Nacional.





**JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

**2. ANÁLISIS DE NECESIDAD**

No existe una medida más efectiva que la propuesta en el presente proyecto Ley. Constituir el ingreso ilegal de un extranjero a nuestro Territorio Nacional en un delito, resulta ser un medio necesario para alcanzar el objetivo, que es disminuir la criminalidad en nuestro país, además no hay otras medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin.

**3. ANÁLISIS DE PONDERACION O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO**

El grado de satisfacción del objetivo propuesto, es disminuir los actos delictivos cometidos por los extranjeros, disponiendo para ello la constitución o incorporación de un delito. Asimismo, hacer las modificaciones respectivas tanto en el Código Penal y Procesal Penal para hacer un proceso más rápido y efectivo, al no solo cumplir su condena en territorio nacional sino ser expulsado del país de forma inmediata para evitar la formación de grupos criminales dentro de los centros penitenciarios. Sin dichas medidas el objetivo no sería posible de alcanzar.

Esto demuestra que una leve intervención dentro de nuestro sistema penal, logra una un grado de satisfacción elevado a favor de todos nuestros ciudadanos en materia de Seguridad Nacional, sin transgredir ningún derecho fundamental.

**II. EL EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

El Código Penal del Perú dentro del **Capítulo IV: DELITOS CONTRA EL ORDEN MIGRATORIO**<sup>6</sup> cuenta con dos artículos, lo que se busca implementar con el presente Proyecto de ley es tener un artículo adicional que regule de manera específica el ingreso a territorio nacional de manera irregular de la siguiente manera:

<b>CAPITULO IV: DELITOS CONTRA EL ORDEN MIGRATORIO<sup>2</sup></b>	
Artículo 303-A.- Tráfico ilícito de migrantes	<i>El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí</i>

<sup>6</sup> <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

	<p><i>o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.<sup>2</sup></i></p>
<p><b>Artículo 303-B.- Formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes</b></p>	<p><i>La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:</i></p> <p><i>(....)</i></p> <p><i>2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito.</i></p> <p><i>(....)</i></p> <p><i>La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:</i></p> <p><i>(.....)</i></p> <p><i>4. El agente es parte de una organización criminal.<sup>2</sup></i></p>
<p><b>Artículo 303-C.- Delito de ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional</b></p>	<p><b>El que, infringiendo las leyes y reglamentos ingrese de forma irregular, ilegal o que evada algún control migratorio o fronterizo</b></p>

	<p>habilitado en el territorio nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis (6) años ni mayor de diez (10) años y con noventa a ciento ochenta días-multa".</p>
--	---

También se modifica el artículo 30 del Código Penal incluyendo que en caso de un delito que estuviera previsto dentro del artículo 303-C, que propone el proyecto de ley, la expulsión de la persona se efectuará de manera inmediata, esto reforzando el enfoque sobre la pena restrictiva de la libertad que es aplicada a los extranjeros que incurran en una pena privativa de la libertad o de haber recibido un beneficio penitenciario, en el artículo 4 se plantea la modificación del artículo 261 respecto a la detención preliminar judicial en el inciso 4 del CPP, añadiendo que así como se tiene la vigencia de requisitoria sobre diferentes casos tales como el espionaje, tráfico ilícito de drogas y terrorismo se incluya textualmente a estos casos, *el ingreso ilegal de personas extranjeras a territorio nacional* incidiendo que no caducarán sus órdenes de requisitoria hasta la efectiva detención del requisitoriado.

### III. ANÁLISIS – COSTO BENEFICIO:

El presente proyecto de Ley busca el control migratorio irregular dentro del territorio nacional, para lograr una reducción de empleo informal y actos que atenten contra las buenas costumbres y el orden social, por lo que no genera un gasto al presupuesto público, por el contrario, ayudará a la formalización de las personas para que puedan acceder a puestos laborales y sean contribuyentes de los impuestos establecidos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria para el desarrollo del país.

### IV. LA RELACIÓN DE LA INICIATIVA CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y POLÍTICAS DE ESTADO:

El proyecto de Ley está en concordancia con la política de estado N°6 "*Política exterior para la paz, la democracia, el desarrollo y la integración*" del Acuerdo Nacional, que señala en el punto f) que "*se impulsará políticas migratorias globales que incorporen la promoción de oportunidades laborales*", al brindarse dentro de la primera disposición complementaria final el plazo de 90 días calendarios para que los ciudadanos extranjeros puedan regularizar su situación migratoria. También con la política de estado N°18 "*Búsqueda de la competitividad, productividad y formalización de la actividad económica*" donde indica que en el punto (b) "*se garantizará un marco legal que*



**JOSÉ ENRIQUE JERI ORÉ**  
**CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

***promueva la formalización y la competitividad de la actividad económica***", esto en relación a darle una estabilidad laboral a las personas que regulando su calidad migratoria puedan acceder a empleo formal como lo estipula la Organización Internacional del Trabajo desde su fundación en 1919 respecto al tema de los trabajadores migrantes que por necesidad se desplazan a lo largo del planeta en búsqueda de oportunidades laborales en países diferentes a los de su procedencia.

## **2. Resoluciones.**

### **Resoluciones para la Unidad 1 (Delitos contra el Patrimonio):**

**- Recurso de Nulidad N° 681-2022-Lima/Sala Penal Transitoria**, de fecha 27.03.2023 (Ponente: Barrios Alvarado).

Según la Corte Suprema, en el delito de robo, la violencia o amenaza contra la víctima se orientan a lograr el apoderamiento del bien o a que se venza la resistencia si esta se opone, de tal forma que cualquier grado o intensidad de violencia (*vis in corpore*) es penalmente relevante. En el presente caso, la víctima opuso resistencia pues forcejeó con el acusado y este jaló fuertemente el celular logrando apoderarse del bien.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSACCIONALES RECURSO DE NULIDAD N. 001-2022 LIMA

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Vocal Supremo: BARRIOS ALVARADO ELVIA / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú / Fecha: 27/03/2023 14:05:47 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Vocal Supremo: BROUSSET SALAS RICARDO ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú / Fecha: 27/03/2023 13:16:00 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Vocal Supremo: CASTAÑEDA OTSU SUSANA YNES / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú / Fecha: 27/03/2023 14:45:39 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Vocal Supremo: PACHECO HUANCAS Iris Estrella / 20158881216 / Fecha: 27/03/2023 14:32:34 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Vocal Supremo: GUERRERO LOPEZ IVAN SALOMON / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú / Fecha: 27/03/2023 14:47:36 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA / Secretario De Sala Suprema: APARICIO NAVARRO AYRTON GARY / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú / Fecha: 27/03/2023 15:09:35 / Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Sumilla. El Colegiado llevó a cabo un control jurisdiccional de la conformidad y del delito imputado, considerando que los hechos se subsumían plenamente en el tipo penal de tentativa de robo agravado. En las condiciones descritas, el juicio de declaratoria de culpabilidad se basó en la aceptación expresa de la acusación fiscal por parte de los acusados.

Lima, veintisiete de marzo de dos mil veintitrés

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de los sentenciados JAVIER BULEJE BALBOA y SAMUEL BULEJE BALBOA contra la sentencia anticipada del 18 de agosto de 2021 (foja 320), expedida por la Novena Sala Penal Liquidadora, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a JAVIER BULEJE BALBOA y SAMUEL BULEJE BALBOA como autor y cómplice secundario, respectivamente, del delito contra el patrimonio-tentativa de robo agravado, en perjuicio de Jhania Milagros Juárez Povis; se les impuso siete y cinco años de pena privativa de libertad efectiva, respectivamente, y fijó en quinientos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar, en forma solidaria, a favor de la agraviada.

Intervino como ponente la jueza suprema BARRIOS ALVARADO.

CONSIDERANDO

I. AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

PRIMERO. La defensa técnica de los sentenciados JAVIER BULEJE BALBOA y SAMUEL BULEJE BALBOA fundamentó su recurso de nulidad (foja 330) y alegó, sustancialmente, los siguientes agravios:

1.1. El Tribunal realizó una indebida calificación del tipo penal y vulneró los principios de legalidad y debido proceso, por cuanto el arrebató, forcejeo y jalón del teléfono celular de la agraviada no configura el elemento normativo de "violencia o amenaza" para ser considerado como



robo agravado. Por el contrario, el hecho acusado constituye hurto agravado respecto del cual debe tenerse en cuenta su acogimiento a la conclusión anticipada del proceso, la tentativa del delito y la condición de reos primarios.

**1.2.** La violencia física a la agraviada no está acreditada con certificado médico legal.

## **II. IMPUTACIÓN FISCAL**

**SEGUNDO.** Fluye del dictamen fiscal acusatorio (fojas 241-249) que el 29 de marzo de 2014, aproximadamente a las 17:30 horas, el procesado Javier Buleje Balboa arrebató el teléfono celular de la agraviada Jhania Juárez Pavis, cuando esta se encontraba a bordo de un vehículo de transporte público, en el paradero ubicado frente a la Universidad de Lima. El mencionado encausado le arrebató de manera rápida a la agraviada el teléfono celular marca Motorola que tenía en la mano. Se produjo entre ambos un forcejeo, hasta que finalmente el acusado logró apoderarse del mismo y se bajó del vehículo. Tras su huida, el encausado fue intervenido por Luis Vásquez Castillo, personal de Serenazgo, y se halló en poder del acusado el teléfono celular de la agraviada.

Asimismo, se atribuye que el hecho fue cometido en complicidad secundaria con su coprocesado Samuel Buleje Balboa, quien se encontraba estacionado en el corredor central, debajo del puente a cuatro metros del paradero, quien al percatarse de la presencia policial trató de darse a la fuga, no sin antes buscar con la mirada a su coprocesado Javier Buleje Balboa, quien corría hacia el lugar donde se encontraba el vehículo. El encausado Samuel Buleje Balboa fue intervenido por inmediaciones del óvalo Los Cóndores, en el distrito de La Molina.

## **III. ANÁLISIS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL**

**TERCERO.** Cabe resaltar que los acusados **JAVIER BULEJE BALBOA** y **SAMUEL BULEJE BALBOA**, en juicio oral (véase actas de audiencia de fechas 16 y 18 de agosto de





2021, fojas 319 y 324), se acogieron a los alcances del artículo 5 de la Ley N.º 28122 (Conclusión Anticipada de Juicio Oral) y aceptaron los hechos objetos de imputación concretados en la acusación fiscal por el delito de tentativa de robo agravado. Además, la defensa técnica manifestó conformidad con lo expuesto por los encausados y limitó sus alegatos al extremo de la pena a imponer y la reparación civil.

En consecuencia, con la conformidad procesal de los acusados queda fijado el elemento fáctico de la sentencia y su respectiva calificación jurídica, es decir, se tiene por acreditada la materialidad del delito de tentativa de robo agravado que se les atribuyó, así como su responsabilidad penal.

**CUARTO.** En el presente caso, la defensa técnica de los acusados cuestiona que el Colegiado realizó una indebida calificación del tipo penal, por cuanto considera que el arrebató, forcejeo y jalón del teléfono celular de la agraviada no configura (ni se acreditó) el elemento normativo de "violencia o amenaza"; en consecuencia, para la defensa técnica, el hecho acusado constituye hurto agravado. Al respecto, cabe precisar que la sentencia de condena emitida contra los acusados es consecuencia del allanamiento (aceptación o conformidad) libre y voluntario de los acusados a los cargos formulados por el representante del Ministerio Público, adecuados o calificados legalmente como tentativa de robo agravado, tanto es así que la defensa técnica, en su oportunidad, no cuestionó la calificación jurídica, sino únicamente alegó respecto de la pena y la reparación civil.

En efecto, admitidos los hechos, estos se dan por probados. En el delito de robo, la violencia o amenaza contra la víctima se orientan a lograr el apoderamiento del bien o a que se venza la resistencia si esta se opone; conforme lo señala la jurisprudencia, cualquier grado o intensidad de violencia (*vis in corpore*) es penalmente relevante. En el presente, la descripción del suceso típico señala que la víctima opuso resistencia, pues empezó a forcejear con el acusado Javier Buleje Balboa y este jaló



fuertemente logrando apoderarse del bien, lo que conlleva a que se usó un medio violento para el dominio del bien, de ahí que el agravio a que ese hecho constituye hurto no es de recibo.

Cabe precisarse que el Colegiado llevó a cabo un control jurisdiccional de la conformidad y del delito imputado, y consideró que los hechos se subsumen plenamente en el tipo penal de tentativa de robo agravado. En las condiciones descritas, el juicio de declaratoria de culpabilidad se basó en la aceptación expresa de la acusación fiscal por parte de los acusados; por lo tanto, el cuestionamiento a una indebida calificación del tipo o no acreditación del elemento objetivo de violencia o amenaza, por lo señalado, no es admisible.

#### **Con respecto a las penas impuestas**

**QUINTO.** En cuanto a la determinación judicial de la pena impuesta a cada uno de los acusados por parte de la Sala Penal, cabe señalar que el robo con circunstancias específicas agravantes –en el caso concreto, los incisos 4 (con el concurso de dos o más personas) y 5 (en cualquier medio de locomoción de transporte público de pasajeros) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal; concordante con el artículo 188 del Código sustantivo– es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de 12 ni mayor de 20 años. Asimismo, en la sentencia recurrida se tiene lo siguiente:

**5.1.** En el caso del acusado Javier Buleje Balboa, en su calidad de autor del mencionado ilícito penal, consideramos correcta la imposición de siete años de pena privativa de libertad por parte de la Sala Superior, puesto que se consideró el grado imperfecto de ejecución del delito (tentativa) como causal de disminución de punibilidad, sus condiciones personales y la carencia de antecedentes penales (foja 278), así como el beneficio por reducción por bonificación procesal por conclusión anticipada de juicio. En consecuencia, no hay nulidad en este extremo de la sentencia recurrida respecto del mencionado acusado.



5.2. En cuanto al acusado Samuel Buleje Balboa, se le impuso cinco años de pena privativa de libertad efectiva, en atención a la concurrencia de una causal de disminución de punibilidad (tentativa), sus condiciones personales y, finalmente, la aplicación del beneficio de reducción por bonificación procesal (por su acogimiento a la conclusión anticipada del proceso). Sin embargo, se aprecia en la sentencia recurrida que en la determinación de su pena no se consideró de manera expresa la causal de disminución de punibilidad referida a la complicidad secundaria (menor grado de intervención delictiva del mencionado acusado), prevista en el artículo 25 del Código Penal que consagra, en su parte pertinente, lo siguiente: "A los que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena", por lo que este Supremo Tribunal procederá a una reducción proporcional de un año de la pena concreta impuesta, con lo cual se obtiene una pena final de cuatro años de pena privativa de libertad. Asimismo, en atención a la carencia de antecedentes penales (foja 277) y su edad al momento de la comisión del ilícito penal (21 años), esta pena final se convierte en doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, pena prevista en el inciso 1 del artículo 31 del Código Penal, concordado con los artículos 34 y 52 del citado Código. En consecuencia, se reforma este extremo de la sentencia respecto del citado acusado.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia anticipada del 18 de agosto de 2021, expedida por la Novena Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que condenó a **JAVIER BULEJE BALBOA** como autor del delito contra el patrimonio-tentativa de robo agravado, en perjuicio de Jhania Milagros Juárez Pavis; y se le impuso siete años de pena privativa de libertad efectiva y fijó el monto de quinientos soles por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria a favor de la agraviada.



- II. NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia anticipada, en el extremo que condenó a **SAMUEL BULEJE BALBOA** como cómplice secundario del delito contra el patrimonio-tentativa de robo agravado, en perjuicio de Jhania Milagros Juárez Povis.
- III. HABER NULIDAD** en la referida sentencia anticipada, en el extremo que impuso a **SAMUEL BULEJE BALBOA** cinco años de pena privativa de libertad; y, **REFORMÁNDOLA**, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, la que se convierte en doscientas ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, bajo apercibimiento de revocarle la conversión de la pena y hacerla efectiva.
- IV. ORDENAR QUE SE LEVANTEN las órdenes de captura** emitidas en contra de **SAMUEL BULEJE BALBOA**, para lo cual deberán cursar los oficios respectivos.
- V. MANDARON** que se devuelvan los actuados al tribunal superior de origen para los fines pertinentes, se haga saber a las partes apersonadas en esta suprema instancia y se archive el cuadernillo.

**S. S.**

**BARRIOS ALVARADO**

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

EBA/jhp

- **Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2938/2022**, de fecha 11.07.2022 (Procedencia: Recurso de Casación N° 3145/2020).

Para imputar el delito de estafa, el comportamiento del sujeto activo ha de crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad requiere utilizar de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento ya que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa.



Roj: **STS 2938/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2938**

Id Cendoj: **28079120012022100693**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2022**

Nº de Recurso: **3145/2020**

Nº de Resolución: **706/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3924/2020,  
STS 2938/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 706/2022**

Fecha de sentencia: 11/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3145/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 23

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3145/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 706/2022**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3145/2020 interpuesto por Felicísimo y de la mercantil **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS JNA, S.L.**, representados por el procurador Sr. D. Luis Pidal Allendesalazar, bajo la dirección letrada de D.ª Alicia Contreras López contra la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2020, dictada por la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenó por un delito de estafa agravada en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil. Ha sido parte recurrida Gabriel representado por el procurador D. Ignacio Gómez Gallegos y bajo la dirección letrada de D. Jorge González Lage. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 31 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado nº 8055/2011, contra Felicísimo. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) que con fecha 19 de febrero de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Es acusado Felicísimo, con D.N.I. NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales a la fecha de comisión de los presentes hechos.

El acusado era apoderado, administrador de hecho, y titular real de la mercantil Construcciones y Servicios JNA SL, con CIF B- 85700367 y domicilio social en la calle Emilia Ballester nº 30 de Madrid de la que aparecía formalmente como administradora única su madre Sagrario.

La mercantil Construcciones y Servicios JNA SL dedicada a pequeñas obras de construcción mantuvo sucesivos contactos profesionales con la empresa ARBEA Instalaciones SL dedicada a instalaciones eléctricas, empresa para la que realizó diversos trabajos auxiliares.

Arbea Instalaciones SL con C.I.F. B-85225134 y domicilio social en la calle Valencia 4, 3º de Getafe la componían tres socios, Gabriel, Leon y Lucas.

A su vez, ocultándose a sus socios en Arbea, Gabriel había formado con el acusado Felicísimo la mercantil (SICOM Madrid SIJ). Gabriel se deshizo de su participación en el mes de junio al poco tiempo de conocer las irregularidades cometidas por el acusado.

En fecha no determinada, pero en todo caso anterior al mes de julio de 2011, el acusado Felicísimo, aprovechando que había efectuado con anterioridad trabajos para Arbea Instalaciones SL y la confianza que ello generaba, acuciado por problemas de liquidez y con ánimo de obtener un inmediato beneficio económico, procedió a confeccionar ocho letras de cambio en las que figurando él como librado, y como beneficiaria Construcciones y Servicios JNA SL, imitó en el apartado del acepto las firmas de los administradores mancomunados de la mercantil Arbea Instalaciones S.L., Gabriel y Leon, presentándolas al descuento en la oficina del Banco Popular Español SA agencia 0248 donde su empresa tenía concedida una línea de descuento, siéndole abonado el importe previo descuento del porcentaje correspondiente.

Los efectos cambiarios son los siguientes

Letra NUM001 con fecha de libramiento 10-03-2011, por importe de 19.622,45 euros y vencimiento el 15-09-11

Letra NUM002 con fecha de libramiento 25-03-2011, por importe de 24.696,10 euros y vencimiento el 15-10-11

Letra NUM003 con fecha de libramiento 15-05-2011 por importe de 22.851,17 euros y vencimiento el 25-10-11

Letra NUM004 con fecha de libramiento 05-04-2011, por importe de 22.785,17 euros y vencimiento el 10-11-11

Letra NUM005 con fecha de libramiento 15-05-2011, por importe de 9.986,92 euros y vencimiento el 25-11-11

Letra NUM006 con fecha de libramiento 15-05-2011, por importe de 7.996,15 euros y vencimiento el 30-11-11

Letra NUM007 con fecha de libramiento 20-04-2011, por importe de 23.175,40 euros y vencimiento el 15-12-11

Letra NUM008 con fecha de libramiento 25-04-2011, por importe de 11.765 euros y vencimiento el 15-12-11

El importe total, s.e.u.o., ascienda a 142.878,36 euros. Los dos primeros efectos, por importe global de 44.318,55€ fueron atendidos a su presentación al cobro, al parecer, por entregas efectuadas por el acusado, y el resto se encuentran en poder del Banco Popular quien ante la imposibilidad de hacer frente por parte de la mercantil de Arbea Instalaciones SL la incluyó en los registros de morosos con el cierre de todas las líneas de crédito.





Las diligencias previas se incoaron en el año 2011 y no se ha pronunciado sentencia hasta febrero 2020. La confección de la pericial judicial inicial se demoró casi año y medio, siendo precisos tres requerimientos al perito. La confección de un nuevo informe pericial por la Brigada de Policía Científica invirtió casi otro año más".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado en esta causa Felicísimo como autor responsable de un delito de estafa agravada en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular, ya definido, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal atenuantes de reparación parcial del daño y dilaciones indebidas, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **SIETE MESES DE MULTA**, con cuota diaria de diez euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, así como al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular ejercida por Gabriel .

En concepto de responsabilidad civil el condenado Felicísimo deberá abonar la cantidad de 142.878,36 euros, de la que serán beneficiarios el Banco Popular, o entidad que le sustituya legalmente en la cantidad de 98.559,81€, y a Arbea instalaciones SL en la de 44.318,55€, más interés legales correspondientes. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Construcciones y Servicios JNA SL

Requíerese al condenado Felicísimo de pago de las responsabilidades pecuniarias impuestas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, que deberán anunciar en el plazo de cinco días contados desde la última notificación".

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente róllo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Felicísimo .

**Motivo primero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º LECrim., por aplicación indebida del art. 248 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º LECrim., por aplicación indebida de los arts. 248; 390, 1 y 392 CP en relación con los arts. 77 y 66 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, **apoyando el tercer motivo del recurso** e impugnando todos los demás; la representación legal de Gabriel impugnó todos los motivos del recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de junio de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo busca el abrigo del art. 849.1º LECrim, denunciando aplicación indebida del art. 248 CP que tipifica el delito de estafa, imposible de construir a partir del hecho probado -se alega- porque faltan varios de sus elementos típicos: la suficiencia del engaño, la vinculación causal con el mismo del error producido, así como la realidad de un perjuicio patrimonial.

La exposición que contiene el escrito de formalización de los elementos del delito de estafa, sintética, didáctica (no desdice nada del desarrollo que podría contener un buen manual básico de derecho penal) e ilustrada con referencias doctrinales y opiniones de cualificados autores, es de agradecer. Nada podemos objetar a la misma, aunque, lógicamente, podría enriquecerse con matices u otras tesis de cualificados penalistas que sirven de aval o, en otros casos, de contrapunto, a las que explica con claridad el escrito de recurso.

Tras esas iniciales enseñanzas, a las que se destinan diez bien aprovechadas páginas, y cuando se aterriza ya en el asunto específico, la argumentación, en cambio, pierde cualquier consistencia. Veamos.

Primeramente, se vierte una afirmación un tanto osada: crítica que se haya apreciado *engaño* derivándolo del mero dato de la falsificación de la firma de los aceptantes de ocho letras de cambio (!). ¡Pero si la esencia de una falsificación es engañar!: hacer pasar por auténtico lo que no lo es. Todas las falsificaciones -salvo casos exóticos- se efectúan para engañar. En este caso, para hacer creer que las letras de cambio estaban aceptadas



por una empresa, con la que se habían realizado antes otros negocios, y, por tanto, fingir que respondían a operaciones económicas reales que generadoras de un crédito en favor del descontante por su importe y, en consecuencia, se estaban entendiendo con una empresa solvente, que ofrecía la apariencia de *marchar bien* lo que vendría respaldado por lo que representan esas cambiales.

Aducir que el engaño no puede ser considerado *bastante* porque con un mínimo de diligencia la entidad bancaria habría podido comprobar la falsedad de las firmas, y que, por tanto, el error es fruto no tanto del engaño burdo, sino de la indiligencia del Banco, es un exceso argumentativo inasumible y rechazado reiteradamente por la jurisprudencia, con excepción de un viejo precedente con perfiles sustancialmente diferentes (abono de un cheque con una firma sin parecido alguno a la auténtica) y, además, cuestionado implícita o explícitamente por jurisprudencia posterior. Establecer esos exagerados estándares de cautela en el tráfico mercantil, por debajo de los cuales se perdería la tutela penal, conduciría a una indeseable parálisis de la vida negocial y económica que ha de edificarse sobre la confianza y no sobre una sistemática desconfianza que obligaría a cuestionar, de entrada y por principio, la autenticidad de todo documento. Es esa confianza lo que se busca fomentar con la represión de delitos como la falsedad o la estafa. Si se abandonase todo a la autoprotección, cada negocio, cada transacción, estaría precisada de una ardua tarea previa de investigación para evitar ser defraudado patrimonialmente en resultado del que además se situaría como responsable al propio estafado, obligado a contemplar un veredicto favorable a quien se benefició del engaño generado.

Ni es asumible esa tesis. Ni la ha asumido esta Sala -antes bien la ha desmentido en multitud de ocasiones-, ni el viejo debate sobre las estafas nacidas al hilo de operaciones de descuento de letras vacías ha llegado nunca al punto de cuestionar que el descuento de unas cambiales falsificadas pueda escapar del ámbito del art. 248 CP por razones de ese tipo.

Presentar al descuento unas letras de cambio en las que se ha falsificado la firma del aceptante, y situar posteriormente la responsabilidad en la indiligencia, indolencia y escasa profesionalidad de la entidad bancaria excede de lo razonable, aunque sea alegato justificado por el derecho de defensa.

No queremos decir que la falsificación fuese muy difícil de detectar. Quizás no, si se contaba con elementos de comparación. Lo que queremos decir es que no puede exigirse a un banco que en toda operación de descuento verifique de forma más o menos eficaz la legitimidad de cada una de las firmas que aparece en cada documento, máxime cuando la operación se realiza en un contexto en el que ya había surgido una relación de cierta confianza: operaciones similares anteriores habían resultado reales y se habían atendido los pagos.

El tipo de argumentación que desarrolla el recurrente significa -discúlpese la imagen hiperbólica- algo así como negar el delito de robo con intimidación en un banco porque el vigilante de seguridad no tuvo la agudeza necesaria para detectar que la pistola era de juguete, y, por tanto, era una intimidación fingida, convirtiéndose con su negligencia en el responsable del atraco. La sustracción de fondos sería -y parafraseamos a un clásico penalista- consecuencia no tanto de la intimidación, no *bastante*, sino de la negligencia del vigilante poco sagaz.

Sonroja seguir argumentando sobre ello e incluso referirse a algún antecedente de esta Sala: sobran. No obstante para no ofrecer una imagen que podría interpretarse como *displicente* frente a lo que, en el fondo y en la forma, constituye legítimo ejercicio del derecho de defensa (no siempre es fácil -aquí es muy difícil- armar un cierto aparataje jurídico para combatir unos hechos tozudos y claros), abriremos fundamento jurídico nuevo para evocar alguno. Lo hacemos de la mano de la STS 209/2018, de tres de mayo. Podrían elegirse muchas otras. La acusación particular en su impugnación invoca otras que contemplan supuestos en esencia iguales al presente ( SSTS 1777/2014 y 146/2005, de 7 de febrero).

**SEGUNDO.**- Extraemos algunos párrafos de esa sentencia (209/2018) y de otras las que se remite la misma.

"...la aptitud de las operaciones de descuento para dar vida a un delito de estafa si se cubren todos los elementos de esta tipicidad es tema clásico. La jurisprudencia lo ha analizado en muchas ocasiones. Tanto la sentencia como el documentadísimo dictamen del Fiscal así como el igualmente bien elaborado informe impugnatorio de la acusación dan buena cuenta de esa nutrida doctrina jurisprudencial con abundantes citas y transcripciones que ahora nos contentamos con dar por reproducidas.

Ciertamente no toda operación de descuento que acaba en un perjuicio para el banco es estafa. Tampoco puede afirmarse con carácter general que el uso de letras financieras o no comerciales (el matiz de que estamos ante facturas y no letras es importante como veremos) arrastra al art. 248 CP. Es verdad que las entidades bancarias se fijan en ocasiones en exclusiva en la solvencia del librador por cuanto es el único firmante del documento. Ahora bien, cuando se empieza funcionando con letras reales para posteriormente, ante la peor racha del negocio se introducen letras financieras escondiendo su carácter no comercial y simulando así que el negocio real mantiene su marcha próspera; o se usan facturas ficticias dando a entender

que obedecen a operaciones y deudas reales pendientes de ser abonadas, transmitiendo así el mensaje de que estamos ante un negocio próspero, no pueden imponerse al personal del banco habilitado para autorizar ese tipo de operaciones unas tareas de indagación que vayan más allá de lo lógico o asumible en el tráfico mercantil donde han de imperar unos ciertos márgenes de confianza..".

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 de febrero de 2006 refrenda la idoneidad del descuento bancario para convertirse en mecanismo defraudatorio ( STS 39/2007, de 15 de enero). "Quien pactó ese sistema decidido a cumplir y lo hace puntualmente -retomamos la literalidad de la STS 209/2018- pero cuando el curso de su empresa varía y aparecen condiciones que le sitúan en la imposibilidad de atender sus obligaciones, cae en la tentación de ocultar esos datos y continuar aprovechando ese crédito, cebando la apariencia de normalidad mediante la presentación de nuevos efectos, defrauda. El previo cumplimiento se convierte en un elemento contextual del engaño que no es puramente omisivo, sino expresión de un acto concluyente.

"La intención de cumplir y afrontar las obligaciones contractuales en la actividad empresarial -y traemos a colación otra vez un pasaje de la citada STS 852/2014- puede estar claramente presente al principio e ir enturbiándose en el curso del tiempo dando paso progresivamente y no de forma instantánea, primero a una poco prudente continuación de una actividad cuyo porvenir por razones económicas se torna incierto; y luego ya a un dolo eventual en que la probabilidad de no poder atender las propias obligaciones es percibida como riesgo muy elevado. Si, pese a ello y con indiferencia a los previsibles resultados perjudiciales para terceros, se prosigue en una huida hacia delante impregnada ya de una actitud interna cuyo encaje penal es el dolo, podremos identificar un delito de estafa".

**TERCERO.**- Analizando una estafa a través, también de descuentos bancarios, dirá la STS 319/2013, de 3 de abril,

"Precisamente el hecho de que esos pagarés se presenten al descuento en un contexto de relaciones financieras con el banco con quien conocidamente mantenía operaciones comerciales con la empresa que simuladamente se hacía aparecer como deudora (Siemens) otorga a la maniobra todos los ingredientes para ser considerada apta a los efectos de constituir el engaño "bastante" que reclama el tipo penal.

**En ese marco ni había razones para desconfiar, ni era exigible que la entidad bancaria iniciase unas averiguaciones que de tener que emprender en todos los casos similares paralizarían y lastrarían su actividad. En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza, que una forzada atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no puede entorpecer, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal.**

**La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo ( sentencia 1285/1998, de 29 de octubre ) resulta por eso inaplicable al supuesto ahora contemplado.**

Una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica) y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas mínimas dosis de confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción".

A partir de ahí la sentencia citada hace un repaso de precedentes que insistirán en esa idea matriz:

"Recordemos al hilo de algunas citas jurisprudenciales las pautas en las que se mueve esta Sala Segunda al interpretar la necesidad de que el engaño sea "bastante", lo que en términos plásticos ya apuntaba un clásico tratadista ("no hay estafa cuando el error más que del engaño procede de la estúpida credulidad del sujeto pasivo").

La STS 271/2010, de 30 de enero contiene una extensa y precisa panorámica de la evolución e hitos de esa doctrina: "Se añade -expone refiriéndose al art. 248 CP- que el engaño sea bastante para producir error en otro ( STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan ( STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la insidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparenta la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo – SSTS 11169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6–, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual ( SSTS. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto ( SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003)...

...Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiéndose aplicable el principio de autoresponsabilidad, en virtud del cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en sí mismo, sino por su censurable abandono y ambición, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad



inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa".

Otro buen exponente de los nada infrecuentes pronunciamientos que recrean esta cuestión viene representado por la STS 567/2007, de 20 de junio:

"En nuestra reciente sentencia de 3 de mayo de 2007 tras examinar el estado de la cuestión en lo relativo a la exigencia de **idoneidad** en el engaño concluimos que "todo engaño que produce error en otro es bastante." Pero también advertimos de que, debiendo el engaño ser la **causa** del error, tal requisito no se satisface "...cuando junto con el error concurren otras "causas" que contribuyen a la falsa representación del sujeto pasivo, en





especial, las que ponen de relieve la falta de **autoprotección** de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas cautelas para salvaguardar la integridad de su patrimonio...."

Y en las de SSTS 320/2007 de 20 de abril y muy extensamente en la 368/2007 de 9 de mayo también dijimos: "...no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un **plano normativo y no meramente ontológico**, que el **perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa**, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado..."

Desde ese punto de partida se llega a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento y a exigir que "el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones posteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error..."

Pero, y ello interesa particularmente en este caso, la relevancia del alcance de la protección de la norma en la imputación objetiva, la convierte en criterio esencial para delimitar el ámbito típico de la estafa. Lo que, como dijimos en esta sentencia, conduce a la obligada valoración de los **deberes de autoprotección de la víctima**, cuyo incumplimiento excluye la conducta del agente del ámbito del tipo objetivo de la estafa..."

Muy recientemente la STS 243/2012, de 30 de marzo contiene una oportuna llamada para evitar una deformante expansión de esos principios que privasen de protección penal precisamente a quienes que más pueden necesitarla. Se lee en esa sentencia:

"Como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, **valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.**

...En esta alegación de la parte recurrente y beneficiaria del desplazamiento patrimonial subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a la propia víctima, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberle permitido superar el engaño que el propio recurrente generó.

Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente, como se recordaba en la reciente sentencia de esta Sala núm. 162/2012, de 15 de marzo, que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por **un engaño burdo** o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de auto responsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque **una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño**".

Ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, como se señala en la citada sentencia





núm. 162/2012, de 15 de marzo, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, **exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.**

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, y se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa".

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

**CUARTO.-** Pasa a continuación el recurrente a cuestionar la producción de un perjuicio en argumento que supera en ingenio al anterior. No se vea en este comentario preliminar el más mínimo asomo de ironía: es función de la defensa apurar todas las rendijas, también de orden jurídico, que puede descubrir para tratar de desmontar una condena. Desde esa óptica, es elogiable esa capacidad de abrir supuestas brechas de or



jurídico en una tipicidad aplicada de forma tan correcta que se erige en un muro contra el que se estrellará todo intento de cuartearla.

Se admite que las cambiales fueron descontadas; se admite que el dinero pasó a engrosar el patrimonio del recurrente y su mercantil; se admite que solo fueron abonadas dos de las ocho cambiales. Y, sin embargo, se niega que el Banco hubiera sufrido un perjuicio.

No depende el perjuicio de la mayor o menor vehemencia en reclamar su reparación. Es compatible con la resignada pasividad de quien, sintiéndose perjudicado, desiste de emplearse en reclamar inútilmente una deuda que duda que se vaya a abonar, por considerar un desgaste ineficaz cualquier acción en esa dirección. Pero "perjuicio" lo hay desde el momento en que quedaron impagados los efectos. Que después se zanje la deuda, o se llegue a pactos, o se dé por incobrable, o incluso se abone íntegramente lo debido con sus intereses, no elimina el perjuicio. Solo podrá afectar a la responsabilidad civil.

Asiste la razón a la acusación que actúa como parte recurrida cuando sostiene que, en último término, la argumentación acaba por contradecir el hecho probado (art. 884.3º)

Cosa diferente es que se detecte un error al establecerse una indemnización en favor de Arbea Instalaciones. Pero eso es objeto de otro motivo, aquí tan solo anunciado.

**QUINTO.-** Negar el ánimo de lucro, lo que se constituye el siguiente eslabón de la cadena de razonamientos enlazados para negar la tipicidad de estafa, es igualmente argumento de extrema fragilidad y fácilmente desmontable.

Se dice que existía propósito de abonar las letras de cambio.

Baste a estos efectos recordar como en la estafa el dolo antecedente exigible queda cubierto con su versión eventual. La esperanza, no fundada en motivos mínimamente razonables, de poder atender a los pagos no excluye un dolo, concebido como la indiferencia hacia un resultado que se percibe como probable: *aunque no pueda afrontar los pagos, lo que preferiría, no desisto de la acción engañosa que me va a suponer una importante inyección económica.*

Tener conciencia de la alta probabilidad de no poder cumplir y, pese a ello, actuar con indolencia hacia ese desenlace, desplazando injusta y delictivamente el temerario riesgo de una actividad empresarial hacia la entidad bancaria financiadora constituye dolo eventual.

apoya esa conclusión un fragmento breve de la STS 852/2014 de 2 de enero de 2015:

"Basta a estos efectos -hay que recordar- con el dolo eventual. Incluso, un dolo eventual que, ausente inicialmente, ha podido ir emergiendo progresivamente en el desarrollo de una actividad comercial. Tal modalidad de dolo lleva al defraudador a persistir en su actividad para enriquecerse pese a ser consciente de la insolvencia y la consiguiente imposibilidad de atender a compromisos que se siguen contrayendo irresponsable, frívola o alegremente para incrementar su patrimonio o para disminuir su pasivo.

El dolo no solamente se satisface con un dolo directo de primer grado. También se colma el tipo subjetivo de la estafa con el dolo eventual..."

El recurrente considera que la prueba practicada no es suficiente para inferir con rotundidad esa intencionalidad previa esencial en una estafa y piedra de toque para discriminar entre un ilícito civil -incluso doloso- y los llamados -con expresión más o menos afortunada pero que ha cristalizado en la práctica- *negocios jurídicos criminalizados*. El dolo antecedente es requisito *sine qua non* de estos.

El dolo no solamente se satisface con un dolo directo de primer grado: el acusado ni siquiera tiene en mente atender los pagos. También se colma el tipo subjetivo de la estafa con el dolo eventual. En un plano gráfico de pensamiento supone en el acusado la siguiente reflexión: *prefiero no privarme de la financiación que me reporta el descuento de estas letras falsificadas aun a sabiendas de que será difícil cumplir y en la esperanza remota de que en un futuro pueda arreglarse la situación* ( STS 691/2013, de 3 de julio antes citada).

**SEXTO.-** El motivo segundo cuestiona la relación medial entre la falsedad en documento mercantil y la estafa: se trataría de un concurso aparente de normas penales.

Es tan reiterada la jurisprudencia que cataloga como concurso medial esa asociación delictiva que ni siquiera parece necesario mencionar precedentes. Abrir cualquier base de datos jurisprudencial y teclear dentro del apartado dedicado al derecho penal las locuciones "documento mercantil" "falsedad", "estafa" y "concurso" hará aparecer en la pantalla un largo listado de sentencias estableciendo esa tesis y completando el cuarteto terminológico con su inevitable quinto complemento: "medial". El listado seguramente obligará, para llegar al final, a pasar varias pantallas. Cabe un engaño sin previa falsedad en documento mercantil. Por tanto, cuando



para la defraudación se utiliza un documento falsificado (el delito de falsedad en documento mercantil no exige propósito defraudatorio, ni perjuicio de tercero) estaremos ante dos delitos que por disposición del art. 77 CP pueden ser castigados conjuntamente.

Eludimos la transcripción de algunos precedentes para no seguir *engordando* artificial e innecesariamente este texto judicial. Baste ahora evocar el atinadamente apuntado por la acusación particular: STS 192/2019, de 9 de abril. Es solo una muestra, bien elegida, entre centenares.

Insistir, como en algún momento del razonamiento se insinúa, en que no había relación instrumental nos llevaría a las reglas de concurso real que determinarían una penalidad probablemente superior. No conviene al recurrente esa línea argumental.

**SÉPTIMO.-** Aunque por un camino procesal equivocado (art. 849.2º), la siguiente queja (motivo tercero) encierra una pretensión en la que acompaña la razón al recurrente. Ha sido objeto de apoyo por el Ministerio Fiscal: no procede la indemnización a la entidad que ejerce la acusación particular por las dos primeras cambiales abonadas en tanto, según el hecho probado (lo que nos remite al art. 849.1º), fueron abonadas probablemente por el librador, es decir por la empresa del recurrente. Esa indemnización es equivocada y ha de ser suprimida.

La indemnización fijada en favor de la entidad bancaria sí tiene fundamento: alegar ausencia total de prueba del perjuicio es afirmación retórica insostenible. La prueba está en que las cambiales se descontaron y no se han abonado. Si el acusado las hubiese abonado, hubiese aportado la correspondiente documentación. Decir que no hay prueba de su impago porque el banco no se ha preocupado de demostrar ¡que no se han pagado!; o porque no se ha personado, es falaz.

Es responsabilidad civil nacida de delito con un plazo de prescripción que no solo ha quedado interrumpido, sino que, además, no coincide con el de la acción cambiaria (arts. 1089 y ss CCivil).

Igualmente si hubiese existido un pacto de novación de la deuda o refinanciación sería el acusado quien debiera demostrarlo: estamos ante cuestiones civiles en que la presunción de inocencia no juega.

No obstante, acogiendo en este punto el argumento de la representante del Ministerio Público, al fijar la Audiencia esa indemnización en favor de la entidad bancaria entra en contradicción con el principio de rogación, en tanto no existió una concreta solicitud con ese contenido.

La entidad bancaria no fue parte.

El Ministerio Fiscal solicitó la indemnización para la parte constituida como acusación particular. El Tribunal, en cambio, de forma desajustada, la establece en el monto correspondiente en favor del Banco apartándose así de lo que se le pedía.

En ese punto también ha de ser estimado el motivo, lo que no obsta a que el Banco pueda reclamar en la correspondiente vía jurisdiccional al quedar ese tema imprejuizado.

**OCTAVO.-** Un cuarto motivo invoca la presunción de inocencia.

Tenemos unas cambiales con firmas falsificadas. Lo acredita no solo la prueba testifical, sino, sobre todo, la pericial.

Esas letras fueron descontadas en el banco, que abonó las cantidades correspondientes. No lo niega el acusado. Además, se acredita mediante prueba documental.

Buena parte de las letras resultaron impagadas: tampoco lo niega el acusado.

Una deducción simplísima, a la que no ha intentado oponerse alternativa alguna razonable, lleva a considerar que el acusado, que fue quien se benefició, junto con la empresa que gestionaba, del descuento de las letras, no pudo ser ajeno a su falsificación, la realizase él personalmente (lo que está avalado por una pericial) o no (según sostiene otra pericial cuyo poder convictivo ha sido cuestionado por el Tribunal). Pero aunque diésemos pábulo a alguna duda sobre esa conclusión pericial (duda que la Sala no tuvo y que resulta por ello implanteable en casación), la prueba de la intervención en la falsificación (que no es delito de propia mano) surge del concluyente contexto indiciario expuesto.

A ello hay que añadir la grabación que el recurrente se esfuerza por impugnar. No hay razones para expulsarla del acervo probatorio, pero, en cualquier caso, sería absolutamente prescindible a efectos de sostener la condena.

Por lo demás el motivo vuelve con temas ya desarrollados anteriormente y refutados sobradamente.

**El motivo decae.**





**NOVENO.-** La estimación parcial del recurso conduce a la consiguiente declaración de oficio de las costas ( arts 901 LECrim).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por Felicísimo y de la **Mercantil CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS JNA, S.L.**, contra la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2020, dictada por la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenó por un delito de estafa agravada en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil, por estimación del motivo tercero de su recurso; casándose y anulando la Sentencia de dicha Audiencia.

**2.- Declarar de oficio las costas** de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 3145/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), y que fue seguida por delito de estafa agravada en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil contra Felicísimo en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Es preciso suprimir los pronunciamientos sobre responsabilidad civil efectuados por las razones consignadas en la sentencia anterior.





**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Suprimir las indemnizaciones fijadas como responsabilidad civil, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

REPOSICIÓN DE FOLIOS





**Resolución para la Unidad 2 (Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios):**

**- Casación N° 670-2021-Puno/Sala Penal Permanente, de fecha 21.02.2023 (Ponente: Carbajal Chávez).**

El protesto o constancia del banco impreso en el cheque es un requisito de procedibilidad, su inexistencia por errores o por cualquier otro accionar atribuible a la entidad bancaria, o su existencia defectuosa, no perjudica al beneficiario y no impide, por ende, su subsanación o prueba a través de otro medio, pues finalmente el protesto o constancia es un medio de prueba que sirve para demostrar que el tenedor ha hecho su presentación o requerimiento del pago del título valor ante la entidad bancaria y este ha sido denegado.





CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N.º 670-20  
PUNO

SEDE PALACIO DE JUSTICIA  
Vocal Supremo: CARBAJAL CHÁVEZ NORMA  
BEATRIZ / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú  
Fecha: 24/02/2023 11:00:17 Razón: RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA  
LIMA, FIRMA DIGITAL

EDE PALACIO DE JUSTICIA  
Vocal Supremo: SAN MARTIN  
ASTRO CESARI EUGENIO  
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú  
Fecha: 14/03/2023 15:00:19 Razón:  
RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE  
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EDE PALACIO DE JUSTICIA  
Vocal Supremo: JUANITUPPE  
ANUEL ESTUARDO / Servicio  
Digital - Poder Judicial del Perú  
Fecha: 14/03/2023 16:15:45 Razón:  
RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE  
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EDE PALACIO DE JUSTICIA  
Vocal Supremo: ALTIBAS KAJA  
MILLA MARIA DEL CARMEN  
ALOMA / Servicio Digital - Poder  
Judicial del Perú  
Fecha: 14/03/2023 15:10:16 Razón:  
RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE  
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EDE PALACIO DE JUSTICIA  
Vocal Supremo: SEQUIROS  
ARGAS IVAN ALBERTO / Servicio  
Digital - Poder Judicial del Perú  
Fecha: 14/03/2023 14:34:59 Razón:  
RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE  
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EDE PALACIO DE JUSTICIA  
Secretario De Sala -  
Jeprema: ARCOS LUYO NESTOR  
DISE / Servicio Digital - Poder  
Judicial del Perú  
Fecha: 20/03/2023 14:20:14 Razón:  
RESOLUCION  
JUDICIAL D. Judicial: CORTE  
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

### Infundada la casación. Delito de Libramiento indebido

El protesto o constancia del banco impreso en el cheque es un requisito de procedibilidad, su inexistencia por errores o por cualquier otro accionar atribuible a la entidad bancaria, o su existencia defectuosa, no perjudica al beneficiario y no impide, por ende, su subsanación o prueba a través de otro medio, pues finalmente el protesto o constancia es un medio de prueba que sirve para demostrar que el tenedor ha hecho su presentación o requerimiento del pago del título valor ante la entidad bancaria y este ha sido denegado.

## SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de febrero de dos mil veintitrés

**VISTOS:** en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **José Miguel Javier Plaza Cavero** (folio 591) contra la sentencia de vista del diecisiete de diciembre de dos mil veinte (folios 564), por la cual la Sala Penal de Apelaciones de San Román-Juliaca confirmó la sentencia del dieciocho de agosto de dos mil veinte, por la cual se condenó al antes citado como autor del delito de libramiento indebido, en agravio de Wenceslao Morales Román, se le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, y se fijó el pago de S/ 600 000 (seiscientos mil soles) por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

## CONSIDERANDO

### I. Itinerario del proceso

#### **Primero. De los hechos sometidos a juzgamiento.**

Según la acusación fiscal, se imputó a José Miguel Javier Plaza Cavero lo siguiente:

El agraviado Wenceslao Morales Román, proveía de oro a la Compañía Minera Tintay S.A. representado por el sentenciado José Miguel Javier Plaza Cavero, es así, en que el veintiuno de octubre del año dos mil quince, en la ciudad de Juliaca, el agraviado Wenceslao Morales Román, hizo la entrega de cinco kilos y medio de oro al socio del acusado de nombre Antonio Fernández, mineral que estaba valorizado en la suma de seiscientos mil soles. El agraviado en compañía de Antonio Fernández y su hermano se fueron a la ciudad de Lima por carretera llevando el oro, en el vehículo camioneta color blanco marca Volkswagen 4x4 de placa de rodajes D9F-748, es así que, en el viaje se malogró el vehículo por la ciudad de Pisco, llegando el acusado José Manuel Javier Plaza Cavero a Pisco, quien recoge a las personas con el oro y los lleva en una camioneta de color azul marino, marca Lexus, hacia la ciudad Lima, donde el agraviado culminó con la entrega de todo el oro, en un hospedaje, donde se encontraban presentes las personas de Pancas Dubai y el señor Martín de Argentina, quienes observación la entrega del oro.

Al día siguiente el imputado José Miguel Javier Plaza Cavero, le paga al agraviado la venta del oro, con tres cheques del Banco Continental con números 00000198, 00000199 y 00000200, cada uno, por la suma de doscientos mil soles, los que fueron firmados por el imputado José Manuel Javier Plaza Cavero, quien además le indicó al agraviado que cobrara los cheques en la ciudad de Juliaca y lo despachó; el día sábado veinticuatro de octubre de dos mil quince, llegando a la ciudad de Juliaca por la noche; el agraviado se dispuso a realizar el cobro de los tres cheques emitido por el agente de la Compañía MINERA TINTAY S.



A. José Manuel Javier Plaza Cavero, apersonándose al Banco Continental de Juliaca el veintiocho de octubre del dos mil quince, siendo atendido en ventanilla por la persona de Delcy Chacón Monroy, quien le indicó al agraviado que los cheques habían sido girados sin fondos, por lo que el agraviado se retiró y llamó al imputado José Miguel Javier Plaza Cavero reclamándole; y este le indicó que se había equivocado y que el día jueves veintinueve de octubre de dos mil quince podría ir a cobrar, por lo que nuevamente el agraviado fue en la tarde recibiendo nuevamente la respuesta de que el cheque estaba sin fondos, por lo que procede a llamar nuevamente a José Miguel Javier Plaza Cavero y este ya no le contestó nunca más. El agraviado decide viajar a la ciudad de Lima, con la finalidad de reclamar personalmente el pago de su dinero sin embargo las oficinas se encontraban cerradas por lo que optó por girar dos cartas notariales para el cumplimiento del pago y este no respondió a ninguna, después de unos días al dirigirse nuevamente a las oficinas donde trabajaba el imputado, únicamente aparecía un anuncio que decía se alquila y nadie daba razón del paradero de José Miguel Javier Plaza Cavero. Por otro lado el treinta de octubre del dos mil quince el imputado José Miguel Javier Plaza Cavero, comunica al Banco Continental que suspenda el pago de los cheques N.º 0198-2,0199-0 y 0200-6, por cuanto, supuestamente se habrían perdido, y en fecha cinco de noviembre del dos mil quince, la persona de Orestes Laurenty Ruiz Miranda interpuesto una denuncia por pérdida de los cheques antes descritos por cuanto supuestamente se le habría perdido, frustrando el imputado, maliciosamente que el agraviado cobre dichos cheques.

Luego de ello, efectivamente el doce de noviembre de dos mil quince, el agraviado nuevamente se presentó al Banco Continental y le dijeron que la empresa había puesto la denuncia de pérdida de dicho cheque y que no podía cobrarlo y efectivamente no cobró”.

Hechos atribuidos al sentenciado en la acusación complementaria.

“Se tiene que el agraviado Wenceslao Morales Román, proveía de oro a la COMPAÑÍA MINERA TINTAY S. A. representada por el imputado José Miguel Javier Plaza Caveró, es así, en que el veintiuno de octubre del año dos mil quince en la ciudad de Juliaca, el agraviado Wenceslao Morales Román, hizo la entrega de cinco kilos y medio de oro a la empresa de Antonio Fernández, mineral que estaba valorizado en la suma de seiscientos mil soles. El agraviado, en compañía de Antonio Fernández y su hermano se fueron a la ciudad de Lima llevando el oro en el vehículo camioneta color blanco marca Volkswagen 4x4 de placa de rodaje D9F-748, es así que en el viaje se malogró el vehículo por la ciudad de Pisco llegando el acusado José Miguel Javier Plaza Caveró a Pisco, quien recoge a las personas con el oro y los lleva en una camioneta azul marino marca Lexus, hacia la ciudad Lima, donde el agraviado culminó con la entrega de todo el oro en un hospedaje donde se encontraban las presentes personas de Pancas DUBAI y el señor Martín de Argentina, quienes observaron la entrega de oro.

Al día siguiente, el imputado José Miguel Javier Plaza Caveró, le paga al agraviado la venta del oro con tres cheques del Banco Continental de números 00000198, 00000199 y 00000200 cada uno por la suma de doscientos mil soles, los que fueron firmados por el imputado José Miguel Javier Plaza Caveró, quien además le indicó al agraviado que los cobrara en la ciudad de Juliaca y lo despachó el día sábado veinticuatro de octubre del dos mil quince, en el vuelo de la empresa LAN, llegando a la ciudad de Juliaca por la noche, luego de ello el agraviado se dispuso a realizar el cobro de los tres cheques emitidos por el agente de la COMPAÑÍA MINERA TINTAY S.A. José Miguel Javier Plaza Caveró, apersonándose al Banco Continental de Juliaca el veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, siendo atendido en ventanilla por la persona de Delcy Chacón Monroy, quien le indicó al agraviado que los cheques habían sido girados sin fondos, por lo que el agraviado se retiró y llamó al imputado José Miguel Javier Plaza Caveró a quien le reclamó y este le indicó que se había equivocado y que el día jueves veintinueve podría ir a cobrar, por lo que nuevamente el agraviado fue



en la tarde, recibiendo nuevamente la respuesta de que el cheque estaba sin fondos, por lo que procede a llamar nuevamente a José Miguel Javier Plaza Caveró y este ya no le contesta más, por lo que el agraviado decide viajar a la ciudad de Lima con la finalidad de reclamar personalmente el pago de su dinero, sin embargo, las oficinas se encontraban cerradas por lo que optó por girar dos cartas notariales para el cumplimiento de pago y esto no respondió a ninguna carta notarial, después de unos días al dirigirse nuevamente a las oficinas donde trabajaba el imputado, únicamente aparecía un anuncio que decía se alquila y nadie daba razón del paradero de José Miguel Javier Plaza Caveró, por otro lado el treinta de octubre del dos mil quince, el imputado José Miguel Javier Plaza Caveró, comunica al Banco Continental que suspenda el pago de los cheques N.º 0198-2, 0199-0 y 0200-6, por cuanto supuestamente se habrían perdido y el cinco de noviembre del dos mil quince, la persona de Orestes Laurenty Ruiz Miranda había interpuesto una denuncia por pérdida de los cheques antes descritos porque supuestamente se le habrían perdido; en tal forma se configuraría el ilícito penal de libramiento indebido por haber el imputado girado los cheques sin tener provisión de fondos suficientes para ser pagados, por ende el agraviado no ha podido efectuar el cobro de dichos documentos.

Luego de ello, el doce de noviembre de dos mil quince, el agraviado nuevamente se apersonó al Banco Continental y le dijeron que la empresa había puesto la denuncia de pérdida de dicho cheque y que no podía cobrarlo.

## **Segundo. Del itinerario del proceso**

- 2.1. El representante del Ministerio Público formuló acusación contra José Miguel Javier Plaza Caveró como autor del delito de libramiento indebido, en agravio de Wenceslao Morales Román, ilícito previsto en el inciso 2 del artículo 215 del Código Penal, "cuando se frustra maliciosamente su pago". Alternativamente,

se tipificaron los hechos en el inciso 1 del artículo 215 del Código Penal, en cuanto señala “cuando se gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente”.

- 2.2. El dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, el *a quo* (folio 84) absolvió al recurrente por el delito de libramiento indebido, previsto y sancionado en el primer párrafo del inciso 2 del artículo 215 del Código Penal.
- 2.3. El siete de enero de dos mil diecinueve (folio 231), la Sala de Apelaciones de Juliaca declaró nula la sentencia del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, que absolvió al recurrente de los cargos, por lo que ordenaron nuevo juicio oral y que se emita nueva sentencia.
- 2.4. El dieciocho de agosto de dos mil veinte (folio 375), el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Juliaca absolvió al recurrente de la acusación fiscal como autor del delito de libramiento indebido, previsto en el inciso 2 del artículo 215 del Código Penal —calificación principal—, y lo condenó como autor del delito de libramiento indebido, previsto en el inciso 1 del artículo 215 del Código Penal —calificación alternativa—.
- 2.5. Apelada la resolución por el sentenciado José Miguel Javier Plaza Cavero y llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió la Sentencia de vista N.º 35-2020 del diecisiete de diciembre de dos mil veinte, que confirmó la sentencia que condena al recurrente como autor del delito de libramiento indebido, en agravio de Wenceslao Morales Román, que le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo

plazo, y fijó el pago de la reparación civil en la suma de S/ 600 (seiscientos soles).

- 2.6. El Tribunal de mérito señaló en sus fundamentos que el incumplimiento o los defectos en la constancia no son atribuibles al agraviado, tampoco significa que el rechazo del cheque sea inexistente y, por tanto, devenga en atípico el hecho imputado, sino simplemente dicha constancia es un medio de probanza, tiene efectos acreditativos, por lo que también puede suplirse con pruebas de carácter personal, como lo acontecido con la declaración testimonial de la trabajadora del banco; además, en autos se aprecia que obra un sello del ente bancario en el cheque, que conforme a la funcionaria corresponde a supuestos de falta de pago por carencia de fondos.
- 2.7. El recurrente planteó el recurso de casación excepcional en contra de la referida sentencia de vista y señaló que el Tribunal Superior ha incurrido en una errónea interpretación de la ley penal respecto al delito tipificado en el artículo 215 del Código Penal —libramiento indebido— al considerar que la “constancia expresa puesta por el banco girado” es un medio de probanza, mas no se ha considerado de modo expreso que dicha condición (constancia expresa por el banco) sea constitutiva de la estructura del tipo penal.
- 2.8. Añade que el superior jerárquico no ha observado lo señalado en el penúltimo párrafo del artículo 215 del Código Penal, el cual establece que en el caso de los incisos 1 —cuando se gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente— y 6 —cuando lo endose a sabiendas que no tiene fondos— se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el

banco girado en el mismo documento, además de señalar el motivo de la falta de pago. En otras palabras, para sancionar los casos donde el agente gire un cheque sin tener fondos suficientes, el medio de pago debe ir aparejado con la constancia del protesto o la constancia expresa del banco sobre el motivo del no pago, solo así se configuraría el ilícito penal. Afirma que la Sala Superior ha quebrantado el derecho de presunción de inocencia a sabiendas que en los tres cheques no figuraba el sello característico del motivo por el cual no se realizó el pago.

- 2.9.** Elevada la causa a este Supremo Tribunal, mediante ejecutoria suprema del diez de junio de dos mil veintidós se declaró bien concedido el recurso de casación; instalada la audiencia de casación y realizada conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia. Deliberada la causa en secreto y votada, esta Suprema Sala Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se realiza en audiencia pública con las partes que asistan.

### **III. Sobre el motivo casatorio**

Establecer si la constancia expresa puesta por el banco en el cheque girado forma parte de la estructura del tipo penal o si resultan aplicables las reglas de la valoración probatoria, teniendo en consideración lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 215 del Código Penal. Por lo que esta Suprema Sala declaró bien concedido el recurso de casación, previsto en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la ley penal.

## V. Fundamentos de derecho

- 4.1. El artículo 215.1 del Código Penal tipifica como delito de libramiento indebido “el que gire, transfiera o cobre un cheque, en los siguientes casos: [...] 1. Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente”. Este delito se configura cuando se gira un cheque a sabiendas de que carece de fondos y se consuma con la realización del comportamiento comisivo.
- 4.2. El cheque es un documento que contiene una orden incondicionada de pago de una determinada suma de dinero al tenedor; y para su emisión es necesario que existan fondos en el banco a disposición del librador y que estos sean suficientes para su pago. Es un medio o instrumento de pago, y no un mecanismo de crédito, no está permitido girar un cheque en garantía.
- 4.3. Al ser un título valor tiene las siguientes características: **(i)** literalidad: se lleva a cabo el derecho tal y como lo establece el documento; **(ii)** autonomía: el que adquiere el documento se convierte en el titular de los derechos que incorpora, y **(iii)** legitimación: el título valor otorga a su poseedor la legitimidad para ejercer el derecho que en él se contiene.
- 4.4. La Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores, establece que en caso de incumplimiento de las obligaciones que representa el título valor debe dejarse constancia de ello mediante el protesto — artículo 70— y este debe ser realizado dentro del plazo previsto en la ley, no se admite que se dispense del protesto por circunstancia alguna —artículo 71— de la Ley N.º 27287; asimismo, el artículo 207 establece que el plazo de presentación de un cheque para su pago es de treinta días. En consecuencia, constituye un requisito de procedibilidad, para el ejercicio de la acción penal y para la comisión del delito de libramiento indebido, que el sujeto pasivo haya realizado el protesto del cheque ante la entidad bancaria.

**4.5.** La falta de pago debe ser acreditada mediante la comprobación que debe poner el banco a petición del tenedor del cheque o mediante el protesto; en consecuencia, se trata de medios probatorios que revelan auténticamente la falta de pago parcial o total.<sup>1</sup>

## **V. Análisis del caso**

- 5.1.** En el caso de autos, se aprecia que el sentenciado fue condenado por el supuesto previsto en el artículo 215.1 del Código Penal —delito de libramiento indebido— que sanciona la siguiente conducta: "cuando se gira un cheque sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente". Se incurre en este supuesto cuando el librador gira el cheque a sabiendas que no podrá hacerse efectivo porque no tiene o no dispone de dinero suficiente en su cuenta al momento de su cobro.
- 5.2.** Asimismo, el segundo párrafo del artículo 215 del Código Penal establece que en el supuesto del inciso 1 se requerirá de protesto o constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.
- 5.3.** Respecto a este segundo párrafo versa el motivo del recurso casacional interpuesto por el recurrente, quien afirma que esta circunstancia forma parte de la estructura del tipo penal del delito de libramiento indebido, previsto en el inciso 1, y, en ese orden de ideas, afirma que al no contener los cheques en cuestión la constancia de la entidad bancaria sobre el motivo

---

<sup>1</sup> Recurso de Nulidad N.º 977-2021 del 31 de agosto de 2021. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República



por el cual no se efectuó el pago de dichos títulos valores, el hecho que se le atribuye resulta atípico.

- 5.4.** Al respecto, dicha inferencia no resulta de recibo, en principio porque dicha afirmación no es una consecuencia que resulte de la lectura del citado artículo, toda vez que la configuración típica de la conducta prevista en el inciso 1 se presenta cuando el titular de la cuenta gira un cheque pese a no tener fondos suficientes, con ello el tipo penal de libramiento indebido ya se encuentra consumado, correspondiendo el protesto o constancia del banco a un requisito de procedibilidad exigible para el ejercicio de la acción penal.
- 5.5.** Ello es así, porque el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la fe pública, en tal sentido, dicho tipo penal está orientado a proteger la confianza de los ciudadanos de que el título valor girado se convertirá en dinero, por lo que su protección está orientada, más que a proteger perjuicios patrimoniales, a evitar los trastornos que pueden causar la entrada en circulación de un documento espurio<sup>2</sup>. Al respecto, ha señalado la doctrina que, si alguien entrega un cheque sin contraprestación, es claro que, si no tiene fondos, lo que está en juego antes que el patrimonio es la fe pública, entendida como tráfico jurídico<sup>3</sup>.
- 5.6.** Por tanto, no debe confundirse el requisito de exigibilidad que se requiere para que proceda la acción penal contra el infractor de la norma penal —cuya naturaleza es procesal— con los elementos

---

<sup>2</sup> Recurso de Nulidad n.º 977-2021.

<sup>3</sup> ALBERTO DONNA, Edgardo. (2004). Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, Editores, Rubinzal Cuzoni, p. 376.

del tipo penal que tienen naturaleza material. La exigencia de que el cheque contenga el protesto o el sello del banco, que además es un hecho posterior a la realización del hecho punible, es una exigencia procesal requerida para habilitar el ejercicio de la acción penal, por tanto, su omisión o falta no determina la atipicidad de la conducta, solo la eventual improcedencia del proceso penal.

- 5.7.** En ese entendido, si bien es necesario la constancia del protesto o constancia del banco en el título valor al ser un requisito de procedibilidad, su existencia defectuosa o su ausencia por errores o por cualquier otro motivo atribuible a la entidad bancaria no perjudica al beneficiario y no impide, por ende, su subsanación o prueba a través de otro medio, pues finalmente el protesto o constancia es un medio de prueba que sirve para demostrar que el tenedor ha hecho su presentación o requerimiento del pago del título valor y este ha sido denegado.
- 5.8.** Es más, se aprecia que la Ley de Títulos Valores —Ley N.º 27287— establece en su artículo 213.2 que:

El banco que se niegue a pagar un cheque dentro del plazo de su presentación a simple petición del tenedor, queda obligado a dejar constancia de ello en el mismo título, con expresa mención del motivo de su negativa de la fecha y presentación y con la firma del funcionario autorizado del banco.

Lo que permite concluir que dicha constancia está a cargo de la entidad bancaria, cuyas omisiones a sus obligaciones no pueden ser asumidas por el beneficiario o tenedor.

5.9. Así las cosas, en el caso concreto, se aprecia que la falta de expresión en los cheques del motivo por el cual no se efectuó el pago por el sentenciado no son reputables al beneficiario, pues en el Cheque N.º 00000198 2 consta que la asesora de servicios de la oficina del banco de Juliaca Deysi Chacón Monroy suscribe el citado título valor, y si bien no coloca el motivo de su no pago, cierto es que dicho documento le fue presentado para su cobro y este no se concretó, por tanto, ello prueba que el agraviado hizo el requerimiento de pago, de esta manera, se reputa la ausencia de expresión de los motivos, entera responsabilidad de la trabajadora de la entidad bancaria, quien en el plenario reconoció sus datos impresos en el título valor y detalló los motivos por los cuales no se efectuó el pago; así, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones recoge la declaración de la citada funcionaria, quien afirma:

el 28 de octubre Wenceslao si se apersonó a cobrar cheques trajo 3 cheques, por el monto de s./200 000.00 soles, no se pagó porque el cheque no tenía fondos, no recuerdo la fecha, pero si posterior a eso Wenceslao volvió (...) nosotros llevamos al jefe de atención al cliente para validar las firmas y el fondo y si se puede pagar o no, y si no, porqué motivo no se le puede pagar, como lo indique son de la misma empresa porque eso se precisa de la primera, si la siguiente vez que volvió el cheque se llevó directo al jefe de atención al cliente y el cheque ya tenía sello, proteste un solo cheque a Wenceslao, claro que es el procedimiento regular(...) solo una segunda vez volvió al banco, el sello le puse en la primera vez, en la segunda vez ya no puse nada en el cheque, se pone simplemente el sello y se le indica que se comunique con la empresa indicando que no tiene fondos; en el sello solo va mi nombre, el cargo y un visto bueno, no se le pone nada en el cheque que diga que no tiene fondos.

- 5.10.** En atención a ello, el Tribunal de mérito razonó que dicha manifestación brindada por la funcionaria del banco corrobora la existencia del sello en el Cheque N.º 00000200 y que ese era el procedimiento del Banco Continental en casos en los que no se podía pagar por falta de fondos, es más, la aludida funcionaria da cuenta de que solo colocó sus datos en un único cheque y no en los otros dos porque pertenecían a la misma cuenta carente de fondos, e inclusive llevó el cheque al jefe de atención al cliente, por lo que resulta inequívoco que esos cheques no pudieron hacerse efectivos por carencia de fondos, pues no existe otra razón del por qué habría consignado la aludida funcionara el sello en el cheque; en efecto, sin duda fue por carencia de fondos.
- 5.11.** En tal sentido, no es errónea la interpretación realizada por la Sala Penal de Apelaciones respecto a que la obligación de la constancia del no pago o la expresión de la negativa del por qué no se efectuó el pago le es atribuible a la entidad bancaria, además porque la ausencia de ello tampoco significa que el rechazo del cheque por falta de pago sea inexistente, en consecuencia, devenga en atípico el hecho imputado, sino que la constancia solo tiene efectos comprobatorios, lo que puede suplirse con pruebas de carácter personal como lo sucedido con la declaración de la funcionaria del banco. Asimismo, en el caso, quedó acreditado que el sentenciado fue requerido notarialmente para el pago del importe e hizo caso omiso a dicho emplazamiento.
- 5.12.** En consecuencia, se aprecia que en la sentencia de vista no existe vulneración de la causal contenida en el numeral 3 del



artículo 429 del Código Procesal Penal, razones por las que corresponde ratificar dicha sentencia materia de casación e imponer al accionante el pago de las costas procesales por interposición del recurso sin éxito, conforme lo estipula el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación promovido por **José Miguel Javier Plaza Cavero** contra la sentencia de vista (folio 591) del diecisiete de diciembre de dos mil veinte (folios 564), por la cual la Sala Penal de Apelaciones de San Román-Juliaca confirmó la sentencia del dieciocho de agosto de dos mil veinte, en el extremo en el que condenó al antes citado como autor del delito de libramiento indebido, en agravio de Wenceslao Morales Román, le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, y fijó el pago de S/ 600 000 (seiscientos mil soles) por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del diecisiete de diciembre de dos mil veinte.
- II. **CONDENARON** al recurrente al pago de costas por la desestimación del recurso de casación que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N.º 670-2021  
PUNO

III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en esta sede Suprema.

IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CCH/YLLR

**Resoluciones para la Unidad 3 (Delitos contra la Tranquilidad Pública):**

**- Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 6639/2022, de fecha 08.04.2022 (Ponente: José Sierra Fernández).**

La codefincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. No puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización.





Roj: **SAP M 6639/2022 - ECLI:ES:APM:2022:6639**

Id Cendoj: **28079370232022100284**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **23**

Fecha: **08/04/2022**

Nº de Recurso: **542/2021**

Nº de Resolución: **243/2022**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **JOSE SIERRA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

audienciaprovincial\_sec23@madrid.org

GRUPO 4

37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2019/0146595

**Procedimiento sumario ordinario 542/2021**

**Delito:** Riña tumultuaria

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid

**Procedimiento Origen:** Procedimiento sumario ordinario 2150/2019

**SENTENCIA N° 243/22**

**ILMOS. SRS. DE LA SECCIÓN VIGESIMOTERCERA**

**D<sup>a</sup>. ROSARIO ESTEBAN MEILÁN (Presidenta)**

**D. JOSE SIERRA FERNANDEZ (Ponente)**

**D. JESUS GOMEZ ANGULO**

En Madrid a 8 de abril de 2022

**VISTO** el juicio oral y público ante la Sección 23ª de esta Audiencia Provincial, el procedimiento **SUMARIO 542/2021** seguido por los delitos de homicidio/lesiones/tenencia ilícita de armas/pertenencia organización criminal, en el que son **acusados** Don Adrian , nacido el NUM000 /2001 con DNI NUM001 sin antecedentes penales, de nacionalidad española y mayor de edad, representado por el Procurador los Tribunales D. Javier Nogales Díaz, asistido por el letrado Don Miguel Arco Godoy; Don Amadeo nacido el NUM002 /2000 en la Republica Dominicana, con NIE NUM003 , con autorización para residir en España y sin antecedentes penales, representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Plasencia Baltes, asistido por la letrada Doña Rosa María Sanz Carrasco; Don Arturo nacido el NUM004 /2001 con DNI NUM005 y sin antecedentes penales, representado por la Procuradora los Tribunales Doña Patricia Martín López asistido por la letrada Doña María Álvaro Tomás; y Don Benito nacido el NUM006 /2001 con DNI NUM007 , sin antecedentes penales representado por la Procuradora los Tribunales Doña Helena Romano Vera, asistido por la letrada Doña María Elena Fletes de la Cal, siendo parte ejerciendo la **acusación particular** la Procuradora de los Tribunales Doña Maria Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de Don **Celestino** , asistido por el Letrado Don



Víctor Blázquez García de la Serna; el Procurador de los Tribunales D. Fernando Pedreira López en nombre y representación de Don **Constantino**, asistido por el Letrado Don Juan José García Carretero; la Procuradora de los Tribunales Doña Alicia Tejedor Bachiller en nombre y representación de Don **Desiderio**, asistido por el Letrado Don Fernando Llanos Campos; la Procuradora de los Tribunales Doña Virginia Guitierrez Sanz en nombre y representación de Don **Edemiro**, asistido por la Letrada Doña Concepción Freire San José y el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Ayuso Morales en nombre y representación de Don **Emilio**, asistido por el Letrado Don Cesar Mateo-Sagasta Llopis, y el **MINISTERIO FISCAL** representado por D. Angel Guzmán Fernández

Siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. José Sierra Fernández, que expresa el parecer de la Sala

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El presente procedimiento deriva del procedimiento instruido por el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid (sumario ordinario 2150/2019), por delito de homicidio/lesiones/tenencia ilícita de armas/pertenencia organización criminal, que fue declarado concluso por auto del Juzgado de 15 de abril de 2021. Tras la cumplimentación de las mismas y fue remitida la causa a esta sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, a la que correspondió por turno de reparto.

**SEGUNDO.** - Recibido el mismo en fecha 26 de abril de 2021 y formado el oportuno rollo de sala tramitado SUM 542/2022, se designó ponente, dándose a las actuaciones el debido trámite, dictando la Sala auto de 20 de septiembre de 2021 que acordó confirmar el auto de dictado por el Juzgado Instructor declarando terminado el sumario, acordado la apertura de juicio oral contra los procesados Don Adrian; Don Amadeo; Don Arturo y Don Benito, resolución que fue objeto de aclaración mediante auto de 8 de octubre de 2021.

**TERCERO.** - El **Ministerio Fiscal**, conforme a lo establecido en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formuló escrito de acusación contra Don Adrian; Don Amadeo; Don Arturo y Don Benito constituían los delitos: 1.- dos delitos de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del CP, 2.- dos delitos de lesiones con pérdida de miembro principal del art 149.1 del CP, 3.- un delito de tenencia ilícita de armas del art 563 del CP en relación con el art 5.1.g) del Reglamento de Armas y 4.1.a) del mismo texto reglamentario, 4.- un delito de tenencia ilícita de armas del art 564.1.1º del CP en relación con art 5.1.g) del Reglamento de Armas y 4.1.a) del mismo texto reglamentario, 5.- un delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 y 3 del CP y 6.- tres delitos de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP.

De los referidos delitos serían responsables criminalmente en concepto de autores de acuerdo con los arts. 27 y 28 del C.P: 1.- Don Adrian de: a) dos delitos de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del CP, b) dos delitos de lesiones con pérdida de miembro principal del art 149.1 del CP, c) un delito de tenencia ilícita de armas del art 564.1.1º del CP en relación con art 5.1.g) del Reglamento de Armas y 4.1.a) del mismo texto reglamentario y d) un delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 y 3 del CP; 2.- Don Amadeo de a) un delito de tenencia ilícita de armas del art 563 del CP en relación con el art 5.1.g) del Reglamento de Armas y 4.1.a) del mismo texto reglamentario, b).- un delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP; 3.- Don Arturo de un delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP y 4.- Don Benito de un delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP.

El Ministerio Público estima que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y que procede imponer la siguientes penas: 1.- A Don Adrian : a) por cada delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del CP, la pena de 7 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, b) por cada delito de lesiones del art 149.1 del CP, la pena de 7 años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, c) por el delito de tenencia ilícita de armas del art 564.1.1º del CP la pena de 18 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y d) por el delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 y 3 del CP la pena de 5 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 2.- A Don Amadeo a) por el delito de tenencia ilícita de armas del art 563 del CP en relación con el art 5.1.g) del Reglamento de Armas y 4.1.a) del mismo texto reglamentario, la pena de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y b) por el delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP la pena de 4 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 3.- A Don Arturo por el delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP la pena de 4 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 4.- A Don Benito por el delito de pertenencia a organización criminal del art 570 bis 1.2 del CP la pena de 4 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



También interesó el Ministerio Fiscal la imposición de las costas prorrateadas entre los distintos acusados en proporción a sus respectivas imputaciones, el abono del tiempo de privación de libertad en que estuvieron los acusados y el comiso de las armas intervenidas conforme a lo dispuesto en el art 127 del CP.

En concepto de responsabilidad civil el Ministerio Fiscal interesó que el procesado Don Adrian que indemnizara a las víctimas por las lesiones sufridas en las siguientes cantidades: 1.- A Don Emilio en la cantidad de 300 euros por los 2 días de hospitalización y 2.800 euros por los 28 días impositivos para su curación y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas, 2.- A Don Celestino , en la cantidad de 800 euros por cada uno de los 8 días impositivos y en la cantidad de 600 euros por los no impositivos, así como la cantidad de 7.209,45 en concepto de secuelas (7 puntos) 3.- A Don Edemiro en la cantidad de 18.000 euros por los 180 días impositivos para su curación y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas y 4.- A Don Constantino en la cantidad de 1.200 euros por los 8 días de hospitalización y 4.500 euros por los 45 días impositivos y 2.250 euros por los no impositivos para su curación, así como la cantidad de 149.672,47 euros en concepto de secuelas (59 puntos). Con aplicación a estas cantidades los intereses legales según el art 576 del LECrim.

Las **Acusaciones particulares** formularon los escritos de acusación:

La Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de **Don Celestino** , asistido por el Letrado Don Víctor Blázquez García de la Serna estimó que los hechos son constitutivos de: A.- un delito de homicidio en grado de tentativa, tipificado en el art. 138.2 a) del CP, constando el agresor como miembro de una banda criminal y B.- un delito de lesiones, tipificado en el art. 148.1 del CP, utilizando armas. Delito del que debe responder Don Adrian en concepto de autor, conforme a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Código Penal, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, procediendo las siguientes penas: Por delito A, la pena de prisión de 8 años y por delito el delito B la a pena de prisión de 4 años, todo ello con la expresa condena en costas. En concepto de responsabilidad civil Don Adrian deberá indemnizar a Don Celestino en la cantidad de: 31.648,55 euros, por las secuelas de las heridas causadas, 1.600 Euros por las operaciones quirúrgicas sufridas, 800 Euros, por los días de impedimento hospitalizado y 624 Euros por los restantes 12 días

El Procurador de los Tribunales D. Fernando Pedrerira López en nombre y representación de **Don Constantino** , asistido por el Letrado Don Juan José García Carretero entendió que los hechos, en lo que a Don Adrian se refiere, son constitutivos de los siguientes delitos: 1.- un delito de homicidio ( artículo 138.1. del Código Penal) en grado de tentativa ( artículo 16.1. del Código Penal). En su defecto, un delito de lesiones (pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, artículo 149.1. del Código Penal), en grado de consumación. 2.- Un delito de pertenencia a organización criminal ( artículo 570 bis del Código Penal). De los anteriores delitos, por lo que a su representado se refiere, responde Don Adrian en concepto de autor, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Procediendo imponer a D. Adrian por los mencionados delitos en lo que a mi representado se refiere, las siguientes penas: 1.- Por el delito de homicidio en grado de tentativa, la pena de siete años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En su defecto, por el delito de lesiones del artículo 149.1. del Código Penal, en grado de consumación, la pena de siete años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 2.- Por el delito de pertenencia a organización criminal, en grado de consumación, la pena de la pena de cinco años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Procederá el abono del tiempo de privación de libertad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal. Interesó que Don Adrian indemnizara a D. Constantino con las siguiente sumas: 1.200 € por los 8 días de hospitalización, 4.500 € por los 45 días impositivos que invirtió en su curación, y 2.250 € por el resto de días (estos no impositivos) invertidos en su curación y 149.672,47 € en concepto de secuelas (aplicando como baremo aquel a que se refiere la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a la personas en accidentes de circulación). A todas esas cantidades se les aplicará los intereses legales, según dispone el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Don Adrian hará frente al pago de las costas de esta acusación particular en la proporción que corresponda.

La Procuradora de los Tribunales Doña Alicia Salvador Bachiller en nombre y representación de **Don Desiderio** , asistido por el Letrado Don Fernando Llanos Campos presento escrito adhiriéndose en todo al contenido del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

La Procuradora de los Tribunales Doña Virginia Gutiérrez Sanz en nombre y representación de **Don Edemiro** , asistido por la Letrada Doña Concepción Freire San José entendió que los hechos en lo que respecta a su representado, serian constitutivos de un delito de lesiones con instrumento peligroso del art 147 y 148.1 del CP, del que sería responsable en concepto de autor el acusado Don Adrian , sin que concurra ninguna



circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Procediendo imponer la pena de prisión de 5 años con la accesorias legales, imponiéndole conforme al art 57 del CP la accesoria legal de prohibición de acercarse al domicilio de Don Edemiro y a cualquier lugar donde este permanezca con una distancia mínima de 500 metros, así como prohibición de comunicarse con él por cualquier medio y por tiempo de diez años. Y en cuanto la responsabilidad civil Don Adrian deberá indemnizar a Don Edemiro en la cantidad de 18.000 euros por las lesiones físicas causadas y en 10.000 euros por las secuelas estéticas y físicas, más los intereses legales y costas de la acusación particular

El Procurador de los Tribunales Don Miguel Ángel Ayuso Morales en nombre y representación de Don Emilio , asistido por el Letrado Don Cesar Mateo-Sagasta Llopis formuló escrito de conclusiones provisionales estimando que los hechos descritos son constitutivos: 1.- de un delito de tentativa de asesinato, tipificado y penado en el artículo 139 del Código Penal en grado de tentativa, 2.- de un delito de lesiones graves con menoscabo grave de la mano derecha, desconociéndose en este momento el alcance final de las lesiones, del art 149.1 del Código Penal, 3.- un delito de tenencia ilícita de armas del art. 564.1.1º en relación con el art. 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto reglamentario y 4.- un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 bis1.2 del C.P. Subsidiariamente, los hechos descritos son constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 6 y 62 del C.P y otro de lesiones graves del art. 149.1 del C.P. De los mencionados delitos sería responsable, en concepto de autor, el encausado Don Adrian , por haber realizado el hecho por sí solo artículos 27 y 28 del Código Penal, sin que entienda que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Entiende que procede imponer al procesado: 1.- por el delito de asesinato en grado de tentativa la pena de 10 años de prisión, 2.- por el delito de lesiones 7 años de prisión, 3.- por el delito de tenencia ilícita de armas la pena de 18 meses de prisión y 4.- por el delito de pertenencia a organización criminal la pena 5 años de prisión. Además para esta acusación particular el acusado Don Adrian , como responsable civil directo, queda obligado a abonar a Don Emilio , la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, al quedarle dos proyectiles aun en el cuerpo y en zonas muy delicadas, ignorándose en este momento las secuelas finales, que serán valoradas conforme al baremo de tráfico y por la puntuación que se le asigne por las mismas en el correspondiente dictamen forense cantidad esta que deberá ser incrementada con el importe de los intereses legales. Así como las costas del presente Juicio, incluida esta acusación particular.

Las **Defensas** despachando el trámite previsto, formularon escrito de defensa a tenor de lo establecido en 652 LECrim, así como de proposición de pruebas:

El Procurador los Tribunales Don Javier Nogles Díaz en nombre y representación de **Don Adrian** , asistido por el letrado Don Miguel Arco Godoy, presentó escrito mostrando su disconformidad con el correlativo del Ministerio Fiscal y las Acusaciones Particulares, reservándose el relato fáctico para el acto del juicio oral. Manteniendo la inexistencia de delito alguno, no habiendo delito no cabe pronunciarse sobre la autoría, no existiendo delito, no cabe pronunciarse sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Entendiendo que procede la libre absolución de Don Adrian .

Por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Plasencia Baltés en nombre y representación de **Don Amadeo** , asistido por la letrada Doña Rosa María Sanz Carrasco, presentó escrito mostrando su disconformidad con el correlativo del Ministerio Fiscal y las Acusaciones Particulares, reservándose completar el relato fáctico en su caso tras la práctica de la correspondiente prueba para el acto del juicio oral. Manteniendo la inexistencia de delito alguno, no habiendo delito no cabe pronunciarse sobre la autoría, no existiendo delito, no cabe pronunciarse sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Entendiendo que procede la libre absolución de Don Amadeo

La Procuradora los Tribunales Doña Patricia Martín López en nombre y representación de Don Arturo , asistido por la letrada Doña María Álvaro Tomás. Esta defensa negó la correlativa del Ministerio Fiscal en su relación de hechos, manteniendo que no intervino en la comisión de ningún ilícito penal. Plantea su disconformidad con la calificación jurídica de los expresados hechos de la causa, formulada por el Ministerio Fiscal como constitutivos de un delito de pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis del Código Penal. Por ello entiende que no existiendo hechos delictuales en absoluto y rechazada su calificación delictual legal, no hay ni concurren en de las clases de participación del artículo 28 del vigente Código Penal, ni cabe hablar de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede, por tanto, la libre absolución de Don Arturo , con todos los pronunciamientos favorables a que hubiera lugar en derecho, incluido subsidiariamente, el abono del tiempo que ha estado privado de libertad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del CP.

La Procuradora de los Tribunales Doña Elena Romano Vera en nombre y representación de Don Benito , asistido por la letrada Doña María Elena Fletes de la Cal, previamente y antes de entrar en el escrito propiamente dicho de calificación provisional de la defensa, interesó la nulidad de actuaciones respecto a la diligencia de rueda de reconocimiento efectuada sobre su patrocinado siendo el reconocedor Celestino el pasado 31 de octubre



de 2019, documentada en acta al folio 438 en el que dice reconocer a Adrian y a Benito al 80%, no debiendo ser tenida en cuenta, toda vez que de las cinco personas que integraron la rueda, Celestino conocía con anterioridad a tres ( Millán , Nazario , Rafael ) por estar conviviendo con ellos en el módulo NUM061 como así se informó el Director del Centro Penitenciario DIRECCION030 , en el que todos ellos junto con Celestino coincidieron en dicho módulo desde el 28 de octubre 2019 hasta 13 de noviembre 2019 (folio 781). Mantiene que es evidente que el hecho de conocer previamente a los integrantes de una rueda no le otorga validez a dicha diligencia ya que vicia el reconocimiento efectuado a las dos personas que no conocía, además de la mala fe del testigo por ocultar conocer con anterioridad a la diligencia a tres de los integrantes de la rueda que junto con mi patrocinado y Adrian conformaban la rueda. Refiere que, por los mismos motivos, mediante auto de fecha 2 de marzo de 2020 obrante a los folios 832 a 834, se declaró la nulidad de la rueda efectuada el 21 de noviembre de 2019 siendo los mismos integrantes que la efectuada el 31 de octubre de 2019 en la que se identificó a mi defendido. Alternativamente evacuando el trámite conferido y con carácter de provisionales formulas las conclusiones negando y oponiéndose al contenido íntegro de los correlativos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y de las demás partes acusadoras. Por lo que procede recaiga una sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables sin responsabilidad civil de ninguna clase respecto a Don Benito .

**CUARTO.** - Admitida la prueba propuesta por las partes mediante auto de la Sala de 10 de enero de 2022, por diligencia ordenación de 10 de enero de 2022 se acordó la celebración del juicio oral los días 22, 23, 24 y 25 de febrero de 2022 a las 10:00 horas de su mañana.

**QUINTO.** - Llegado el día del señalamiento, fue iniciado el juicio, y practicadas las pruebas con el resultado que obra en la videograbación adjunta, conforme a lo señalado en los artículos 453 de la LOPJ y 743 de la LECRIM.

En fase de conclusiones:

El **Ministerio Fiscal**, elevó a definitivas su escrito de conclusiones.

Las **Acusaciones particulares** elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales. La Procuradora de los Tribunales Doña Alicia Salvador Bachiller en nombre y representación de **Don Desiderio** , asistido por el Letrado Don Fernando Llanos Campos presentó escrito de renuncia al ejercicio de la acción penal, que reiteró a la Sala.

Las **Defensas** de los acusados elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales. Por su parte la defensa del acusado, Don Adrian , modificó sus conclusiones únicamente reconociendo la existencia de un delito de lesiones y no de homicidio como se plantea por la acusación en relación a las lesiones sufridas por Don Emilio , manteniendo el resto de sus conclusiones que elevó a definitivas.

Inmediatamente después, las partes **informaron por su orden.**

Terminados los informes se informó a la acusada del derecho a la **última palabra**, que lo ejerció con el resultado que obra en la videograbación adjunta; quedando inmediatamente después el juicio **visto para sentencia.**

## HECHOS PROBADOS

Se declara probado:

Sobre las 22:30 horas del día 30 de septiembre de 2019, los acusados Don Adrian , nacido el día NUM008 /2001, con DNI NUM009 y sin antecedentes penales y privado de libertad por estos hechos desde su detención el día de los hechos y habiéndose dictado el 2/10/2019 auto de prisión provisional, situación en la que continua actualmente, Don Amadeo , nacido el día NUM002 /2000, en la República Dominicana, con NIE NUM003 , con autorización para residir en España y sin antecedentes penales y Don Arturo nacido el día NUM004 /2001, con DNI NUM005 y sin antecedentes penales, en esta causa, previamente concertados entre sí y con otros individuos no identificados, pero todos ellos vinculados con la **banda latina** de los DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), decidieron hacer una "caída" por sorpresa en el barrio de Distrito de DIRECCION002 , como manifestación de su autoridad y dominio territorial frente a la **banda rival** de los DIRECCION003 , realizándose de forma simultánea por distintos partícipes y en diferentes lugares de ese Distrito y desplazándose hacia el DIRECCION004 , múltiples actos atentatorios contra la integridad física de personas vinculadas a la banda de los DIRECCION003 , utilizando para ello armas de fuego, machetes y otros instrumentos peligrosos.

1.- En el contexto anteriormente expuesto, Don Adrian , junto con otros dos individuos no identificados, previo concierto con los mismos, persiguió y alcanzó a Don Emilio , quien al verse perseguido se introdujo en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 n° NUM010 y, con claro ánimo de acabar con su vida, le disparó en varias ocasiones por la espalda con un arma de fuego, cuyas características concretas se desconocen al no haber sido intervenida.



Don Emilio , también fue agredido por uno de los individuos concertados con Adrian , al intentar salir del locutorio, quien le propinó sendos machetazos en el brazo derecho y mano izquierda.

A consecuencia de lo anterior, Don Emilio (nacido el NUM011 /1995) resultó lesionado (1) con heridas puntiformes por arma de fuego en cara posterior del hombro derecho, pared torácica posterior de hombro derecho, pared torácica posterior derecha, región dorsal derecha y región lumbar, (2) así como herida incisa en el brazo derecho con afectación muscular y sangrado arterial muscular, herida incisa en cara palmar del primer dedo de la mano izquierda sin afectación tendinosa y herida incisa en cara dorsal del tercer dado de la mano izquierda con sección longitudinal del aparato extensor.

Por dichas lesiones necesitó para su curación tratamiento médico quirúrgico consiste en la sutura de las heridas del brazo y mano izquierda, incluyendo tejido muscular y tendones, estando ingresado en el hospital durante dos días, habiendo invertido en su curación 30 días, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales y quedado como secuelas; cicatrices de 20 cm en brazo derecho; de 5 cm en cara dorsal del tercer dedo de le mano izquierda; de 5 cm en cara palmar del primer dedo de la mano izquierda; puntiforme en cara posterior del hombro derecho; de 3 cm en pared torácica posterior derecha; de 3 cm en región dorsal derecha y puntiforme en región lumbar derecha, teniendo alojado un proyectil en tejido celular subcutáneo en tórax.

Las lesiones descritas son graves y podría haber llegado a comprometer la vida de Don Emilio , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica

2.- Don Adrian a su paso por la CALLE001 con la CALLE002 y con claro ánimo de acabar con su vida, atacó con un machete a Don Celestino , de 19 años de edad, simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , propinándole machetazos en la cabeza y en el brazo izquierdo.

Como consecuencia de dicha acción, ocasionó a Don Celestino , unas lesiones consistentes en: una herida inciso contusa en región temporo-facial derecha con fractura de apófisis frontal del hueso cigomático y herida inciso contusa en cara posterior del tercio medio del antebrazo izquierdo, habiendo requerido para su curación tratamiento médico quirúrgico mediante la sutura de las heridas y ligadura de arteria temporal y corrección de la sección tendinosa parcial del flexor carpi ulnaris y palmaris longus, necesitando 20 días para su curación, siendo 8 de ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas un perjuicio estético consistente en cicatrices de 12 cm en cara posterior de antebrazo izquierdo y de 10 cm en región fronto-temporal derecha (con 7 puntos de valoración de dichas secuelas).

Las lesiones descritas son graves y podría haber llegado a comprometer la vida de Don Celestino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica.

3- Igualmente Don Adrian atacó en la AVENIDA000, con claro ánimo de acabar con su vida, a Don Constantino (nacido el NUM012 /1994) simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , propinándole un machetazo en la cara a la altura de los ojos, causándole un profundo corte en dicha zona.

Como consecuencia de dicha acción Don Constantino , sufrió lesiones consistentes en traumatismo ocular grave y evisceración del ojo derecho, ptosis del párpado superior del ojo izquierdo con atrofia muscular postraumática de ese ojo por posible lesión del recto superior y fracture orbitaria izquierda, precisando para su curación tratamiento médico quirúrgico para evisceración del ojo derecho y sutura de las heridas faciales con puntos, habiendo estado hospitalizado durante 8 días, invirtiendo en su curación 90 días de los cuales 45 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: Evisceración con pérdida de visión del ojo derecho (55 puntos) Ptosis del párpado superior del ojo izquierdo (4 puntos), Anosmia.

Las lesiones descritas son graves y podría haber llegado a comprometer la vida de Don Constantino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica

4.- Don Adrian agredió igualmente a Don Edemiro (nacido el NUM013 /2001) simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , con un machete en su mano izquierda, con claro ánimo de atentar contra su integridad física.

Como consecuencia de tales hechos Don Edemiro , sufrió lesiones consistentes en sección del aparato tendinoso flexor del 2º, 3º y 4º dedo, arteria y nervio cubital colateral del 2º y 3º dedo, y nervio cubital colateral y arteria radial colateral del 4º dedo, requiriendo para su curación tratamiento medido quirúrgico, mediante sutura de tendones y nervios sensores, invirtiendo en su curación 180 días, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole una secuela de naturaleza estética por la cicatriz resultante de la herida y discreta limitación en la flexión de la mano izquierda.

5.- Don Arturo fue detenido por Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en la AVENIDA000 junto a Don Adrian y dos menores, arrojando a unos arbustos dos machetes al observar la presencia policial.





6.- Don Amadeo fue detenido en la CALLE003 esquina con la CALLE004 cuando, junto con otro individuo no identificado, intentó huir de la policía, arrojando previamente al suelo una escopeta de cañones recortados con cartucho en la recámara percutido y dos fundas de arma blanca, una de ellas vacía y la otra con un machete de 40 cm.

La escopeta era una de caza semiautomática, marca Franchi-Llama con n° de serie NUM014 , troquelado en la parte inferior y el n° NUM015 en la parte inferior del cañón, para cartuchos semiautomáticos del calibre 12. Dicha escopeta es un arma reglamentada que exige poseer guía de pertenencia y licencia de armas, considerándose arma prohibida al tener el cañón recortado.

7.- Ninguno de los acusados poseía licencia de armas.

8.- La banda conocida como DIRECCION000 ( DIRECCION001 ) se constituye como grupo urbano establecido en España el 23 de diciembre de 2004 y so integra fundamentalmente por jóvenes de origen dominicano, emulando la existente con el mismo nombre en la República Dominicana y que también está implantada en algunas ciudades de EEUU. Los miembros fundadores de esta banda procedían de otras bandas latinas tales como DIRECCION006 o DIRECCION007 , pero debido a continuas desavenencias y disputas, decidieron segregarse y fundar otra que aglutinase a jóvenes de nacionalidad dominicana.

Se trata de un grupo violento dedicada a la comisión de delitos graves para los que utilizan armas e instrumentos peligrosos y que cuenta con una organización y estructura rígida y estable, con una jerarquía definida, reparto de roles, reuniones periódicas, pago de cuotas, literatura y simbología propias.

Dicha organización se estructura en un orden jerárquico, siendo los Patriarcas los que tienen mando, Perla que el mantiene a la masa informada y el Soldado los que integran la masa y debén obedecer a sus superiores sin excusa alguna.

Las fases previas a la Integración formal en la banda son los que se encuentran en "observación" que es el primer contacto previo a su integración, siendo la "probatoria" el siguiente paso o inmediatamente anterior a la plena integración.

La banda se organiza y constituye en "Coros", existiendo cinco de ellos en Madrid ( DIRECCION008 , DIRECCION009 , DIRECCION010 , DIRECCION011 , DIRECCION012 y DIRECCION013 ) y otras cuatro distintas localidades de la Comunidad ( DIRECCION014 , DIRECCION015 , DIRECCION016 y DIRECCION017 ).

Sus integrantes residen en cualquier barrio de la capital o ciudad, pero se congregan ante el llamamiento o convocatoria del Supremo. El denominado "control", significa que en el barrio donde está establecido un Coro, los DIRECCION001 utilizan violencia para ejercer el dominio sobre el barrio.

La violencia la ejercen tanto contra miembros rivales de otras bandas como contra individuos no integrantes de bandas latinas, pero que pudieran tener algún tipo de integración o trato con ellos.

Parte de sus acciones lo son de hostigamiento directo hacia los componentes de otras bandas como los DIRECCION007 o los DIRECCION003 , habiendo conseguido llegar a desplazarlos de sus lugares habituales de reunión, mediante ataques contra la vida, la integridad física y la libertad de los mismos.

Esta banda ha sido considerada organización criminal, por varias resoluciones judiciales.

9.- Don Arturo es integrante y Don Adrian , Don Amadeo están vinculados con la banda DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), habiendo sido identificados y detenidos en varias ocasiones por la policía.

10.- Don Adrian , ha estado privado de libertad por estos hechos desde su detención el día 30 de septiembre de 2019, habiéndose dictado el 21/10/2019 auto de prisión provisional, situación en la que continua actualmente.

11.- Don Arturo y Don Amadeo han estado privados de libertad por estos hechos desde su detención el día 30 de septiembre de 2019, habiéndose dictado el 2/10/2019 auto de prisión provisional y siendo decretada su libertad provisional por auto de 29/06/2020.

12.- Ninguno de los perjudicados ha renunciado expresamente a la indemnización que le pudiera corresponder por las lesiones sufridas, a excepción de Don Desiderio , que manifestó en el plenario su renuncia a las acciones que le corresponderían en este procedimiento, presentando su representación procesal escrito de renuncia al ejercicio de la acción penal.

13.- No ha sido probado que Don Benito participara materialmente en los hechos antes referidos.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. - Valoración de la prueba





Los hechos declarados probados resultan de la valoración razonada y en conciencia de la prueba practicada en el acto del juicio bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim.

La prueba desarrollada en el acto de juicio, consistió en declaración de los acusados, la testifical tanto de testigos presenciales de los hechos como de agentes de policía que comparecieron en el lugar de los hechos, de los propios perjudicados, los policías intervinientes en actuaciones policiales anteriores de detención e identificación de los acusados, la prueba pericial de los distintos informes periciales obrantes en la causa, la visualización del video en el que quedaron grabados los hechos referidos en el número 2 de los hechos probados, y la documental obrante en la causa. Abundante prueba desarrollada durante las cuatro sesiones del plenario que ha llevado a la Sala a considerar enervada la presunción de inocencia que ampara a los acusados.

En el acto del juicio la Sala ha podido valorar la declaración de los **acusados. Don Adrian**, el referido es el principal acusado en esta causa, y ha reconocido parcialmente los hechos objeto de la acusación. Efectivamente negó su pertenencia a la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), señalando que el día de los hechos había quedado con una chica y con amigos, negando que portara un machete, pero reconociendo que se armó un conflicto y que uno de los que le acompañaban llevaba una pistola y él se la quitó de las manos, la cogió. El acusado no fue explícito en su declaración en cuanto a la forma y el motivo por el que surgió el conflicto. Manifestó que le golpearon a él y a su amigo y disparó el arma a una persona que no conocía, pero no quería causar daños ni muerte. Recociendo que disparó, declaró no saber la forma en qué lo hizo. Sin embargo, lo anterior, no reconoció tampoco que propinara un machetazo negando que tuviera un arma blanca y también declaró que desconocía quien era Emilio . El acusado admitió que entró en el locutorio " DIRECCION005 " y que cuando salió había un tumulto de gente, salió corriendo y le detuvo la policía, en todo caso sin explicar detalles de tales extremos.

El acusado respecto de Constantino , por el que fue preguntado, declaró que le conocía porque había estado en un centro de menores con él, pero negando que le agrediera. Vestía sudadera negra según cree y no llevaba gorra. Negó que le llamaran "el huevo" y que coincidiera con los otros acusados. Y respecto a las víctimas también negó conocer que fueran de los DIRECCION003 . En todo caso el acusado justificó el hecho de entrar en el locutorio a por la persona que le había agredido. Y respecto a si tenía permiso de armas, indicó que no lo tenía y que el arma era de otro compañero, al que por otro lado no identificó, también que no sabe si alguien llevaba una escopeta. El acusado no dio explicación respecto a la distancia que recorrió hasta ser detenido, dijo desconocer la zona en que sucedieron los hechos. Y además que sabía que las balas eran de goma y no vio la agresión con machetes. Respecto a su relación con los otros acusados, no estaba ese día con Benito , no conoce a Amadeo .

A preguntas de su defensa fue algo más explícito sobre los hechos, sobre el origen de los hechos manifestó que comenzó a llegar gente, que pegaron a Adrian les separó y le agredieron a él. Que el arma la tenía Adrian y él sabía que era de bolas. El arma no mataba, quería lesionarle. En cuanto a lo ocurrido al salir, relató como entregó la pistola a Adrian , y estaban pegándose treinta o cuarenta personas. Reconoció solo, lo de la pistola, además de conocer a Constantino del Centro de Menores y que tuvo un conflicto con él. Respecto a Celestino que coincidió con él en alguna actividad en DIRECCION018 . Negó nuevamente su relación con bandas latinas, admitiendo que fue únicamente identificado en el PARQUE000 por la policía al que iba y lo frecuentaba por estar cercano a su domicilio. Volviendo a la pistola indico que cree que la compró en una tienda de deporte y que se fue corriendo y le detuvieron no mucho tiempo después.

El acusado Don Amadeo no admitió los hechos de los que se le acusa, inicio su declaración negando su pertenencia y relación con los DIRECCION001 . Señaló que iba solo y vestía jersey rojo color vino y gorra del mismo color y negro. Negó que manejara un arma y no dio explicación alguna sobre los restos encontrados tras realizarle la prueba pericial. Tampoco ha reconocido que arrojara la escopeta ni un machete al suelo. Únicamente señaló que vio gente corriendo y él salió también corriendo. Carece de permiso de armas, desconoce a los demás acusados y no tiene nada contra los DIRECCION003 . Si reconoció haber sido identificado anteriormente porque bajaba a las canchas, no recordando cuando se le preguntó por la identificación en la PLAZA000 .

A su defensa manifestó que no recordaba ver a Adrian el día de los hechos y que al bajar del autobús vio gente, lleva cinco años en España y está legal y no ha sido detenido por estar relacionado con bandas latinas. Referente a su detención indicó que había mucha gente, no recuerda ver el coche de policía y justificó que corriera porque tenía miedo. Tampoco vio a un chico con sudadera blanca, ni a nadie portando un cuchillo, ni vio tirar objetos por la rampa del garaje de la CALLE003 . Y solo, al oír a la policía, se enteró del conflicto que había existido. Respecto a la toma de muestras para las pruebas que le realizaron de la parafina, se las tomaron en la rampa del garaje. No sabe disparar, no ha tenido armas, ni machete. No conoce a los otros acusados





ni a los heridos y tampoco a las personas con las que estaba cuando fue identificado con anterioridad en la cancha, ni conocía que fueran de DIRECCION001 y el día de los hechos no llevaba ni guantes ni pasamontañas.

El acusado Don Arturo, también de igual forma que los demás acusados negó su pertenencia la banda latina DIRECCION001 tener algo en contra con los DIRECCION003. Manifestó que se encontraba solo y le dieron una pedrada estaba con una chica llamada Esmeralda que estaba conociéndola. Negó que fuera con los dos menores y que les conociera. Tampoco reconoció que arrojara nada a los arbustos, ni vio a nadie arrojarnos. Desconoce quién es Desiderio, no había coincidido con Adrian, no conoce la CALLE001, tampoco DIRECCION002 y no presencié una agresión con machetes. Respecto a su identificación con personas relacionadas con DIRECCION001, desconoce que fueran de la banda latina, tiene muchos amigos y no sabe de qué banda son. Respecto a sus detenciones en DIRECCION013 el acusado no fue explícito respecto a las mismas y en la PASE0000, tiene amigos de todas las nacionalidades y no saben si son de DIRECCION001. En cuanto a si el día de los hechos manejó armas el acusado lo negó, sin dar explicación a la existencia de restos según se determinó por la prueba que le realizaron. Respecto a Benito declaró que no estuvo con él y que le conoció el día del juicio y a Amadeo tampoco le conoce. Había más de veinte personas agrediendo y no vio a Adrian con armas. A su defensa señaló, que es diestro, no vio tirar objetos, corrían hacia DIRECCION019 y empezó a correr al ver tantas piedras y luego fue detenido

Y por último el acusado Don Benito, tampoco reconoció los hechos por los que se le acusa. Refirió que conoce a Adrian del Instituto, pero esa noche no estaba con él. Estaba en el DIRECCION020, un salón de juegos de PLAZA000. Declaró que no pertenece a los DIRECCION001 ni es de ninguna banda. A Adrian ni a Alonso los menores no los conoce y suele ir al PARQUE000, pero ahora menos. Reconociendo que ha sido identificado anteriormente, manifestó que no tiene amigo de los DIRECCION001 y le identificaron en DIRECCION015 explicando porque estaba por allí, no recordó la detención de DIRECCION021, DIRECCION022 es su barrio y también al ser identificado en la discoteca DIRECCION023 es porque pasaba por allí. Respecto a la rueda de reconocimiento no sabía que la persona que reconocía conocía a personas que integraban la rueda.

1.- Nos referimos a los hechos en que se implica al acusado Don Adrian, ocurridos en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 n° NUM010. Sobre tales hechos obra en la causa (folio 245), grabación en soporte digital de cómo se produjeron los hechos. Esta grabación fue aportada a la causa por el propietario del locutorio Eduardo, quien declaró como testigo en plenario, confirmando efectivamente que en el establecimiento entró una persona cuando estaban limpiando, se introdujo en el habitáculo, y él se metió con su compañero Everardo en el servicio y escucharon detonaciones. Manifestó no haber visto como se produjeron los hechos y que después de las detonaciones salieron, no había nadie y que todo fue muy rápido.

La grabación visionada en el Plenario, es concluyente en relación a lo que sucedió en el interior de locutorio. Esta grabación fue analizada por la policía como se documenta en el atestado de la Brigada Provincial de Información de Madrid de n° NUM016 de 3 de octubre de 2019 (ampliatorio al atestado n° NUM017 de 1 de octubre de 2019). Consta en el atestado (folios 223 a 244) el acta de visionado realizada por el funcionario de la Brigada con carnet profesional n° NUM018, donde de forma muy detallada se describe lo ocurrido. Esta agente policial se ratificó en el juicio oral en el acta indicada.

La víctima de los hechos ocurridos en el locutorio, Don Emilio, en el plenario, facilitó datos de lo ocurrido señalando que iba caminando solo hacia la frutería, cuando salió un grupo de personas. Por ello entro en el locutorio declarando que luego entró un individuo en el locutorio disparando y otros dos con una máscara. Manifestó que le dieron cuatro tiros en la espalda y un corte. Respecto del arma señaló que era un arma chiquita y otro llevaba la escopeta envuelta en un trapo. Referente al machetazo, que se lo dio otra persona al que no le vio la cara, y que solo vio al que le disparó. Intentó salir primero se fue corriendo y pidió ayuda a la policía. Respecto a su pertenencia a los DIRECCION003 el testigo lo negó y en cuanto a la explicación sobre los hechos manifestó que fue una confusión y que en barrio hay muchas bandas y todo fue muy rápido. El testigo afirmó que reconoció al autor de los disparos, al que no conocía de nada, le atendieron en el hospital y reclama la indemnización que le corresponda. El testigo respecto a los disparos reiteró que recibió cuatro impactos por la espalda y le quedan dos proyectiles (hombro derecho y costilla derecha), y en cuanto a los agresores que dispararon dos de ellos y solo le causó daños uno, al autor le tuvo de frente y por eso lo reconoció y le dijeron que el que llevaba la escopeta se suicidó.

Las investigaciones que llevó a cabo la Brigada Provincial de Información de Madrid se documentaron en el atestado n° NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), cuyo Instructor el PN NUM019 y el secretario de las mismas PN NUM020 ratificaron en el plenario su integro contenido. El testigo explicó que realizaron las primeras diligencias y que la investigación concreta la continuó el grupo específico que tiene encomendado dentro de la Policía las investigaciones sobre las bandas latinas. Como consta en el atestado, se documentan las comparecencias policiales y las detenciones llevadas cabo. Este testigo fue muy explicativo, respecto a los hechos ocurridos en cuanto que afirmó, se trataba de un tiroteo en un locutorio, con dos lesionados uno con



impactos de bala y con un machete, y otro lesionado por arma blanca, todo ello en lugares cercanos. Añadiendo que a pocos metros dos chavales habían arrojado una escopeta, un machete y una funda de machete en la CALLE007 y además a pocos metros, hubo otra intervención en la que había machetes y heridos graves. Reiteró el testigo, que en pocos metros y en pocos minutos se hacen las intervenciones. Este testigo como las investigaciones documentadas ponen en evidencia la relación existente entre los distintos hechos que son objeto de acusación y de las personas que intervienen.

Al suceder los hechos se personaron distintas dotaciones policiales destacando el indicativo DIRECCION024 integrado por los Policías Municipales con carnet profesional PM NUM021 y NUM022, auxiliados por el indicativo DIRECCION025 integrado por los Policías Municipales con carnet profesional PM NUM023 y NUM024, estos últimos que se dirigieron al locutorio. Los agentes policiales han comparecido como testigos ratificando en toda su intervención, dando idea de la situación nada más ocurrir los hechos. En referencia a los hechos ocurridos en el locutorio los Policías Municipales con carnet profesional PM NUM023 y NUM024, hicieron constar que a la salida del locutorio a escasos metros se encuentra un machete de grandes dimensiones y varias vainas pudiendo ser de calibre "9 mm parabellum", acotaron la zona a fin de preservar los vestigios encontrados, se entrevistaron con el propietario del locutorio, que manifestó que los agresores huyeron a la carrera e identificaron al herido como Emilio, el cual tras ser asistido por en indicativo SAMUR NUM025 fue trasladado al HOSPITAL000 con pronóstico grave, lo que efectivamente consta evidenciado por el parte de asistencia unido al atestado instruido (folio 25).

A los efectos de la investigación, resulta relevante para todos los hechos a los que se refiere la acusación, el Acta de Inspección Ocular Técnico Policial elaborada por la Brigada Provincial de Policía Científica de 13 de octubre de 2019, del que fue Instructor el PN NUM026 y secretario PN NUM027 (folios 259 a 277). Respecto del Locutorio los agentes de policía que intervinieron y que ratificaron en su integridad el acta referida, declararon que recogieron varias vainas y elementos balísticos y sangre de dos víctimas y dos machetes. En todo caso el detalle de los vestigios y muestras recogidos se encuentra detallado en el acta policial.

También resultan relevantes los resultados periciales que consta en el informe de 20 de noviembre de 2019, relativos a varias armas y elementos balísticos (folios 608 a 609) y en concreto sobre los vestigios recogidos en el locutorio. Al respecto concluye sobre los cuatro cartuchos metálicos recogidos en el lugar son utilizado en armas denominadas "no letales o traumáticas", que no se comercializan en España. Concluye que los cartuchos fueron disparados con una pistola detonadora "modificada" de las existentes en el Grupo de Balística en la colección técnica de armas comprobándose su normal operatividad. Y sobre las cuatro vainas percutidas se corresponden con las que técnicamente montan los cartuchos anteriores y el proyectil esférico se corresponde con los que técnicamente montan los cartuchos y vainas indicadas. Sobre las conclusiones, los policías que elaboraron el informe pericial PN NUM028 y NUM029, ratificaron en su integridad el informe, explicando la referencia a que son utilizados en armas denominadas "no letales o traumáticas". Así indicaron que la bala como tal es de goma y respecto a si pueden acabar con la vida de una persona señalaron que influyen muchos factores, suelen ser para pistolas detonadoras, que en España no están permitido adquirir en tiendas. Son armas de fuego, pero se diferencian en que la bala general las heridas se clavan no entran tan profundo, pero se introducen en el cuerpo.

En orden a la identificación de los autores de los hechos ocurridos en el locutorio " DIRECCION005 ", contamos con el reconocimiento que, de los hechos, si bien de forma parcial, ha realizado en el plenario el acusado Don Adrian. A lo que se debe añadir el testimonio del testigo y víctima de los hechos Don Emilio, que ratificó en el plenario el reconocimiento realizado en la rueda de reconocimiento (folio 434) ante el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid. Como también los testimonios de los testigos Araceli y de Juan Luis, quienes también en el Juzgado Instrucción (folios 430 y 436) reconocieron al acusado sin género de dudas como quien efectuó los disparos, ratificando esos reconocimientos en el plenario.

El testigo Juan Luis aportó datos de interés sobre los hechos, reconociendo que conocía a Emilio manifestó que iba dando un paseo y vio a un grupo de chavales tapados y gritando. Manifestó que entraron en locutorio y vio a una persona entrar con una bolsa y a otras dos más, vio un tiro de escopeta y otros dos tiros más. Vio chicos corriendo y uno cayó y le golpearon con machetes y llamó a la policía. Escuchó disparos y respecto las señas físicas, indicó que, quien portaba la escopeta tenía complexión gruesa y el de la pistola era bastante alto. Afirmó que les vio disparar porque se ve todo desde la calle. Que Emilio era la persona con quien se estaban cebando. Respecto a quien llevaba la pistola declaró con rotundidad, que la persona que llevaba la pistola iba con el rostro descubierto y le reconoció sin género de dudas en la rueda de reconocimiento. El testigo fue relevante, para dar una explicación sobre el motivo por el que sucedieron los hechos, en cuanto que manifestó igualmente que escuchaba muchos silbidos, gritaban un grito muy extraño y tenían pinta de pertenecer a una banda, y que iban cubiertos con pañuelos rojos y negros y pantalones bajados característicos.



Araceli, también ratificó el reconocimiento realizado en el Juzgado, en el plenario en su declaración manifestó que no vio a ninguna persona disparar, pero sí a una persona que portaba la pistola y formaba parte del grupo y que no vio a nadie con otra arma también vio machetes, pero no quien los portaba. Tienen relevancia sus manifestaciones también respecto a que vio a unos dominicanos encapuchados con pelo "afro", que algunos vestían de negro, no vio las caras, que decían os vamos a matar y DIRECCION001 y algunos iban tapados.

No se ha podido identificar a las otras dos personas que entraron en el locutorio con el acusado Don Adrian .

El resultado lesivo ocasionado a Don Emilio , se ha objetivado mediante el informe médico forense de sanidad de 17 de enero de 2020 (folios 733 y 734) y el informe médico-forense de 23 de mayo de 2020 (folios 1563 a 1564), también el de 5 de marzo de 2020 (folio 1565). Tanto Don Benedicto como Don Benjamín los ratificaron en su integridad en la causa (folios 1863,1921 y 1922) y en el acto de juicio. Pudiéndose concluir que el lesionado, Don Emilio resultó lesionado con heridas puntiformes por arma de fuego en cara posterior del hombro derecho, pared torácica posterior de hombro derecho, pared torácica posterior derecha, región dorsal derecha y región lumbar 8llo como consecuencia de los disparos) así como herida incisa en el brazo derecho con afectación muscular y sangrado arterial muscular, herida incisa en cara palmar del primer dedo de la mano izquierda sin afectación tendinosa y herida incisa en cara dorsal del tercer dedo de la mano izquierda con sección longitudinal del aparato extensor (como consecuencia de la agresión con arma blanca).

Manteniendo que por dichas lesiones necesitó para su curación tratamiento médico quirúrgico consiste en la sutura de las heridas del brazo y mano izquierda, incluyendo tejido muscular y tendones, estando ingresado en el hospital durante dos días, habiendo invertido en su curación 30 días, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales y quedado como secuelas; cicatrices de 20 cm en brazo derecho; de 5 cm en cara dorsal del tercer dedo de la mano izquierda; de 5 cm en cara palmar del primer dedo de la mano izquierda; puntiforme en cara posterior del hombro derecho; de 3 cm en pared torácica posterior derecha; de 3 cm en región dorsal derecha y puntiforme en región lumbar derecha, teniendo alojado un proyectil en tejido celular subcutáneo en tórax.

Y el pronóstico determinado por los Forenses, resulta que las lesiones fueron de carácter grave, podrían haber llegado a comprometer la vida del lesionado, de no haber mediado una correcta y rápida asistencia medico quirúrgica.

Además, es determinante que se encontraron partículas específicas de residuos de disparos en los dos portamuestras aplicados sobre ambas manos y antebrazos de Don Adrian . Al respecto nos hemos remitido al Informe Pericial sobre residuos de disparo (folios 571 a 576) de 6 de noviembre de 2019, elaborado por el facultativo nº NUM030 y técnico nº NUM031 del Laboratorio Químico Toxicológico de la Comisaría General de Comisaría Científica, los cuales en el plenario ratificaron el informe en su integridad. No existe duda por otro lado de que la toma de muestras y de vestigios, fue realizada correctamente como se documenta en la causa en las actas de 13 de octubre de 2019 (folios 259 a 277) y de 1 de octubre de 2019 (folios 278 a 182) y se ratificó en el juicio oral por los agentes que procedieron a la recogida PN NUM026 y PN NUM027 , PN NUM032 y PN NUM033 , respectivamente. Como también se valora el informe sobre muestras para determinación de ADN (folios 793-804) de 20 de enero de 2020, que obtiene el perfil genético del acusado Adrian en la sudadera intervenida.

Todo ello lleva al convencimiento de la Sala, a considerar probado el acusado Don Adrian , junto con otros dos individuos no identificados, previo concierto con los mismos, persiguió y alcanzó a Don Emilio , quien al verse perseguido se introdujo en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 n° NUM010 y, evidenciando animo de acabar con su vida, le disparó en varias ocasiones por la espalda con un arma de fuego, cuyas características concretas se desconocen al no haber sido intervenida. Don Emilio , también fue agredido por uno de los individuos concertados con Adrian , al intentar salir del locutorio, quien le propinó sendos machetazos en el brazo derecho y mano izquierda.

Como consecuencia de esa agresión Don Emilio , sufrió las importantes lesiones a las que nos hemos referido de carácter grave, que podrían haber llegado a comprometer la vida del lesionado, de no haber mediado una correcta y rápida asistencia medico quirúrgica.

El acusado carece de licencia de armas, y en ello se valora el documento de 7 de julio de 2020 (folio 1654) en el que la Policía informa que, consultada la base de datos de la intervención central y Armas y explosivos de la Guardia Civil, que los acusados Don Adrian , Don Amadeo y Don Arturo , carecen de licencia de armas. (folio 1656).

2.- También se acusa a Don Adrian , que tras los hechos ocurridos en el locutorio y a su paso por la CALLE001 con la CALLE002 y, atacó con un machete a Don Celestino , propinándole machetazos en la cabeza y en el brazo izquierdo. Como consecuencia de dicha acción, se ocasionó a Don Celestino , unas lesiones graves que



podrían haber llegado a comprometer su vida de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica.

El acusado no asume tales hechos. El testigo Don Celestino en su declaración en juicio refirió, que se encontraba con su novia con una amiga y con un familiar de ella se fue a coger un jersey y por el camino vio mucha gente le ordenaron y un chico le dio un machetazo en la cara y otro chico un machetazo en el brazo, desconociendo el motivo. Manifestó que le decían cosas de bandas y él decía que no era él y le preguntaron si era de los DIRECCION003. Declaró que no es ni conoce a los DIRECCION003 y que los agresores decían "eoe" y "de tres". En relación al reconocimiento del agresor manifestó que reconoció en el Juzgado sin dudas, al que le dio el machetazo. Salió corriendo vio a una mujer y pidió que llamara a una ambulancia y al hospital, reclamando la indemnización que le corresponda. Sobre el reconocimiento el testigo fue contundente al manifestar que lo reconoció sin ningún género de dudas, que a las otras personas no las conocía y se quedó con la cara del que le agredió. Por la defensa en el interrogatorio se puso de manifestó la posibilidad de que conociera de la prisión al acusado, circunstancia que el testigo negó, reiterando que se fijó físicamente, en quién le agredió, explicando que en la rueda de reconocimiento reconoció al nº NUM034 y al nº NUM035 este segundo al 80% que para la tenía las características de uno que le dio un botellazo pero que no le llegó a impactar. Concluyendo que le agredieron un montón, pero vio la cara al que le dio un machetazo y al otro le reconoció porque le tiró el botellazo.

Obra en la causa el acta de reconocimiento sin ningún género de dudas, que efectuó el testigo Don Celestino al acusado Adrian, (folio 438) ratificado en el plenario.

Las investigaciones que llevó a cabo la Brigada Provincial de Información de Madrid que se documentaron en el atestado nº NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), cuyo instructor el PN NUM019 ratificó en el plenario su integro contenido, y las contenidas en el atestado de la Brigada Provincial de Información de Madrid de nº NUM016 de 3 de octubre de 2019 (ampliatorio al atestado anterior). El componente del indicativo NUM062 funcionario PN NUM036, ha testificado en el acto de juicio ratificando su actuación. Así, el PN NUM036 manifestó que se dirigían al lugar de los hechos en el locutorio cuando por la AVENIDA000, fueron requeridos por una persona porque había una persona ensangrentada, por ello atendieron al herido, para que le trasladaran a un centro asistencial. Mantuvo que identificaron en el lugar a cuatro personas y que el herido tenía un corte profundo en la sien derecha y les paró Casilda y su pareja, también que llegaron dos personas que no identificaron que dijeron nos vemos en casa. Los agentes refirieron que el herido no manifestó cuantas personas le habían agredido. Por su parte el PN NUM037 reiteró lo manifestado por su compañero ratificando su actuación policial, añadiendo que escuchó que los autores estaban por las proximidades. Tales hechos están detallados en el atestado (folios 34 y 35) donde se hace constar que al lugar acudió un indicativo SAMUR NUM038, que prestó la primera asistencia y trasladó al herido al HOSPITAL001 con pronóstico reservado siendo en torno a las 23,25 horas. La dotación policial quedó en el lugar hasta la presencia de la policía científica.

El resultado lesivo ocasionado a Don Celestino, se ha objetivado mediante el informe médico forense de sanidad de 31 de octubre de 2019 (folios 465), el informe médico-forense de 23 de enero de 2020 (folio 749), el informe médico-forense de 5 de marzo de 2020 (folio 837) y el informe médico-forense de 23 de mayo de 2020 (folios 1563 a 1564). Tanto Don Benedicto como Don Benjamín los ratificaron en su integridad en la causa (folios 1863,1921 y 1922) y en el acto de juicio. Pudiéndose concluir que el lesionado, Don Celestino, unas lesiones consistentes en: una herida inciso contusa en región temporo-facial derecha con fractura de apófisis frontal del hueso cigomático y herida inciso contusa en cara posterior del tercio medio del antebrazo izquierdo, habiendo requerido para su curación tratamiento médico quirúrgico mediante la sutura de las heridas y ligadura de arteria temporal y corrección de la sección tendinosa parcial del flexor carpi ulnaris y palmaris longus, necesitando 20 días para su curación, siendo 8 de ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas un perjuicio estético consistente en cicatrices de 12 cm en cara posterior de antebrazo izquierdo y de 10 cm en región fronto-temporal derecha (con 7 puntos de valoración de dichas secuelas). Las lesiones descritas son graves y podría haber llegado a comprometer la vida de Don Celestino, de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica. Lesiones que se causaron en todo caso con un instrumento de una hoja a lo que se sumaría un componente contundente.

Con ello la Sala llega a la plena convicción de que el acusado Don Adrian a su paso por la CALLE001 con la CALLE002 y con evidente ánimo de acabar con su vida, atacó con un machete a Don Celestino, de 19 años de edad, simpatizante de la banda de los DIRECCION003, propinándole machetazos en la cabeza y en el brazo izquierdo. Como consecuencia sufrió graves lesiones que podrían haber llegado a comprometer la vida de Don Celestino, de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica.

3.- El siguiente hecho igualmente imputado al acusado Don Adrian se refiere a que atacó en la AVENIDA000 a Don Constantino (nacido el NUM012 /1994), simpatizante al parecer también, de la banda de los





DIRECCION003 , propinándole un machetazo en la cara a la altura de los ojos, causándole un profundo corte en dicha zona.

Respecto a este hecho, en el atestado de la Brigada Provincial de Información de Madrid nº NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), que ha sido ratificado íntegramente en el plenario como ya se ha dicho, refiere que los agentes componentes del indicativo policial NUM039 PN NUM040 y PN NUM041 ,observaron que en la AVENIDA000 a la altura de la boca de metro de DIRECCION026 a un varón realizando aspavientos con los brazos tratando de llamar la atención de los agentes, como se le había indicado por otro indicativo policial NUM042 . Allí se encontraba quien luego se identificó como Don Constantino , el cual tenía un corte de grandes dimensiones en la cara, del que brotaba mucha sangre. Los agentes con un viandante al que identificaron, procedieron a asistir al herido, llegando al lugar una dotación del SAMUR identificad con el nº NUM043 que trasladaron al herido al HOSPITAL000 . La persona que les requirió Cayetano manifestó a los agentes que no vio la agresión ni a nadie huir. Por su parte identificaron los agentes a Armando , quién les manifestó que momentos antes observó a un varón, que mediante el uso de un machete de grandes dimensiones ocasiona lesiones al herido y que el presunto autor huyó junto con otros tres varones que fueron identificados a la altura del nº NUM044 de la AVENIDA000 . Se hace constar en el atestado que el testigo, no supo precisar cuál de los tres varones había sido el agresor, pero sí, que se trataba de uno de ellos.

Los hechos que se hacen constar en el atestado han sido ratificados por los agentes de policía intervinientes PN NUM040 y PN NUM041 . El primero señaló que con conocimiento de la existencia de una reyerta se dirigían al lugar donde fueron comisionados y en el camino, les requirió un varón por la existencia de un herido. Manifestó que, asistieron al herido y su compañero taponó la herida hasta la llegada de la asistencia médica. Respecto a la posible autoría de la agresión el agente señaló, que uno de las personas que encontraban en el lugar les manifestó que había observado a unos jóvenes y que uno de ellos había causado las lesiones al herido y les dijo que de los cuatro que estaban enfrente, uno de ellos había sido, reiteró el agente que les dijo que uno de ellos había sido, pero no podía precisar cuál. El testigo ratificó íntegramente el contenido del atestado. Declaró igualmente el agente que la lesión era importante y que un indicativo policial les hizo entrega de un cuchillo que habían encontrado a escasos metros que pensaron podía tener relación con la agresión. Por su parte el testigo PN NUM041 , manifestó ratificar el atestado y los hechos que refiere el mismo, reiterando que su compañero filió a las personas que estaban, y que había un tal Armando que vio que una persona había agredido al lesionado con un machete y se había marchado del lugar, sin que la víctima dijera quién había sido.

El testigo presencial de los hechos Armando , en el acto de juicio en su declaración manifestó, que se encontraba a altura del metro de DIRECCION026 iba en su moto hacia DIRECCION019 y vio a un chico con un corte en la cara y que se caía. No dijo a la policía quien había sido, pero sí que estaba peleándose con personas que iban andando hacia DIRECCION019 . El chico salía como huyendo, y no le dijo nada, no vio ningún tipo de arma, manifestando que había otro chico que le ayudo hasta que llegó la policía.

El testigo y víctima de los hechos Don Constantino en el plenario manifestó conocer al acusado Adrian , por haber estado con él en un centro de menores. Estaba en una terraza escuchó disparos y gente que subía y uno de ellos fue detrás suyo. Había mucha gente y Adrian le dio un machetazo en la cara. En su declaración manifestó claramente que no tenía dudas de que el agresor fuera Adrian , con el que había tenido problemas en el centro. También el testigo declaró que no tenía simpatías por los DIRECCION003 ni pertenece a esa banda y desconoce si Adrian pertenecía a alguna. Añadió que cayó desmayado. Reclama por las lesiones y finalmente afirmó que a Adrian le llaman el "huevo", reiterando que la agresión la hizo solo Adrian que iban con más gente, le sujetaron.

Se han objetivado mediante el informe médico forense de 12 de noviembre de 2020 (folios 1762 y 1763), informe médico forense de oftalmología de 2 de octubre de 2020 (folios 1715 y 1716), el informe médico forense de 22 de octubre de 2020 (folio 1723), el informe médico forense de 23 de mayo de 2020 (folios 1563 a 1564). Tanto Don Benedicto como Don Benjamín los ratificaron en su integridad en la causa (folios 1863,1921 y 1922) y en el acto de juicio como también el Don Luciano . Objetivando que como consecuencia de dicha acción Don Constantino , sufrió lesiones consistentes en traumatismo ocular grave y evisceración del ojo derecho, ptosis del párpado superior del ojo izquierdo con atrofia muscular postraumática de ese ojo por posible lesión del recto superior y fractura orbitaria izquierda, precisando para su curación tratamiento médico quirúrgico para evisceración del ojo derecho y sutura de las heridas faciales con puntos, habiendo estado hospitalizado durante 8 días, invirtiendo en su curación 90 días de los cuales 45 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: Evisceración con pérdida de visión del ojo derecho (55 puntos) Ptosis del párpado superior del ojo izquierdo (4 puntos), Anosmia. Las lesiones descritas son graves y podría haber llegado a comprometer la vida de Don Constantino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica.





Concluye por tanto la Sala que el acusado Don Adrian atacó en la AVENIDA000 a Don Constantino , simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , propinándole un machetazo en la cara a la altura de los ojos, causándole un profundo corte en dicha zona, todo ello con un evidente ánimo de acabar con la vida de su víctima. Las lesiones que padeció son graves y podrían haber llegado a comprometer la vida de Don Constantino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica

4.- El siguiente hecho violento atribuido al acusado Don Adrian , es la agresión a Don Edemiro , simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , con un machete en su mano izquierda.

El testigo Don Edemiro no pudo ser citado, pero compareció finalmente en el plenario, y en su testimonio manifestó que iba al metro a buscar a su chica y de camino le cogieron en la parada del metro de DIRECCION002 . Indicó que iban detrás con machetes, no sabe decir más, eran muchos unos tapados y otros descubiertos, pero no sabe con qué se cubrían. No sabe el motivo por el que le agredieron y no conocía a los agresores, tampoco que fueran de una banda, pero luego se enteró que eran de los DIRECCION001 . Que le lesionaron con un machete, reconoció al agresor y se ratifica y no duda. En su declaración mantuvo que no conocía al agresor, pero que a Emilio y a Constantino los conoce del barrio y no sabe si eran de una banda. Que no ocurrió próximo al locutorio " DIRECCION005 ", tuvo herida en el brazo para evitar el golpe no maneja la mano del todo y fue lesionado en cuatro dedos, ha ido a rehabilitación y no recupera. Pidió ayuda a la policía y no les dijo quien había sido.

Nos referimos nuevamente al atestado de la Brigada Provincial de Información de Madrid nº NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), que ha sido ratificado íntegramente en el plenario como ya se ha dicho. En el atestado se hace constar que los funcionarios de la Policía Municipal PM NUM021 y NUM022 con indicativo DIRECCION024 , realizaban patrulla en vehículo rotulado por la CALLE005 con la CALLE006 , observaron entre otros hechos que una persona de origen latino que manifiesta que momentos antes una persona que salía de un locutorio se ha abalanzado contra él con un machete produciéndole un corte de consideración en la mano izquierda, persona a la que auxiliaron hasta la llegada de la dotación de asistencia sanitaria. El herido fue identificado como Don Edemiro que fue trasladado del lugar de los hechos al HOSPITAL002 y posteriormente al HOSPITAL003 de Madrid, donde permaneció bajo custodia policial del indicativo de Policía Municipal DIRECCION027 , integrado por PM NUM045 y NUM046 .

Los funcionarios de la Policía Municipal PM NUM021 y NUM022 con indicativo DIRECCION024 , ratificaron el atestado como ya hemos referido en esta resolución. El PM NUM046 en la declaración testifical manifestó que intervino en la custodia policial de Don Edemiro , y que éste les manifestó, que una persona que había pasado estando en el centro sanitario, era la que le había agredido con machete. Este extremo se hace constar en el atestado, refiriendo que, al paso de un herido latino cerca del herido en otra camilla, indicó a los custodios que reconocía sin ningún género de dudas a esa persona, como la que momentos antes le había agredido con un machete y le había producido las lesiones que presentaba en la mano. Identificando a esa persona como Adrian .

Respecto a dicha identificación, el PM NUM045 por haber fallecido, no pudo ratificar su actuación en el acto de juicio, si bien en el mismo y como prueba documental se procedió a reproducir su declaración ante el Juzgado de Instrucción (folios 248 y 249), grabada en soporte digital y practicada el 17 de octubre de 2019. En la misma el agente afirma formar parte del indicativo DIRECCION027 , y que custodiaban a un chico de 19 años del que no sabía el nombre exacto. Respecto al reconocimiento por el custodiado, manifestó que se encontraban en el HOSPITAL002 y llegó una dotación policial con otros detenidos. El custodiado reconoció a uno de ellos como quien le había dado el machetazo, que eran cinco los detenidos. Respecto a las lesiones que tenía el joven manifestó el agente que tenía cortes en las arterias de los dedos y se lo llevaron a otro hospital. Como consta en la grabación, el agente reiteró que oyó perfectamente que el herido dijo quién se lo había hecho y la policía nacional identificó a esa persona. También declaró, que se veía que eran de los dos bandos y refiriéndose a otro el lesionado les manifestó "ese también estaba en la pelea". El agente concluyó manifestando que no hicieron parte de intervención, dieron los datos. Con ello tanto este agente como el anterior dieron testimonio sobre la identificación del agresor.

La identificación fue ratificada ante el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid (folio 432) en la rueda de reconocimiento practicada donde Don Edemiro sin dudas reconoció al identificado como Adrian como la persona que le dio con el machete en la mano, reconocimiento ratificado en el plenario.

Como consecuencia de tales hechos, se han objetivado mediante el informe médico forense de 7 de julio de 2020 (folios 1654). Tanto Don Benedicto como Don Benjamín lo ratificaron en su integridad en la causa (folios 1863,1921 y 1922) y en el acto de juicio. Don Edemiro , sufrió lesiones consistentes en sección del aparato tendinoso flexor del 2º, 3º y 4º dedo, arteria y nervio cubital colateral del 2º y 3º dedo, y nervio cubital colateral y arteria radial colateral del 4º dedo, requiriendo para su curación tratamiento medido quirúrgico, mediante



sutura de tendones y nervios sensores, invirtiendo en su curación 180 días, todos ellos impositivos para sus ocupaciones habituales, quedándole una secuela de naturaleza estética por la cicatriz resultante de la herida y discreta limitación en la flexión de la mano izquierda.

Por tanto, para la Sala, resulta probado que el acusado Don Adrian agredió igualmente a Don Edemiro, con un machete en su mano izquierda, con claro ánimo de atentar contra su integridad física, provocándole las lesiones ya descritas.

5.- Las circunstancias en que se produjeron las detenciones de los acusados Don Adrian y de Don Arturo, resultan relevantes para determinar la implicación en los hechos enjuiciados. Volvemos a las actuaciones que llevó a cabo la Brigada Provincial de Información de Madrid que se documentaron en el atestado nº NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), cuyo Instructor el PN NUM019 y el secretario de las mismas PN NUM020 ratificaron en el plenario su integro contenido.

Intervienen los indicativos policiales NUM042 integrado por los agentes PN NUM047 y PN NUM048 de la Comisaría de Distrito de DIRECCION004, los funcionarios del indicativo NUM042 integrado por los agentes PN NUM037 y PN NUM036 y del Indicativo NUM039 integrado por los agentes PN NUM049 y PN NUM041. Los acusados fueron detenidos con dos menores. Ya nos hemos referido a las manifestaciones de algunos de los agentes participantes en estas actuaciones en referencia a los hechos concretos que son objeto de acusación. Los integrantes del indicativo NUM042 (compuesto por PN NUM047 y PN NUM048), hacen constar en su comparecencia que fueron comisionados sobre las 22:45 horas del día 30 de septiembre de 2019 a la AVENIDA000 con DIRECCION002, donde al parecer se estaba produciendo una fuerte reyerta con armas blancas y varios implicados riña. Se hace constar en el atestado (folio 31) "que de camino al servicio la Sala del 091 indica que extremen las precauciones, puesto que además de machetes y cuchillos es probable que la misma tenga que ver con unas detonaciones que ha habido en DIRECCION002 en un establecimiento hace escasos minutos, por lo que puede que porten también armas de fuego". Este indicativo que se dirigía al lugar encomendado refiere escucho por la emisora de su vehículo camuflado, que otro indicativo había interceptado a un varón con un arma de fuego y un machete huyendo otro varón del lugar, no dándole alcance por la cercanía de la AVENIDA000. Hacen constar igualmente que cuando iban a la altura de la AVENIDA000 a la altura del nº NUM044, visualizan como cuatro jóvenes, tres de ellos con apariencia latina y un español, al percatarse de la presencia policial, rápidamente tiran objetos a unos arbustos, iniciando la marcha. Tras bajarse de vehículo e identificarse como policías, observaron que tres de ellos presentaban lesiones, reteniéndolos, realizándoles un cacheo de seguridad y llamando a efectivos sanitarios, por lo que llegaron los indicativos SAMUR NUM050 y SAMUR NUM051.

En la zona según consta en el atestado, la dotación DIRECCION004 NUM052, compuesta por los funcionarios PN NUM053 y PN NUM054, realizaron una batida por las proximidades y encontraron un palo de aproximadamente 120 cm de longitud, partido por la mitad y en una punta un tornillo a la altura de la AVENIDA000 con DIRECCION002. Por su parte el PN NUM047, se dirigió a la zona de los arbustos, visualizando dos machetes de grandes dimensiones con restos de sangre, siendo retirados posteriormente por la dotación DIRECCION028 para su inspección. Al detenido Desiderio le ocuparon según se relata, un cuchillo de cocina con mango de color negro en uno de los bolsillos del pantalón. Tres detenidos (Alonso, Desiderio y Adrian fueron trasladados por los indicativos del SAMUR al HOSPITAL002 siendo dados de alta y trasladados a dependencias policiales posteriormente. Es de destacar que en el atestado se refiere a que el autor de los hechos relativos a las lesiones causadas a Constantino, huyó del lugar junto a otros tres varones que fueron retenidos por el indicativo NUM042 a la altura del nº NUM044 de la AVENIDA000. El indicativo NUM042 hace constar en el atestado que, durante la intervención, el detenido Adrian portaba un teléfono iPhone, el cual en un momento dado manipula apaga y esconde debajo de un cartón cercano, figurando como sustraído igualmente portaba una gorra de color negra que pone Chicago Bulls y una sudadera de color negra con unas letras de color verde en las mangas y un dibujo de Mickey Mouse del mismo color, manifestando que no eran de él. También consta como los agentes fueron informados que la persona que había disparado varias veces, en cuanto a su vestimenta tenía las siguientes características: pantalón de color negro con franja de otro color en el lateral, sudadera negra con logotipo en la parte izquierda del pecho y letras en la manga izquierda de otro color más claro y zapatillas de color oscuras, siendo un varón joven.

En referencia a estos hechos y a la intervención policial indicada el PN NUM047, de servicio con el indicativo NUM042, ratificó plenamente su intervención en la forma que detalla el atestado. Eran un indicativo camuflado, pusieron los acústicos y en la AVENIDA000 a ven a cuatro jóvenes latinos, que observaron que se acercaron a unos arbustos y tiraron algo. Relataron como, a los dos minutos fueron requeridos por la existencia de un herido, y al pasar la dotación NUM039 se lo comunicaron yendo esta última dotación. Reiteró que fue a los arbustos, y había dos machetes y su compañero al detenido Desiderio le ocupó un cuchillo de cocina. Dos eran menores, los machetes tenían sangre y los custodiaron. Resulta relevante el testimonio de este agente al



afirmar que los cuatro detenidos iban juntos y que iban asfixiados y juntos, no se resistieron ni intentaron huir. Ratificó que les dijeron que uno de ellos había sido el agresor del otro requirente.

El compañero del anterior PN NUM048, ratificó y reiteró los extremos contenidos en el atestado, mantuvo en el juicio que vieron a cuatro personas, tres de aspecto latino y uno español, que empezaron a esconder algo. Les identificaron y sangraban abundantemente. Les dijeron que justo enfrente había otra persona herida y justo llegaba otra dotación policial que se encargó. Fueron al arbusto y había un machete de grandes dimensiones y uno de ellos intentó ocultar un teléfono móvil que comprobaron estaba sustraído. Manifestó que a Desiderio le encontró un arma blanca y que el compañero fue a los arbustos. Mantuvo también que después comparecieron los compañeros de la policía científica. Respecto a la vestimenta de Adrian portaba una sudadera negra con el símbolo de Mickey Mouse y la descripción coincidía con el autor de los disparos, refirió que la sudadera no la llevaba puesta la llevaba en los brazos, afirmando el testigo que sabía de quien era la sudadera.

La proximidad al lugar donde se había producido un hecho violento (enfrente) y en el tiempo a ese hecho y los antes descritos, las características y vestimenta del detenido Adrian respecto al auto de los hechos ocurridos en el locutorio, el hecho de que fueran los tres detenidos juntos (dos de ellos aquí acusados), las armas blancas encontradas en los arbustos, el hecho de que se apreciara por uno de los agentes que estaban asfixiados estado evidente de que huían apresurados o el hecho de que Arturo se le encontraron partículas específicas de residuos de disparos en el porta-muestras aplicado a la mano izquierda y antebrazo izquierdo. En esto último, nos remitimos al Informe Pericial sobre residuos de disparo (folios 571 a 576) de 6 de noviembre de 2019, elaborado por el facultativo nº NUM030 y técnico nº NUM031 del Laboratorio Químico Toxicológico de la Comisaría General de Comisaría Científica, los cuales en el plenario ratificaron el informe en su integridad.

Ello nos lleva a considerar probado que tanto Don Arturo y Don Adrian, estaban relacionados con los hechos e intervinieron en ellos de forma relevante en el caso de Adrian. Nos referiremos posteriormente a la pertenencia o relación de los acusados a la Banda Latina DIRECCION000 que completa la comprensión de los hechos.

6.- El acusado Don Amadeo fue detenido en la CALLE003 esquina con la CALLE004 hecho que se documenta igualmente en el atestado nº NUM017 de 1 de octubre de 2019 (folios 22 a 98), cuyo instructor el PN NUM019 y el secretario de las mismas PN NUM020 ratificaron en el plenario su íntegro contenido, como también los agentes que directamente intervinieron en la detención. Ésta fue llevada a cabo por el indicativo DIRECCION004 NUM055 integrado por los policías con carnet profesional PN NUM056 y PN NUM057, quienes dieron cuenta de la detención del acusado, indicando que cuando se encontraban realizando labores propias de su función y mientras circulaban por la CALLE003 esquina con la CALLE004 sobre las 23:20 horas observaron a dos varones de origen latino a paso ligero. Señalaron que, al presentado como detenido (que resultó ser el acusado Amadeo) vestía pantalón negro, jersey de color granate y gorra del mismo color, y que emprendió la huida al percatarse de la presencia policial, no sin antes arrojar unos objetos de grandes dimensiones. Refieren y documenta el atestado que, el segundo individuo inició una carrera intentando huir y que vestía sudadera con capucha de color blanco y que portaba un cuchillo de grandes dimensiones. Los agentes dieron el alto a los dos individuos, los cuales emprendieron la huida por la CALLE003 dirección CALLE001, interceptando el agente PN NUM056, tras unos metros de carrera al detenido hoy acusado, que en ese momento no portaba arma alguna, huyendo del lugar el otro individuo que no pudo ser identificado. Señala el atestado que el detenido se opuso a la detención de forma pasiva sin acometer activamente a los actuantes, pero presentando una actitud de oposición obstructiva y una falta de colaboración notorio y manifiesta. Respecto a los objetos al parecer arrojados, se hace constar que el agente PN NUM057, se encontró siempre cerca y en contacto visual con la zona donde fueron arrojados los objetos, los cuales no fueron manipulados por terceras personas. Los objetos se describen: "Se encuentra en el suelo una escopeta con el cañón recortado y la culata igualmente recortada con un cartucho en la recámara percutido y junto a la escopeta dos fundas de arma blanca, una vacía y otra conteniendo en su interior un machete de unos cuarenta centímetros". Tras ello se procedió a la detención del referido.

Los policías con carnet profesional PN NUM056 y PN NUM057 integrantes del indicativo DIRECCION004 NUM055, testificaron en el acto de juicio ratificando lo expuesto en el atestado y su actuación en la detención del acusado. El primero de ellos PN NUM056, relata que se encontraban de servicio uniformados y visualizaron a dos personas que arrojaban unos efectos y uno seguía portando un machete, deteniendo a uno de ellos. Manifestó que ocuparon una escopeta un machete y dos fundas y que salió huyendo no se le identificó. Respecto del detenido le hicieron prueba al detenido y se le custodió hasta que llegó la policía científica. En relación a la persona que huyó, el agente manifestó que no tenía constancia de que se le detuviera posteriormente. Había más personas, es una zona de restauración y que únicamente vio esas dos personas correr. Ambos eran jóvenes, iban juntos, a la vez, próximos. Manifestó en su declaración que el detenido arrojó un objeto de grandes dimensiones que después comprobaron se trataba de una escopeta y tiene claro que quien arroja la escopeta y el machete, es el detenido y los arrojó a la rampa del garaje existente, ratificando





el atestado. En referencia al arma, indicó que a simple vista se veía que tenía un cartucho percutido y sobre el estado del arma, se ratificó en que tenía un cartucho en la recámara. Respecto a la detención que opuso resistencia, no recuerda que llevara algo encima al cachearle ni tampoco lesiones, no hicieron batida por la zona. Y en cuanto a la vestimenta llevaba gorra, sudadera no llevaba guantes y en cuanto a la prueba de la parafina no recuerda que le llevaran a la rampa.

Por su parte el PN NUM057, ratificó el atestado y su testimonio resultó coincidente con su compañero en relatar los hechos de la detención del acusado Don Amadeo. Al respecto declaró, que observaron a dos personas que portaban objetos y los tiraron y que uno de ellos huyó hacia la CALLE001. El de blanco llevaba en la mano un cuchillo y su compañero identificó al de granate. Comprobaron que los objetos eran una escopeta recortada con cartucho percutido. Afirmó que se quedaron custodiando la zona y al detenido. Además, declaró que iban juntos y el que lanzó los objetos fue el de granate y estuvo cuando le hicieron la prueba de la parafina. Respecto a la persona que huyó, indicó que tiró la funda al salir con el machete corriendo. El testigo afirmó desconocer si se detuvo a la otra persona. Se fue corriendo y tiraron las cosas cerca de ellos a tres metros del vehículo policial, los objetos estaban unos próximos de otros, no tocaron en ningún momento las armas y no vieron que Amadeo tuviera lesiones. Amadeo tenía restos de algo, llevaba gorra, no recuerda llevara guantes y cuando llegó la científica estaban presentes.

A la Sala no le queda resquicio alguno de duda, para considerar que ambos iban juntos, habían participado en alguno de los hechos, portaban las armas y al ver a la policía intentaron deshacerse de ellas. Siendo al efecto determinante la testifical de estos agentes en relación al acusado en cuanto ambos le observaron tirar la escopeta y el machete en su funda.

Además, es determinante que se encontraron partículas compatibles con residuos de disparos en el porta-muestras aplicado a la mano derecha y antebrazo de la manga derecha del jersey que llevaba Don Amadeo. Al respecto nos hemos de remitir al Informe Pericial sobre residuos de disparo (folios 571 a 576) de 6 de noviembre de 2019, elaborado por el facultativo nº NUM030 y técnico nº NUM031 del Laboratorio Químico Toxicológico de la Comisaría General de Comisaría Científica, los cuales en el plenario ratificaron el informe en su integridad. No existe duda por otro lado de que la toma de muestras y de vestigios, fue realizada correctamente como se documenta en la causa en las actas de 13 de octubre de 2019 (folios 259 a 277) y de 1 de octubre de 2019 (folios 278 a 182) y se ratificó en el juicio oral por los agentes que procedieron a la recogida PN NUM026 y PN NUM027, PN NUM032 y PN NUM033, respectivamente.

Las características, estado y calificación de las armas intervenidas, se han determinado en el Informe Pericial sobre varias armas y elementos balísticos (folios 609 a 627) de 20 de noviembre de 2019, elaborado por PN NUM028 y PN NUM058, quienes se ratificaron en su integridad en el informe obrante. En el mismo se concluye en cuanto al arma intervenida, que el acusado Don Amadeo arrojó al ver a la policía, que se trataba de una escopeta, era una de caza semiautomática, marca Franchi-Llama con nº de serie NUM014, troquelado en la parte inferior y el nº NUM015 en la parte inferior del cañón, para cartuchos semiautomáticos del calibre 12. Dicha escopeta es un arma reglamentada que exige poseer guía de pertenencia y licencia de armas, considerándose arma prohibida al tener el cañón recortado.

Igualmente se valora el documento de 7 de julio de 2020 (folio 1654) en el que la Policía Informa que, consultada la base de datos de la intervención central y Armas y explosivos de la Guardia Civil, que los acusados Don Adrian, Don Amadeo y Don Arturo, carecen de licencia de armas.

La Sala por ello entiende probado que Don Amadeo fue detenido en la CALLE003 esquina con la CALLE004 cuando, junto con otro individuo no identificado, intentó huir de la policía, arrojando previamente al suelo una escopeta de cañones recortados con cartucho en la recámara percutido y dos fundas de arma blanca, una de ellas vacía y la otra con un machete de 40 cm. La escopeta es un arma reglamentada que exige poseer guía de pertenencia y licencia de armas, considerándose arma prohibida al tener el cañón recortado.

7.- Nos referimos a la pertenencia o relación de los acusados con la Banda Latina DIRECCION000, hecho que como antes avanzábamos completa la comprensión de los hechos.

Acudiendo a la prueba actuada al respecto, para la Sala resulta relevante el informe de la Banda Latina " DIRECCION000 ( DIRECCION001 )" (folios 850 a 864), remitido mediante oficio de 20 de febrero de 2020 y elaborado por CP NUM059, quien en el plenario ratificó el informe en su integridad explicando y aclarando aspectos del mismo. Se ha de destacar que el referido informe tiene sustento legal en la Instrucción 17/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad que da continuidad y desarrolla, el "Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil", todo ello encaminado a prevenir o en su caso disuadir la comisión de ilícitos penales así como detectar la aparición de grupos violentos de carácter juvenil y su consolidación, como neutralizar las actividades ilícitas que realicen y conocer las características



de cada uno de los grupos, que como es notorio han proliferado en los últimos tiempos y en concreto en la ciudad de Madrid.

Resulta para la Sala relevante el informe, así como la testifical de su autora (CP NUM059), en cuanto que, en ese marco normativo y objetivos, se establecen una serie de parámetros de carácter objetivo para, en el ámbito policial, concretar la adscripción, pertenencia o al menos relación de persona bandas violentas.

En principio debemos referirnos genéricamente a la Banda Latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), en cuanto debe tenerse acreditado, atendido el informe referido que se constituye como grupo urbano establecido en España el 23 de diciembre de 2004 y se integra fundamentalmente por jóvenes de origen dominicano, emulando la existente con el mismo nombre en la República Dominicana y que también está implantada en algunas ciudades de EEUU. Los miembros fundadores de esta banda procedían de otras bandas latinas tales como DIRECCION006 o DIRECCION007, pero debido a continuas desavenencias y disputas, decidieron segregarse y fundar otra que aglutinase a jóvenes de nacionalidad dominicana.

Se trata de un grupo violento dedicada a la comisión de delitos graves para los que utilizan armas e instrumentos peligrosos y que cuenta con una organización y estructura rígida y estable, con una jerarquía definida, reparto de roles, reuniones periódicas, pago de cuotas, literatura y simbología propias.

Dicha organización se estructura en un orden jerárquico, siendo los "Patriarcas" los que tienen mando, "Perla" el que mantiene a la masa informada y el "Soldado" los que integran la masa y deben obedecer a sus superiores sin excusa alguna.

Las fases previas a la integración formal en la banda, son los que se encuentran en "observación" que es el primer contacto previo a su integración, siendo la "probatoria" el siguiente paso o inmediatamente anterior a la plena integración.

La banda se organiza y constituye en "Coros", existiendo cinco de ellos en Madrid ( DIRECCION008, DIRECCION009, DIRECCION010, DIRECCION011, DIRECCION012 y DIRECCION013 ) y otras cuatro distintas localidades de la Comunidad ( DIRECCION014, DIRECCION015, DIRECCION016 y DIRECCION017 ).

Sus integrantes residen en cualquier barrio de la capital o ciudad, pero se congregan ante el llamamiento o convocatoria del Supremo. El denominado "control", significa que en el barrio donde está establecido un Coro, los DIRECCION001 utilizan violencia para ejercer el dominio sobre el barrio.

La violencia la ejercen tanto contra miembros rivales de otras bandas como contra individuos no integrantes de bandas latinas, pero que pudieran tener algún tipo de integración o trato con ellos.

Parte de sus acciones lo son de hostigamiento directo hacia los componentes de otras bandas como los DIRECCION007 o los DIRECCION003, habiendo conseguido llegar a desplazarlos de sus lugares habituales de reunión, mediante ataques contra la vida, la integridad física y la libertad de los mismos.

Han sido incautadas en los delitos en que se han visto involucrados (homicidios, lesiones, robos con violencia, amenazas, tenencia ilícita de armas...) armas blancas (bolomachetes, machetes, cuchillos) y pistolas detonadoras modificadas para poder realizar fuego real, así como pistolas reales y en una ocasión una escopeta de 12 mm de cañones recortados. Y en otras ocasiones bien porque las portaban o porque estaban escondidas en la inmediata cercanía al lugar donde se encontraba el grupo, pistolas detonadoras modificadas, armas blancas, machetes de grandes dimensiones "bolomachetes".

Atendido lo anterior, necesario para concretar y explicar la intervención de los acusados en los hechos, la testigo-perito CP NUM059 explicó que solo uno de los acusados cumplía los parámetros determinados para considerarle perteneciente a los DIRECCION000 ( DIRECCION001 ) como miembro probado, siendo este el acusado Arturo sin poder determinar el "cargo" o "posición" en la banda. Y respecto los demás acusados se explicó en el plenario que se encontraban en fase de estudio respecto a su integración, así respecto al acusado Adrian, Amadeo, y Benito. Además, se concluye que no se ha podido determinar la relación de los expresados acusados con Arturo.

El agente policial manifestó, dando explicación a los hechos ocurridos, que se trataba de una "caída", muy probablemente de los DIRECCION000 respecto de la banda rival DIRECCION003, es decir acciones violentas contra personas relacionadas con esa otra banda rival. Al respecto el agente policial, manifestó como la zona en que ocurrieron los hechos es territorio de DIRECCION007 y DIRECCION003 y la intervención de varios coros ( Arturo pertenecería al coro de DIRECCION013, Adrian y Benito relacionados con el coro de DIRECCION022 ), lo que explicaría que no se hubiera acreditado la relación entre ellos, cuando explicó además que en una "caída" intervienen miembros de la banda y otros que no lo son. Afirmó a día de su intervención en el plenario que todos ellos están relacionados con la banda, conclusión que efectivamente resulta certera, por la identificación e intervención de los acusados en los hechos Arturo, Adrian, Amadeo. Señalar que,



como indicios de la relación indudable de los acusados con la **banda latina DIRECCION000** y la intervención en los hechos por ese motivo, contamos con los diversos atestados policiales e identificaciones realizadas en distintas fechas, que han sido ratificados en el plenario por los policías que intervinieron en tales actuaciones que se reseñan en el referido informe policial.

El hecho de que se trate de una "caída", se corrobora también como se concluye en el informe tantas veces citado en cuanto que las víctimas de los hechos enjuiciados tienen relación con la **banda rival** de los **DIRECCION003**, así Celestino, Constantino (miembro probado), Edemiro y Emilio (los tres anteriores en fase de estudio).

Por ello se puede concluir que sobre las 22:30 horas del día 30 de septiembre de 2019, los acusados, previamente concertados entre sí y con otros individuos no identificados, pero todos ellos vinculados con la **banda latina** de los **DIRECCION000** (**DIRECCION001**), decidieron hacer una "caída" por sorpresa en el barrio de Distrito de **DIRECCION002**, como manifestación de su autoridad y dominio territorial frente a la **banda rival** de los **DIRECCION003**, realizándose de forma simultánea por distintos partícipes y en diferentes lugares de ese Distrito y desplazándose hacia el del **DIRECCION004**, múltiples actos atentatorios contra la integridad física de personas vinculadas a la **banda** de los **DIRECCION003**, utilizando para ello armas de fuego, machetes y otros instrumentos peligrosos.

8.- Hemos de referirnos en concreto al acusado Don Benito, que en el relato de hechos del Ministerio Fiscal mantiene que fue reconocido como uno de los partícipes en la "caída", persiguiendo a personas de la **banda rival**, llevando un cuchillo en la mano y, si bien no participó materialmente, se encontraba con Adrian cuando este agredió brutalmente con el machete en la cara a Don Celestino.

La intervención como investigado en la causa del hoy acusado Don Benito, deriva de la diligencia de reconocimiento en rueda practicada ante el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid en fecha 31 de octubre de 2019. Tenía como objetivo el reconocimiento del autor del machetazo del que fue víctima Celestino, constituyéndose con el presunto autor de la agresión, en ese momento Adrian (nº NUM034), formando parte de la rueda otros tres individuos y Benito (nº NUM035), compareciendo para reconocer la víctima de los hechos investigados. El resultado obrante a los folios 438 y 439, fue el reconocimiento cien por cien al nº NUM034 como quien le dio el machetazo en la cara y el nº NUM035 (Benito) reconocido al ochenta por ciento como quien estaba con el anterior cuando le atacó, destacando que no le hizo nada. Como consecuencia de ello se le filió (folio 443) y se acordó su declaración en las actuaciones (folio 473) que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2019 se encuentra documentada a los folios 524 a 528 de las actuaciones en la que niega su intervención en los hechos, expresando desconocer los motivos por los que fue reconocido en rueda de reconocimiento. En su declaración en el plenario como ya se ha expuesto, este acusado Don Benito, tampoco reconoció los hechos por los que se le acusa. Refirió que conoce a Adrian del Instituto, pero esa noche no estaba con él. Estaba en el "DIRECCION020", un salón de juegos de PLAZA000. Declaró que no pertenece a los **DIRECCION001** ni es de ninguna banda. Que no conoce ni a Adrian ni a Alonso, que son los menores de edad y suele ir al PARQUE000, pero ahora menos. Reconociendo que ha sido identificado anteriormente, manifestó que no tiene amigo de los **DIRECCION001** y le identificaron en **DIRECCION015**, explicando por qué estaba por allí, no recordó la detención de **DIRECCION021**, **DIRECCION022** es su barrio y también al ser identificado en la discoteca **DIRECCION023** es porque pasaba por allí. Respecto a la rueda de reconocimiento no sabía que la persona que reconocía, conocía a personas que integraban la rueda.

Fuera de ello en la causa, no obran pruebas concretas y determinantes de su participación en los hechos violentos ocurridos y en concreto de que se encontrara con Adrian, cuando este agredió brutalmente con el machete en la cara a Don Celestino.

En relación a su vinculación con la **banda latina DIRECCION000**, en el oficio nº NUM060 de 5 de diciembre de 2019 de la Brigada Provincial de Información Grupo XXI Bandas Latinas (folio 639), se informó que el acusado Don Benito, se halla en fase de estudio, es decir que no cumple los parámetros objetivos establecidos en la Instrucción 17/2014 de la S.E.S que da continuidad al Plan operativo de actuación policial contra grupos organizados y violentos de carácter juvenil, para ser considerado como miembro probado de la mencionada **banda**. Este extremo, se reiteró el informe de la **Banda Latina "DIRECCION000 (DIRECCION001)"** (folios 850 a 864), remitido mediante oficio de 20 de febrero de 2020 y elaborado por CP NUM059, ratificado en el plenario, aun cuando del mismo se revela una vinculación con el coro de **DIRECCION022**, determinándose ese extremo entre otras por las identificaciones y una detención a las que ha sido objeto con anterioridad a los hechos.

El hecho de que no se pueda afirmar su intervención en los hechos violentos y que tan solo pueda presumirse una vinculación con la **banda latina DIRECCION000** estando en estudio la misma, determina para la Sala que no pueda serle exigida responsabilidad penal conforme se interesa por el delito de pertenencia a organización criminal.



## SEGUNDO. -Calificación de los hechos

### 1. Homicidio/lesiones.

A) Los hechos declarados probados son constitutivos de tres delitos de **homicidio en grado de tentativa** de los arts. 138, 16 y art 66 del CP.

El art 138 establece: "1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años."

Por su parte el art 16 del CP define el concepto de delito intentado, determinado: "1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor." Lo que determina las consecuencias penológicas establecidas en el art 66 del CP.

Acoge la Sala el criterio del Ministerio Fiscal y de las Acusaciones Particulares en parte, cuanto a la calificación de los hechos declarados probados.

La calificación acogida por la Sala asume el criterio mantenido por el TS.

Señala el TS ( STS 462/2021 de 27/05/2021) que la reforma de la tipicidad del delito de homicidio ha alterado la estructura del delito de homicidio. Refiere con cita en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, que la nueva regulación del homicidio permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato: (i) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años); (ii) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos circunstancias cualificadoras: prisión de 20 a 25 años); y (iii) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable). Respecto al delito de homicidio, el Código prevé distintas situaciones: tipo básico del art. 138 de homicidio; en segundo término, el asesinato por la concurrencia de la cualificación por las circunstancias del art. 139 CP, alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento, facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra; una tercera posibilidad, el asesinato hiperagravado, porque concurren más de una circunstancia del apartado anterior ( art. 139.2 CP ); y el homicidio, y también asesinato, especialmente agravado que la comisión de circunstancias del art. 140 CP o por la pluralidad de personas ( art. 140.2 CP).

De lo que dispone el Código Penal en su artículo 138.1 se deducen los elementos integrantes del delito de homicidio, que se concretan en la (1) existencia de un dolo de muerte en el sujeto activo; (2) ataque contra la vida de otra persona por parte de dicho sujeto activo; y (3) relación causal entre esa conducta y el resultado letal pretendido.

El Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 30 de noviembre de 2017, recurso núm. 654/2017, determina que el delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar, que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que podemos señalar como criterios de inferencia, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante, el arma o los instrumentos empleados, la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes, la forma en que finaliza la secuencia agresiva, y en general, cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto.

Como ha señalado también el TS ( STS 118/2017 de 23 de febrero), el elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido. Y se añade actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal. En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el agente



no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. En otras palabras ( STS 69/2010, de 30 de enero), se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca.

A estos efectos, la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende la existencia de agresiones previas, las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto. ( STS nº 57/2004, de 22 de enero). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida. Cuando se trata del delito de homicidio, si la acción de agresión, considerada en su conjunto, y con independencia del resultado alcanzado, se dirige directamente a la causación de la muerte, se apreciará dolo directo. Si es adecuada para la producción de la muerte y es ejecutada de forma dolosa por su autor, es inevitable, acudiendo a máximas de experiencia, atribuir a éste el conocimiento del peligro concreto creado respecto de la producción del resultado típico, salvo casos de deficiencias cognitivas. Y consiguientemente se debe apreciar el elemento volitivo del dolo en cuanto que, a pesar de aquel conocimiento, procedió a la ejecución de la acción ( STS 405/2014, de 20 de mayo).

No le cabe duda a la Sala que los hechos declarados probados deben subsumirse en tres delitos de homicidio en grado de tentativa en relación a los hechos atribuidos al acusado Don Adrian , existiendo una verdadera intención de provocar la muerte de sus víctimas:

1º.- El primero de ellos en cuanto que resulta probado que el acusado Don Adrian , junto con otros dos individuos no identificados, previo concierto con los mismos, persiguió y alcanzó a Don Emilio , quien al verse perseguido se introdujo en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 nº NUM010 y le disparó en varias ocasiones por la espalda con un arma de fuego. Resulta evidente dadas las circunstancias en que acaecen los hechos, que quedaron grabados por las cámaras del establecimiento, que en el acusado existía un ánimo de acabar con la vida de Emilio . No cabe olvidar que este hecho violento como los demás de los se acusa a Adrian , se realizaron entre varias personas concertadas entre sí y con otros individuos no identificados, pero todos ellos vinculados con la banda latina de los DIRECCION000 ( DIRECCION001 ). Y ello para realizar una "caída" por sorpresa en el barrio de Distrito de DIRECCION002 , como manifestación de su autoridad y dominio territorial frente a la banda rival de los DIRECCION003 , siendo este uno de los actos atentatorios contra la integridad física de personas vinculadas a la banda de los DIRECCION003 , como lo es la víctima, utilizando para ello un arma de fuego y un machete en este caso. Sin olvidar que junto al acusado Adrian intervino otro individuo sin duda concertado con Adrian , quien le propinó sendos machetazos en el brazo derecho y mano izquierda a Emilio .

Como consecuencia de esa agresión Don Emilio , sufrió las importantes lesiones, que podrían haber llegado a comprometer la vida del lesionado, de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico quirúrgica. Precisamente por ello hablamos de la existencia de un delito en grado de tentativa ya que el acusado llevo a cabo la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produjo por causas independientes de la voluntad del acusado.

La Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS, viene afirmando que el partícipe no ejecutor material del acto homicida que prevé y admite de modo más o menos implícito que el iter del acto ilícito pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad, su responsabilidad en la acción homicida, por lo cual no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de algunos de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes ( SSTS 1320/2011, de 9-12 ; 311/2014, de 16-4 ; 563/2015, de 24-9 ; 141/2016, de 25-2 ; 604/2017, de 5-9 ; 265/2018, de 31-5 ; 687/2018, de 20-12 ).





La coautoría no requiere que cada uno de los coautores ejecute en su integridad el verbo nuclear de la acción descrita como delictiva. Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. La jurisprudencia ha entendido que para apreciar esa realización conjunta es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto de lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y, además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo (organizada o espontánea) sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación, activa u omisiva, lo sitúe en posición de disponer del dominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

Según se decía la STS 12/2014, de 24-1, de lo anterior resultan dos consecuencias. En primer lugar, que todos los coautores responden de aquello que haya sido concertado, aunque en la ejecución las aportaciones de algunos de ellos, no supongan la realización estricta del verbo típico. En segundo lugar, que, aunque no haya sido pactado expresamente, todos los coautores responden de aquellos resultados que no puedan considerarse ajenos a desviaciones previsibles respecto de lo pactado ( STS 787/2016, de 20-10).

El hecho del previo concierto de Don Adrian , junto con otros dos individuos no identificados, y de estos con los otros acusados, le llevó a perseguir Don Emilio , quien al verse perseguido se introdujo en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 n° NUM010 , a este le disparó en varias ocasiones por la espalda con un arma de fuego. Respecto a sus acompañantes no se puede olvidar, uno de ellos le propinó sendos machetazos en el brazo derecho y mano izquierda a Emilio . Al acusado Adrian le son imputables como autor, todos los resultados lesivos por dominar conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, que era acabar con la vida de su víctima.

2º.- También merece idéntica calificación el hecho atribuido al acusado Don Adrian , cuando a su paso por la CALLE001 con la CALLE002 , atacó de forma inopinada con un machete a Don Celestino , de 19 años de edad, simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , propinándole machetazos en la cabeza y en el brazo izquierdo. Este como consecuencia sufrió graves lesiones que podrían haber llegado a comprometer la vida de Don Celestino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica. Existiendo en cuanto al contexto en que se llevó a cabo el acto violento, por las mismas razones que en el hecho anterior, un evidente ánimo de acabar con su vida. Practicando también todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, que no se produjo por causas independientes de la voluntad del acusado.

3º.- Y en tercer lugar se ha de calificar como constitutivo de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y art 66 del CP, el hecho atribuido al acusado Don Adrian en cuando atacó en la AVENIDA000 a Don Constantino , simpatizante de la banda de los DIRECCION003 , propinándole un machetazo en la cara a la altura de los ojos, causándole un profundo corte en dicha zona. Las lesiones que padeció son graves y podrían haber llegado a comprometer la vida de Don Constantino , de no haber mediado una correcta y rápida asistencia médico-quirúrgica. Llevando el acusado también todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, que no se produjo por causas independientes de la voluntad del acusado.

B) Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones del art 147 en relación con el art 150 del CP

El art 147.1 del CP establece:

*"1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico".*

Por su parte el art 150 del CP determina:

*"El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años."*

Los elementos o requisitos necesarios, exigidos por la norma y la jurisprudencia, en relación con el tipo genérico de las lesiones ( art 147 del CP) son:





1º) Una acción de causar a otra persona, por cualquier medio o procedimiento, tanto activo como omisivo, una lesión ( STS de 22 de junio de 1991, 3 de febrero de 1995, 2 de abril de 1996, 26 de octubre, 14 de noviembre de 1998 y 2 de octubre de 2000).

2º) El resultado lesivo mencionado, consistente en un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la víctima que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento consistente en sutura con puntos. En este sentido, la STS 17.12.2003 recuerda que según la Jurisprudencia de la Sala Segunda, tal procedimiento quirúrgico de costura o sutura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de una herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada tal como estaba antes de la lesión, determina la existencia de tratamiento quirúrgico, lo que tiene como efecto impedir la inclusión del hecho en tal caso en el artículo de las faltas ( S.S.T.S., entre muchas, de 28/02/92, 02/03/94, 14/11/96, 28/02/97, 19/11/97, 23/02/98, 30/04/98 o la de 27/06/00), debiendo comprenderse en dicho concepto normativo tanto las intervenciones de cirugía mayor como menor cuya finalidad sea la reparación del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión.

3º) Un nexo de causalidad entre el comportamiento o movimiento corporal del agente y el resultado producido, de tal modo que aquél sea generante o determinante de éste.

4º) El dolo genérico de lesiones o animus laedendi, tendente a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo, sin que sea necesario que el agente se represente un resultado concreto o determinado, surgiendo el delito cuando el hecho consecuente ha sido directamente querido y también cuando su autor se representó la posibilidad del resultado y la aceptó de algún modo -dolo eventual- ( STS de 27 de septiembre y 20 de noviembre de 1991, 5 de marzo, 24 de mayo de 1993, 2 de febrero, 21 de abril, 14 de julio, 29 de septiembre de 1996, 27 de junio de 1997, 14 de mayo, 8 y 22 de julio de 1998).

En el art. 149 CP que es el que resulta objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal, se tipifica un delito de resultado. Ese resultado viene constituido por los efectos producidos por la agresión (las lesiones propiamente dichas) y por las consecuencias generadas por éstas en la funcionalidad del órgano o sentido afectado (...).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª no es muy abundante en supuestos de pérdida o grave disminución de la funcionalidad de un miembro o de un órgano del cuerpo humano, y viene más bien referida a los casos de lesiones que, una vez sanadas, dejan como secuelas la deformidad grave o menos grave de la víctima, que es otra de las modalidades delictivas típicas de los artículos 149 y 150 C.P. y que son perfectamente predicables de aquellos otros resultados. El tipo penal del art. 149 CP, no exige ese dolo directo, es decir, que el agresor haya actuado con el decidido propósito de producir un determinado resultado lesivo a una persona; pues, para la comisión de dicho delito, es suficiente que dicho resultado sea normalmente previsible y el agresor no obstante el evidente riesgo de producirlo haya llevado a cabo su agresión.

De otro lado, en referencia a la aplicación del subtipo agravado del art 148.1º, el TS ha señalado: "Como ha expuesto la jurisprudencia (Cfr STS 1203/2005, de 19-10), la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud -art. 148.1- es una hipótesis que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir. La STS 1812/2001 de 11-10 engloba así los supuestos de la acusada brutalidad cuando en ella no prima la perversidad subjetiva de la búsqueda de un mayor dolor o sufrimiento, sino el incremento objetivo del riesgo que para la vida o la salud representa la forma o método de la agresión.

En la STS 906/2010, de 14-10, se recuerda que tal subtipo agravado exige como circunstancia objetiva delimitadora de su específica tipicidad, un determinado peligro para la vida o salud de la víctima, el inherente a la utilización de determinados instrumentos (armas, objetos o medios) o procedimientos (métodos o formas) en la agresión de resultado lesivo.

Por tanto, el fundamento de la agravación prevista en el art. 148 no está en la relación causal entre el empleo de medios, métodos o formas (...) y las materiales lesiones producidas, sino en el incremento del riesgo que para su integridad física representa su empleo, por tanto si se traduce en una más grave lesión directamente derivada de su utilización, como si el riesgo se mantiene como mera potencialidad de un mayor daño físico que finalmente no se concreta en una lesión más grave ( STS 1191/2010, de 27/11). En definitiva, lo determinante es la peligrosidad ex ante de la agresión.

Hemos dicho también ( STS 1327/2003, de 13 de octubre; 832/98, de 17 de junio; 2164/2001, de 12 de noviembre) que la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración. En primer lugar, una estimación de carácter objetivo que deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor y un componente subjetivo que se construye a partir de la intensidad, intencionalidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima".





El TS ha señalado en relación al art 150 del CP que tal precepto y respecto a la deformidad (TS 2ª 28 de diciembre de 2010) con cita en la STS 430/2010, que, a falta de una interpretación auténtica, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista ( SSTS de 14 de mayo de 1987, EDJ 3791, 27 de septiembre de 1988, EDJ 7392 y 23 de enero de 1990, EDJ 462). También como toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos ( Sentencias 35/2001, de 22 de enero, EDJ 2863, y 1517/2002, de 16 de septiembre, EDJ 37205). En la Sentencia 110/2008, de 20 de febrero, EDJ 25608, se declara que partiendo del concepto de deformidad a efectos jurídico penales del art. 150 del vigente Código Penal, como irregularidad visible, física y permanente, o alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, la jurisprudencia ha exigido que la misma sea de cierta entidad y relevancia, con objeto de excluir del concepto jurídico de deformidad aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética y la jurisprudencia ha venido considerando, también, que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada, siempre que siendo visibles tengan relevancia y alteren la configuración del sujeto pasivo.

Y la sentencia 388/2004, de 25 de marzo, EDJ 13219, se destacan tres notas características de la deformidad: irregularidad física, permanencia y visibilidad. Y añade que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada (v. Sentencias de 30 de marzo de 1993, EDJ 3147, 24 de noviembre de 1999, EDJ 36409 y de 11 de mayo de 2001, EDJ 11727). Finalmente, hemos de destacar también que, a la hora de formar el anterior juicio de valor, como es obvio, han de jugar un papel decisivo los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación (v. S. 17 de mayo de 1996, EDJ 3559).

La Sala opta por calificar los hechos como un delito de lesiones del artº 150 del CP, este delito resulta atribuible igualmente al acusado Don Adrian que agredió igualmente a Don Edemiro , con un machete en su mano izquierda, con claro ánimo de atentar contra su integridad física, provocándole las lesiones consistentes en sección del aparato tendinoso flexor del 2º, 3º y 4º dedo, arteria y nervio cubital colateral del 2º y 3º dedo, y nervio cubital colateral y arteria radial colateral del 4º dedo, requiriendo para su curación tratamiento medido quirúrgico, mediante sutura de tendones y nervios sensores, invirtiendo en su curación 180 días, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole una secuela de naturaleza estética por la cicatriz resultante de la herida y discreta limitación en la flexión de la mano izquierda. Con ello se concluye que estamos ante lesiones en los dedos (órganos no principales) con secuelas que suponen deformidad. Resulta expresivo del resultado lesivo que el lesionado manifestó en el plenario que no maneja la mano del todo, está lesionado en cuatro dedos de la mano ha ido a rehabilitación y no mejora. La utilización de un machete, arma de evidente peligrosidad refleja la tipicidad la acción.

## 2.- Tenencia ilícita de armas

A) Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de **tenencia ilícita de armas** previsto penado en el art 563 del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal.

El artículo 563 del CP castiga: "*La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años*".

Los preceptos citados del Reglamento de armas por su parte establecen:

Artículo 4.1.a): "*Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones: a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo*".

Y el artículo 5.1g): "*Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de...g) Las armas de fuego largas de cañones recortados*"

Referente al delito que nos ocupa el TS (TS 2ª 5-11-08), señala "Se castiga en el art. 563 del CP la tenencia de armas prohibidas, cuya definición y enumeración se contempla luego, en nuestro ordenamiento jurídico, en el Reglamento de Armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero). Se trata, por tanto, de un delito de peligro (la ley no establece -para la comisión de este delito- la necesidad de ningún resultado concreto), y, al propio tiempo, de una norma penal en blanco (con toda la compleja problemática que ello comporta desde la perspectiva de la "lex certa"). De ahí la doble exigencia, puesta de relieve por la jurisprudencia: a) la exigencia de un plus de peligrosidad para algún bien jurídicamente protegido que supere la simple posesión del arma; y,







b) la inexcusable exigencia de certeza, precisión y taxatividad, del precepto reglamentario. En este sentido, se ha exigido también, para la aplicación del precepto cuestionado: 1) una situación objetiva de riesgo, derivada de la posesión del arma, habida cuenta del conjunto de circunstancias que configuren el hecho enjuiciado; y, 2) prohibición de aplicar, a estos efectos, una interpretación analógica y extensiva de la norma".

Como ha expuesto también nuestro más alto Tribunal ( TS 2ª 29-11-07), la doctrina científica y jurisprudencial considera este delito como un delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiriera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas.

El delito de tenencia de armas prohibidas según refiere el TS ( TS 2ª 29-11-07; 8-11-06; 1-3-06) exige como elemento objetivo una acción de tenencia que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma, exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir, la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma. Y como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el *animus possidendi*, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma ( SSTS.709/2003 de 14-5, 201/2006 de 1-3). Además, se ha de añadir que el tipo subjetivo se agota con el conocimiento por parte del sujeto activo de la disponibilidad de un arma prohibida, con el consiguiente riesgo que puede implicar para la seguridad colectiva la incontrolada utilización de armas de esas características. La falta de intención de usar del arma con fines ilícitos no excluye el dolo, sin perjuicio de la atenuación punitiva que autoriza ( TS 2ª 30-3-09).

En referencia a la tenencia de armas blancas el art 563 ha de ser objeto de una interpretación restrictiva como expone el TS ( STS 2ª 13-10-04), cuando señala que la inclusión de una tan amplia variedad de armas denominadas blancas, exige una necesaria cautela a la hora de integrar el tipo penal, para no desbordar las previsiones del legislador y extender, de una manera automática, el tipo penal a conductas que son usuales socialmente y que es dudoso que merezcan, sin más, un reproche penal, superior incluso a la tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas, lo cual nos situaría directamente ante una vulneración del principio de proporcionalidad.

El expresado delito sería atribuible al acusado Don Amadeo fue detenido en la CALLE003 esquina con la CALLE004 tras haber arrojado unos objetos de grandes dimensiones, los agentes dieron el alto a los dos individuos, los cuales emprendieron la huida por la CALLE003 dirección CALLE001 , interceptando el agente PN NUM056 , tras unos metros de carrera al acusado, que en ese momento no portaba arma alguna, huyendo del lugar el otro individuo que no pudo ser identificado. Los objetos arrojados, fueron identificados como una escopeta con el cañón recortado y la culata igualmente recortada con un cartucho en la recámara percutido, encontrando también junto a la escopeta dos fundas de arma blanca, una vacía y otra conteniendo en su interior un machete de unos cuarenta centímetros. Tras ello se procedió a la detención del referido. Se preservó la zona, hasta la recogida de vestigios y efectos y la realización la prueba pericial al acusado. A la Sala, como ya se expresó al analizar la prueba no le queda resquicio alguno de duda, para considerar que el acusado y la persona que huyó del lugar sin que fuera identificado, iban juntos, habían participado en alguno de los hechos, portaban las armas y al ver a la policía intentaron deshacerse de ellas. Se encontraron partículas compatibles con residuos de disparos en el porta-muestras aplicado a la mano derecha y antebrazo de la manga derecha del jersey que llevaba Don Amadeo .

Las características, estado y calificación de las armas intervenidas, se han determinado en el Informe Pericial sobre varias armas y elementos balísticos (folios 609 a 627) de 20 de noviembre de 2019, determinándose que se trata de una escopeta de caza semiautomática, marca Franchi-Llama con nº de serie NUM014 , troquelado en la parte inferior y el nº NUM015 en la parte inferior del cañón, para cartuchos semiautomáticos del calibre 12. Dicha escopeta es un arma reglamentada que exige poseer guía de pertenencia y licencia de armas, considerándose arma prohibida al tener el cañón recortado.

B) Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de **tenencia ilícita de armas** previsto penado en el art 564. 1.º del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal.

El artículo 564 establece: "1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1.º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas".

El TS en la STS de 17 de abril de 1.990, refería los dos elementos necesarios para que se produzca la acción en un delito de tenencia ilícita de armas son: en primer lugar, el positivo, integrado por la efectiva y querida tenencia física del arma, y, en segundo lugar, el negativo, consistente en "la ausencia de la documentación, legitimadora de la citada tenencia". (...) el Fiscal, respecto de la tenencia, lo que debe de probar es la posesión efectiva del arma (elemento positivo), mientras que respecto de la documentación legitimadora del arma



sólo debe de acreditar que, en la prueba documental de autos, dicha documentación no consta, esto es que está "ausente", sin que sean admisibles al respecto posturas pasivas por parte del inculpado, ya que, como se ha examinado anteriormente, el Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de enero, exige de manera inexcusable a cualquier tenedor de un arma de fuego, la posesión de la oportuna licencia y guía de pertenencia, por lo que no pueden darse por válidas posesiones basadas en simples presunciones, precisamente por la peligrosidad que conllevan dichos artefactos. Es por ello por lo que la tenencia de dicha documentación debería de ser acreditada, en su caso, por la defensa (...) (TS 2ª 20-2-07, EDJ 18025).

También, el TS (TS 2ª 2-2-13, EDJ 11812) ha señalado "No obstante si es necesario recordar que el tipo del art. 564.1 y 2. 2º exige desde el punto de vista objetivo, que el autor, sin las pertinentes autorizaciones, tenga una relación física con el arma que implique que ésta se encuentra a su disposición, es decir, bajo su disponibilidad, tenga o no su posesión material, quedando excluidos los supuestos de mera posesión fugaz, en los que no puede afirmarse la existencia de dicha disponibilidad. Y como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el animus possidendi, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma (SSTS: 201/2006 de 1.3, 960/2007 de 29.11)".

El delito se atribuye al acusado Don Adrian, en relación a los hechos ocurridos en el locutorio " DIRECCION005 " sito en la CALLE000 n° NUM010, donde como consta en el Acta de Inspección Ocular Técnico Policial elaborada por la Brigada Provincial de Policía Científica de 13 de octubre de 2019 (folios 259 a 277) se recogieron varias vainas y elementos balísticos y sangre de dos víctimas y dos machetes. Se ofrecen datos por los resultados periciales, sobre los cuatro cartuchos metálicos recogidos en el lugar, concluyendo que son utilizados en armas denominadas "no letales o traumáticas", que no se comercializan en España. Concluye también que los cartuchos fueron disparados con una pistola detonadora "modificada" de las existentes en el Grupo de Balística en la colección técnica de armas comprobándose su normal operatividad. Y sobre las cuatro vainas percutidas, se corresponden con las que técnicamente montan los cartuchos anteriores y el proyectil esférico se corresponde con los que técnicamente montan los cartuchos y vainas indicadas. Sobre las conclusiones, los policías que elaboraron el informe pericial PN NUM028 y NUM029, ratificaron en su integridad el informe, explicando la referencia a que son utilizados en armas denominadas "no letales o traumáticas", así indicaron que la bala como tal es de goma, suelen ser para pistolas detonadoras, que en España no están permitido adquirir en tiendas y son armas de fuego, pero se diferencian en la bala, generan heridas se clavan no entran tan profundo, pero se introducen en el cuerpo. El acusado carece de licencia de armas. Estamos ante un arma de fuego, cuyas características concretas se desconocen al no haber sido intervenida, pero que el acusado reconoció haber utilizado y se observa en las imágenes grabadas, por los proyectiles encontrados y las heridas de la víctima de su utilización. Además, es determinante que se encontraron partículas específicas de residuos de disparos en los dos porta-muestras aplicados sobre ambas manos y antebrazos de Don Adrian. Al respecto nos hemos de remitir al Informe Pericial sobre residuos de disparo (folios 571 a 576) de 6 de noviembre de 2019, sin duda acreditativo de su utilización.

### 3.- Pertenencia a organización criminal

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito previsto y penado en el art 570 bis 1.2 y 3 del CP.

El artículo art 570 bis del CP castiga:

*"Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

*2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:*

*a) esté formada por un elevado número de personas.*

*b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.*

*c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

*Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.*

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos*".

Se debe exponer la doctrina de la Sala 2ª del TS en orden a la distinción entre organización, grupo criminal y supuestos de mera codeincuencia, señalada en la STS 1601/2021 de 07 de abril de 2021.

Así, en SSTS 577/2014, de 12-7 ; 454/2015, de 10-7 ; 714/2016, de 26-9 ; 720/2017, de 6-11 ; 86/2018, de 19-2 ; 714/2018, de 16-1-2019 ; 655/2020, de 3-12 , hemos señalado que entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts. 570 bis , 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada", y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE, en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada", que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba , en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO. 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS. 271/2014 de 25.3 - se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que "Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes".

"La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Asimismo, en recientes sentencias 513/2014 de 24.6, 371/2014 de 7.5, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: " La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada de delitos".

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

El grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal. La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTs. 309/2013 de 1.4, 855/2013 de 11.11, 950/2013 de 5.12, 1035/2013 de 9.1.2014.

En las STS nº 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. ( STS. 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente ( STS. 950/2013). La sentencia 277/2016 de 6.4, precisa como "La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

"1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal".

Por último respecto a la diferencia entre organización y grupo criminal y la codelincuencia. La STS. 309/2013 nos dice que la codelincuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las



disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. Por ello la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno ( SSTS 852/2016, de 11-1; 379/2017, de 25-5).

Para la Sala se considera probado, que (1) los hechos se cometieron en el marco de la vinculación de los acusados, salvo Don Benito a la banda latina, conocida por el acrónimo " DIRECCION001 ", (" DIRECCION000 ") los acusados en esta causa, previamente concertados entre sí y con otros individuos no identificados, pero todos ellos vinculados con la banda latina de los DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), decidieron hacer una "caída" por sorpresa en el barrio de Distrito de DIRECCION002, como manifestación de su autoridad y dominio territorial frente a la banda rival de los DIRECCION003, realizándose de forma simultánea por distintos partícipes y en diferentes lugares de ese Distrito y desplazándose hacia el del. DIRECCION004, múltiples actos atentatorios contra la integridad física de personas vinculadas a la banda de los DIRECCION003, utilizando para ello armas de fuego, machetes y otros Instrumentos peligrosos; (2) la banda latina DIRECCION000 es un grupo violento dedicado a la comisión de hechos delictivos graves contra la vida, la integridad física y la libertad de las personas, que ha sido considerada organización criminal y sus dirigentes y miembros activos han sido condenados, en varias sentencias; (3) que intervinieron diversos "Coros", de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), que son grupos jerarquizados, estructurados, estables y duraderos, territorialmente establecidos en diversas zonas de Madrid y con una importante actividad delictiva por parte de sus miembros, especialmente los denominados como "los tigres", que serían todos los miembros de pleno derecho de la banda DIRECCION001.

En referencia a la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION000 ) el TS consideró a la misma asociación ilícita ( STS 6561/2013 de 12 diciembre de 2013), aplicando la normativa vigente por comisión de los hechos anterior a la actual. En la referida sentencia, y expresamente enjuiciando hechos de personas vinculadas a la citada banda latina, mantuvo que en el caso de los " DIRECCION000 " -traducido del inglés "los dominicanos no juegan", asimismo conocidos por sus iniciales " DIRECCION001 " pronunciadas en fonética sajona ( DIRECCION029 )- nos encontramos ante un grupo que en gran medida responde a esa misma etiología descrita para los dos casos anteriores. Así se refería la sentencia a que, en varias ocasiones, ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse sobre un asociacionismo urbano que degenera hacia lo penal, afirmando la ilicitud de organizaciones juveniles y grupos radicales de violencia callejera vinculados al terrorismo como KALE BORROKA, SEGI, JARRAI o HAIKA ( SSTS núm. 608/2013, de 17 de julio, 230/2013, de 27 de febrero, 977/2012, de 30 de octubre, 290/2010, de 31 de marzo, 480/2009, de 22 de mayo, ó 50/2007, de 19 de enero), o de asociaciones inscritas bajo un aparente carácter cultural que en verdad promueven el odio, la violencia o la discriminación, como los "Blood & Honour" ( STS núm. 372/2011, de 10 de mayo ), así como se ha sostenido también respecto de algunas "tribus urbanas" de origen latino como los "Latin Kings" ( SSTS núm. 693/2013, de 19 de septiembre, 708/2010, de 14 de julio, 765/2009, de 9 de julio, ó 378/2009, de 27 de marzo ) ó los " DIRECCION007 " ( STS núm. 41/2009, de 20 de enero).

El TS, en la mencionada resolución, indica que es un hecho notorio que los " DIRECCION001 ", cuyos orígenes se remontan al Nueva York de los años 90, se afianzan en España como "tribu" en diciembre de 2004. Sus raíces latinas entroncan con los dos grupos anteriormente señalados ("Latin" y " DIRECCION007 "), de los que se desgajan por sus continuas desavenencias, principalmente por razones de nacionalidad, decidiendo configurar su propia "tribu". Añadió que la única ocasión en la que, con anterioridad a la presente, había conocido esta Sala hechos relacionados con los " DIRECCION001 " aparece resuelto en la STS núm. 1291/2011, de 25 de noviembre, si bien dicha decisión no examina la composición, estructura y fines de este grupo al no haberse planteado tales cuestiones en aquel análisis casacional. ...Se afirma en nuestro caso -y no es objeto de discusión casacional- que los " DIRECCION000 " constituyen "un grupo urbano que opera en España desde diciembre de 2004, formado por jóvenes fundamentalmente de origen dominicano, con una estructura jerarquizada, organizada en "Coros", que son agrupaciones locales, estando la banda liderada por el "Suprema" -jefe de los coros-. Cada "Coro" mantiene su propia jerarquía, sus componentes de rango inferior se llaman





"Primicias", los intermedios "Coronas" y los lugartenientes "Perlas", y el jefe "Corona Suprema". Su objetivo externo más definido es la defensa del territorio que consideran propio, lo que provoca conflictos con otras bandas rivales, como "DIRECCION007", "DIRECCION003" y "Forty Two" (ap. 4º del Hecho Probado). Y viene a aceptar el TS los informes elaborados en la causa por el grupo especializado de la Guardia Civil, estimando que dan sobrada cuenta de la comisión reiterada de acciones violentas por parte de individuos, y de su estructura y funcionamiento, con independencia de que no estima probado como la sentencia que se recurrió la pertenencia concreta de los acusados a tal banda latina.

En el supuesto que nos ocupa, acudiendo a la prueba actuada al respecto, para la Sala resulta relevante el informe de la Banda Latina "DIRECCION000 (DIRECCION001)" (folios 850 a 864), remitido mediante oficio de 20 de febrero de 2020 y elaborado por CP NUM059, quien en el plenario ratificó el informe en su integridad explicando y aclarando aspectos del mismo. La Banda Latina DIRECCION000 (DIRECCION001), en cuanto debe tenerse acreditado atendido el informe referido, se constituye como grupo urbano establecido en España el 23 de diciembre de 2004 y se integra fundamentalmente por jóvenes de origen dominicano, emulando la existente con el mismo nombre en la República Dominicana y que también está implantada en algunas ciudades de EEUU. Los miembros fundadores de esta banda procedían de otras bandas latinas tales como DIRECCION006 o DIRECCION007, pero debido a continuas desavenencias y disputas, decidieron segregarse y fundar otra que aglutinase a jóvenes de nacionalidad dominicana.

Se trata de un grupo violento dedicada a la comisión de delitos graves para los que utilizan armas e instrumentos peligrosos y que cuenta con una organización y estructura rígida y estable, con una jerarquía definida, reparto de roles, reuniones periódicas, pago de cuotas, literatura y simbología propias.

Dicha organización se estructura en un orden jerárquico, siendo los Patriarcas los que tienen mando, Perla que el mantiene a la masa informada y el Soldado los que integran la masa y deben obedecer a sus superiores sin excusa alguna.

Las fases previas a la Integración formal en la banda son los que se encuentran en "observación" que es el primer contacto previo a su integración, siendo la "probatoria" el siguiente paso o inmediatamente anterior a la plena integración.

La banda se organiza y constituye en "Coros", existiendo cinco de ellos en Madrid (DIRECCION008, DIRECCION009, DIRECCION010, DIRECCION011, DIRECCION012 y DIRECCION013) y otras cuatro distintas localidades de la Comunidad (DIRECCION014, DIRECCION015, DIRECCION016 y DIRECCION017).

Sus integrantes residen en cualquier barrio de la capital o ciudad, pero se congregan ante el llamamiento o convocatoria del Suprema. El denominado "control", significa que en el barrio donde está establecido un Coro, los DIRECCION001 utilizan violencia para ejercer el dominio sobre el barrio.

La violencia la ejercen tanto contra miembros rivales de otras bandas como contra individuos no integrantes de bandas latinas, pero que pudieran tener algún tipo de integración o trato con ellos.

Parte de sus acciones lo son de hostigamiento directo hacia los componentes de otras bandas como los DIRECCION007 o los DIRECCION003, habiendo conseguido llegar a desplazarlos de sus lugares habituales de reunión, mediante ataques contra la vida, la integridad física y la libertad de los mismos.

Han sido incautadas en los delitos en que se han visto involucrados (homicidios, lesiones, robos con violencia, amenazas, tenencia ilícita de armas...) armas blancas (bolomachetes, machetes, cuchillos) y pistolas detonadoras modificadas para poder realizar fuego real, así como pistolas reales y en una ocasión una escopeta de 12 mm de cañones recortados. Y en otras ocasiones bien porque las portaban o porque estaban escondidas en la inmediata cercanía al lugar donde se encontraba el grupo, pistolas detonadoras modificadas, armas blancas, machetes de grandes dimensiones "bolomachetes".

Atendido lo anterior, ciertamente solo uno de los acusados cumplía los parámetros determinados para considerarle perteneciente a los DIRECCION000 (DIRECCION001) como miembro probado, siendo este el acusado Arturo sin poder determinar el "cargo" o "posición" en la banda. Y respecto los demás acusados se explicó en el plenario que se encontraban en fase de estudio respecto a su integración, así respecto al acusado Adrian, Amadeo, y Benito. Además, se concluye que no se ha podido determinar la relación de los expresados acusados con Arturo.

Ello no obstante se ha explicado que los hechos violentos se produjeron en como consecuencia de una "caída", de los DIRECCION000 respecto de la banda rival DIRECCION003 banda rival, interviniendo varios coros así Arturo pertenecería al coro de DIRECCION013, Adrian y Benito estarían relacionados con el coro de DIRECCION022, siendo que al estar identificados en los hechos violentos, estamos ante partícipes o cooperadores de la banda latina DIRECCION001 ya que en los actos violentos intervienen miembros de la





banda y otros que no lo son pero relacionados con ella como se ha indicado. Las investigaciones policiales han puesto de manifiesto y la Sala considerara fuera de toda duda, que los acusados están relacionados con la banda, por la identificación e intervención de los acusados en los hechos Arturo , Adrian , Amadeo .

Con todo, la conclusión no puede ser otra que, conforme a lo dispuesto en el art 570 bis entender estamos ante una organización criminal cuyos participantes o cooperantes con la Banda Latina DIRECCION001 en los hechos violentos enjuiciados incurrirían en el delito tipificado en el art 570 bis del CP y así los acusados Arturo , Adrian , Amadeo

La Sala sin embargo no considera responsable de tal delito al acusado Benito en cuanto que no obran pruebas concretas y determinantes de su participación en los hechos violentos ocurridos y en concreto de que se encontrara con Adrian , cuando este agredió brutalmente con el machete en la cara a Don Celestino . En relación a su vinculación con la banda latina DIRECCION000 , en el oficio n° NUM060 de 5 de diciembre de 2019 de la Brigada Provincial de Información Grupo XXI Bandas Latinas (folio 639), se informó que el acusado Don Benito , se halla en fase de estudio, es decir que no cumple los parámetros objetivos establecidos en la Instrucción 17/2014 de la S.E.S que da continuidad al Plan operativo de actuación policial contra grupos organizados y violentos de carácter juvenil, para ser considerado como miembro probado de la mencionada banda. Este extremo, se reiteró el informe de la Banda Latina " DIRECCION000 ( DIRECCION001 )" (folios 850 a 864), ratificado en el plenario, aun cuando del mismo se revela una vinculación con el coro de DIRECCION022 , determinándose ese extremo entre otras por las identificaciones y una detención a las que ha sido objeto con anterioridad a los hechos. El hecho de que no se pueda afirmar su intervención en los hechos violentos y que tan solo pueda presumirse una vinculación con la banda latina DIRECCION000 estando en estudio la misma, determina para la Sala que no pueda serle exigida responsabilidad penal conforme se interesa por el delito de pertenencia a organización criminal.

Consecuentemente atendidos los hechos declarados probados, y respecto Adrian , su conducta estaría prevista y penada en el art 570 bis del CP, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3° en cuanto participe activo de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos y apartado 3 tratándose de delitos contra la vida o integridad de las personas.

Por su parte los acusados, Arturo , Amadeo resultarían responsables, cada uno de ellos de un delito del art 570 bis, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3° siendo partícipes de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos.

#### **CUARTO. - Autoría**

De los expresados delitos son criminalmente responsables en concepto de autores los acusados Don Adrian , Don Arturo y Don Amadeo , a tenor de los artículos 27 y 28 del Código Penal, conforme se ha probado y atendido lo que se ha expuesto con anterioridad de la siguiente forma:

##### 1.- Don Adrian :

- a) Tres delitos de homicidio en grado de tentativa previstos y penados en los arts. 138, 16 y art 66 del CP.
- b) Un delito de lesiones previsto y penado del art 147 en relación con el art 150 del CP.
- c) Un delito de tenencia ilícita de armas previsto penado en el art 564.1. 1° del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal.
- d) Un delito de pertenencia a organización criminal previsto y penado en el art 570 bis del CP, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3° en cuanto participe activo de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos y apartado 3 tratándose de delitos contra la vida o integridad de las personas

##### 2.- Don Arturo

Un delito de pertenencia a organización criminal previsto y penado en el art 570 bis, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3° siendo partícipe de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos.

##### 3.- Don Amadeo

- a) Un delito de tenencia ilícita de armas previsto penado en el art 563 del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal.
- b) Un de pertenencia a organización criminal previsto y penado en el art 570 bis, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3° siendo partícipes de la banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos.



#### **QUINTO. - Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

En la comisión de los hechos declarados probados no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

#### **SEXTO. - Penalidad.**

Las penas a imponer deben ser determinadas teniendo en consideración los hechos probados, la calificación jurídica de los hechos y la no concurrencia de circunstancias modificativas a de la responsabilidad, según se ha analizado en esta resolución.

Corresponde imponer a cada uno de los acusados las siguientes penas:

1.- A Don Adrian :

a) Por **cada uno de los tres delitos de homicidio en grado de tentativa** previstos y penados en los arts. 138, 16 y art 66 del CP, la pena de SIETE AÑOS de prisión.

El art 138 establece: "1. *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*" Por su parte procede a aplicar el art 62 del CP que determina: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la **pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado**". Por tanto, estaríamos ante una pena de entre cinco años a diez años de prisión menos un día, rebajando únicamente un grado de la pena, optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la pena de SIETE AÑOS de prisión.

La pena que se considera para cada uno de los delitos de homicidio, se determina en relación a la responsabilidad del acusado de tres delitos de homicidio en grado de tentativa cometidos en un breve espacio de tiempo, con utilización en uno de ellos de un arma de fuego y en los otros de machetes, denotando una inusitada actuación violenta del acusado que actuó en concierto con numerosas personas en plena calle y en un establecimiento abierto al público (locutorio). Debe reiterarse que existió un previo concierto entre los acusados entre sí y con otros individuos no identificados, pero todos ellos vinculados con la banda latina de los DIRECCION000 ( DIRECCION001 ), que decidieron hacer una "caída" por sorpresa en el barrio de Distrito de DIRECCION002 , como manifestación de su autoridad y dominio territorial frente a la banda rival de los DIRECCION003 , realizándose de forma simultánea por distintos partícipes y en diferentes lugares de ese Distrito y desplazándose hacia el DIRECCION004 , múltiples actos atentatorios contra la integridad física de personas vinculadas a la banda de los DIRECCION003 (banda rival), utilizando para ello armas de fuego, machetes y otros instrumentos peligrosos. El peligro inherente de esa actuación y el grado de ejecución alcanzado, las graves lesiones ocasionadas idóneas de haber provocado un resultado fatal, aconsejan la pena determinada.

b) Por el **delito de lesiones** previsto y penado en el art 147 en relación con el art 150 del CP, la pena de TRES AÑOS de prisión.

El art 147.1 del CP establece:

"1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*".

El art 150 del CP sanciona:

"*El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años*".

Optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la pena de TRES AÑOS de prisión, atendido el resultado producido por la agresión a Don Edemiro , provocándole las lesiones consistentes en sección del aparato tendinoso flexor del 2º, 3º y 4º dedo, arteria y nervio cubital colateral del 2º y 3º dedo, y nervio cubital colateral y arteria radial colateral del 4º dedo, quedándole una secuela de naturaleza estética por la cicatriz resultante de la herida y discreta limitación en la flexión de la mano izquierda. Siendo expresivo, como antes se ha expuesto en esta resolución, que el lesionado manifestó en el plenario que no maneja la mano del todo, está lesionado en cuatro dedos de la mano ha ido a rehabilitación y no mejora. Como además las circunstancias ya expuestas en que se produjo esta y los demás actos violentos.





c) Por el **delito de tenencia ilícita de armas** previsto penado en el art 564.1. 1º del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal, la pena de UN AÑO de prisión.

El artículo 564 establece: "1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1.º Con la pena de prisión de **uno a dos años, si se trata de armas cortas**".

Optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la pena de un año de prisión, pena mínima

d) Por el **delito de pertenencia a organización criminal** previsto y penado en el art 570 bis del CP, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3º en cuanto participe activo de la **banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 )**, apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos y apartado 3 tratándose de delitos contra la vida o integridad de las personas la pena de CUATRO AÑOS de prisión.

El art 570 bis del CP determina:

"Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de **dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves**, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

**2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:**

a) esté formada por un elevado número de personas.

**b) disponga de armas o instrumentos peligrosos**

c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

**3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos".**

Optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la pena de CUATRO AÑOS de prisión, en cuanto que de los acusados es quien ha resultado probado cometió tres delitos contra la vida y otro contra la integridad física en el contexto de su pertenencia a la **banda DIRECCION001**, con armas blancas y una pistola.

2.- A Don Arturo

Por el **delito de pertenencia a organización criminal** previsto y penado en el art 570 bis, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3ª siendo participe de la **banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 )**, apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión.

Optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

3.- A Don Amadeo

a) Por el **delito de tenencia ilícita de armas** previsto penado en el art 563 del CP en relación con el art1 5.1 g) del Reglamento de Armas y 4.1 a) del mismo texto legal la pena de UN AÑO de prisión.

El artículo 563 del CP castiga: "La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la **pena de prisión de uno a tres años**". Optando la Sala por imponer, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la pena mínima.

b) Por el **delito de pertenencia a organización criminal** previsto y penado en el art 570 bis, apartado 1 relativo a la comisión de delitos graves, inciso 3ª siendo participes de la **banda latina DIRECCION000 ( DIRECCION001 )**, apartado 2 b) por disposición de armas o instrumentos peligrosos la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión, pena mínima a tenor de lo expuesto.





Cada una de las penas referidas tendrán como accesorias la INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de la condena conforme al art 56 del CP.

Se ha de acordar el comiso de las armas y demás efectos intervenidos, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal.

#### **SÉPTIMO. - Responsabilidad civil**

En cuanto a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios causados, según establece el artº.109 del Código Penal, estableciéndose en los artículos siguientes el alcance de dicha responsabilidad, reiterando el artº 116 CP que todo criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

El TS mantiene que en casos dolosos la jurisdicción penal no tiene limitado normativamente el quantum indemnizatorio, dado que lo que se indemniza son las consecuencias perjudiciales debidas a una acción criminal dolosa que, sin duda, comportan un claro plus de perversidad y la consiguiente acentuación del daño moral en quien lo padece. Expuesto lo anterior, respecto al quantum, en la SSTs: 105/2005 de 26.1, 131/2007 de 16.2, 957/2007 de 28.11 y 396/2008 de 1.7, la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, que determine el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del quantum de las responsabilidades civiles, por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede, por regla general, ser sometida a la censura de la casación, por ser una cuestión totalmente autónoma y de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza ( SSTS 18 de marzo de 2004, 29 de septiembre de 2003, 29 de septiembre de 1999, 24 de mayo de 1999).

En concepto de responsabilidad civil, conforme la petición del Ministerio Fiscal la Sala considera que el acusado Don Adrian debe indemnizar a las víctimas por las lesiones sufridas en las siguientes cantidades:

- 1.- A Don Emilio en la cantidad de 300 euros por los 2 días de hospitalización y 2.800 euros por los 28 días improductivos para su curación y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas.
- 2.- A Don Celestino , en la cantidad de 800 euros por cada uno de los 8 días improductivos y en la cantidad de 600 euros por los no improductivos, así como la cantidad de 7.209,45 en concepto de secuelas (7 puntos).
- 3.- A Don Edemiro en la cantidad de 18.000 euros por los 180 días improductivos para su curación y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas.
- 4.- A Don Constantino en la cantidad de 1.200 euros por los 8 días de hospitalización y 4.500 euros por los 45 días improductivos y 2.250 euros por los no improductivos para su curación, así como la cantidad de 149.672,47 euros en concepto de secuelas (59 puntos).

Con aplicación a estas cantidades los intereses legales según el art 576 del LECrim

#### **OCTAVO. - Costas**

El artículo 123 del código Penal dispone que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Esta Sala en aplicación del precepto entiende, que el reparto de las costas deberá realizarse en primer lugar conforme al número de los delitos enjuiciados, estamos ante tres (3) delitos de homicidio en grado de tentativa, un (1) delito de lesiones y dos (2) delitos de tenencia ilícita de armas y un (1) delito de asociación criminal, dividiendo luego la parte correspondiente entre los cuatro acusados (4), declarándose de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultaren absueltos, todo ello en aplicación de los artículos 109 del CPE y artículos 241.1.1 y 2 de la ley de enjuiciamiento criminal ( STS 777/2009 de 24 de junio último, 379/2008 de 12 de junio y 939/1995 de 30 de septiembre).

Así pues al acusado Don Adrian , le corresponde el abono por los tres (3) delitos de homicidio en grado de tentativa (12/28) de las costas derivadas, al haber sido acusado y única y exclusivamente condenado él por los citados 3 delitos; por el delito de lesiones única y exclusivamente acusado y condenado él (4/28); por el delito de tenencia ilícita de armas única y exclusivamente acusado y condenado él (4/28) y por el delito de pertenencia a organización criminal imputado a los cuatro acusados y condenado él (1/28). En total corresponde la condena al mismo al pago de 21/ 28 de las costas derivadas del procedimiento.





Al acusado Don Amadeo condenado por el delito de tenencia ilícita de armas únicamente acusado y condenado él (4/28); y por el delito de pertenencia a organización criminal acusado y condenado junto a los otros acusados (1/28). Por lo que se le condena al pago de 5/28 de las costas derivadas del procedimiento.

Al acusado Don Arturo condenado única y exclusivamente por el delito de pertenencia a organización criminal del que se acusó a los cuatro acusados (1/28). Por lo que se le condena a 1/28 de las costas derivadas del procedimiento.

Se declaran de oficio el resto de las costas derivadas del procedimiento ante la libre absolución del cuarto de los acusados Don Benito 1/28 parte de las costas.

A todo ello se debe añadir que conforme a la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, abandonando el criterio de la relevancia, las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado salvo que las pretensiones de aquel sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el ministerio Fiscal o las recogidas en la sentencia, exigiéndose el razonamiento explicativo sólo en los casos en los que se deniega su imposición. No obstante, es necesario que haya mediado solicitud se expresa relativa la condena en costas de la acusación particular, pues las costas no tienen carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar la parte, por lo que de procederse de otro modo tribunal incurriría en un exceso respecto de lo solicitado señalando además que una condena en las costas de la acusación particular sin haber sido peticionada produciría una imposibilidad de defensa de la parte condenada, por no haber tenido oportunidad de conocer esa pretensión y por ende de alegar contra ella lo que a su derecho conviniera ( STS 560/2002, de 27 de marzo; 744/2002 de 23 de abril; 157/2003 de 25 de noviembre 911/2006 de 2 de octubre o 774/2012 de 25 de octubre entre otras muchas). Así pues, no pueden entenderse que vengan impuestas por el mero hecho de la condena pues el artículo 126.1.3 se desprende que su pago pudiera no imponerse en la sentencia. Si las acusaciones particulares no solicitaron oportunamente la condena del acusado en el importe de sus costas no procede acordarlas.

Por todo ello las costas han de ser impuestas a los acusados Don Adrian en 21/28 partes, a Don Arturo en 1/28 partes y a Don Amadeo en 5/28 partes, incluyendo las de la acusación particular, declarando de oficio 1/28 parte.

**VISTOS**, además de los preceptos citados, otros de pertinente aplicación del mismo Código Penal y demás de general aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Don Adrian :

- a) Como responsable en concepto de autor de **TRES delitos de HOMICIDIO en grado de tentativa** ya definidos, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para **cada uno de ellos** de SIETE AÑOS DE PRISIÓN y a la INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de la condena.
- b) Como responsable en concepto de autor de un delito de **LESIONES** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS PRISIÓN y a la INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de la condena.
- c) Como responsable en concepto de autor de un delito de **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, y la INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de la condena
- d) Como responsable en concepto de autor de un delito de **PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y a la INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de la condena

En concepto de **responsabilidad civil**, el acusado Don Adrian deberá indemnizar a las víctimas por las lesiones sufridas en las siguientes cantidades:

1.- A Don Emilio en la cantidad de 3.100 euros y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas.

2.- A Don Celestino, en la cantidad de 1.400 euros las lesiones y en la cantidad de 7.209,45 euros en concepto de secuelas, por el total de 8.609,45 euros.





3.- A Don Edemiro en la cantidad de 18.000 euros y además la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en concepto de secuelas.

4.- A Don Constantino en la cantidad de 8.950 euros por las lesiones, así como la cantidad de 149.672,47 euros en concepto de secuelas, por el total de 158.622,47 euros.

Con aplicación a estas cantidades de los intereses legales según el art 576 del LECrim.

Condenando igualmente a Don Adrian al pago de 21/28 partes de las costas causadas incluyendo las de la acusación particular.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Don Arturo , como responsable en concepto de autor de un delito de **PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión y la **INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO** durante el tiempo de la condena y al pago 1/28 partes de las costas causadas incluyendo las de la acusación particular.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado A **Don Amadeo** :

a) Como responsable en concepto de autor de un delito de **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y la **INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO** durante el tiempo de la condena.

b) Como responsable en concepto de autor de un delito de **PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL** ya definido, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, y la **INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO** durante el tiempo de la condena.

Se acuerda el comiso de las armas y demás efectos intervenidos, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal.

Condenándole al pago de 5/28 partes de las costas causadas, incluyendo las de la acusación particular

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado Don Benito del delito de pertenencia a organización criminal del que era acusado, declarando de oficio 1/28 parte de las costas causadas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, dentro de los diez días siguientes al de la última notificación, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



**- Recurso de Nulidad N° 925-2018-Nacional/Sala Penal Permanente**, de fecha 21.05.2019 (Ponente: Chávez Mella).

Esta Sala Suprema evidencia que, por el número de personas involucradas, la cantidad de droga decomisada, los instrumentos hallados y la lógica del transporte, se trata de una actividad desarrollada no solo por varias personas en codeincuencia sino integradas en una organización criminal. Ello exige una organización estructurada con múltiples miembros en muy distintas funciones y posiciones jerárquicas. El transporte de droga requiere una adscripción cuidada de los integrantes de la organización, un vínculo de confianza entre ellos y una cierta fidelidad con la lógica criminal en que estaban insertos.





**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE  
RECURSO DE NULIDAD  
NACIONAL**

SEDE PALACIO DE JUSTICIA  
Secretario De Sala - Suprema: VLTACRSES  
ROMERO Lilliana Haydee RAU/20199981216 soft  
Fecha: 21/01/2020 08:49:30 Bazoni RESOLUCION  
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA  
LIMA, FIRMA DIGITAL CERTIFICACION DEL  
CONTENIDO

#### **DEL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL**

El presente caso se originó con las indagaciones realizadas por la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, sede Tingo María, pero al concluirse la investigación se determinó la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, lo que motivó que el caso sea remitido a la Sala Penal Nacional. Dicho órgano jurisdiccional tiene la competencia específica para conocer procesos penales de esta naturaleza, como lo expresa en la Resolución Administrativa número 136-2012-CE-PJ, del nueve de julio de dos mil doce. En consecuencia, no existe vulneración alguna al derecho de juez natural.

#### **ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEDICADA AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

Esta Sala Suprema evidencia que por el número de personas involucradas, la cantidad de droga decomisada, los instrumentos hallados y la lógica del transporte, se trata de una actividad desarrollada no solo por varias personas en codependencia sino integradas en una organización criminal. Ello exige –no puede ser de otro modo– una organización estructurada con múltiples miembros en muy distintas funciones y posiciones jerárquicas. El transporte de droga requiere una adscripción cuidada de los integrantes de la organización, un vínculo de confianza entre ellos y una cierta fidelidad con la lógica criminal en que estaban insertos. Es imposible que una cantidad tan importante de droga sea trasladada por individuos ingenuos, sin experiencia y ajenos al núcleo de la organización dedicada para tal efecto.

#### **MOTIVACIÓN DEFICIENTE**

Respecto a los extremos absolutorios, la Sala Superior transgredió la garantía constitucional de debida motivación de las resoluciones judiciales en su vertiente de motivación incompleta, en la medida en que no valoró razonablemente las pruebas e indicios obrantes en el proceso; por lo que es procedente anular la sentencia y es necesario emitir una nueva sentencia.

#### **SUFICIENCIA PROBATORIA**

En cuanto a los acusados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Luis Alberto Chacón Núñez, se ha llegado acreditar con prueba suficiente su responsabilidad en los hechos imputados.

Lima, veintiuno de mayo de dos mil diecinueve

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por el representante del **Ministerio Público**, por la procuradora pública a cargo de los asuntos judiciales del **Ministerio del Interior** y por los sentenciados **Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio** y **Luis Alberto Chacón Núñez**, contra la sentencia del siete de noviembre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal Nacional (foja 8485). Con lo expuesto en el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal, intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.



## **CONSIDERANDO**

### **§ I. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS**

**Primero.** El representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad (foja 8882, Tomo XVII), recurrió los siguientes extremos:

**1.1.** La absolución de Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Luis Alberto Chacón Núñez, Marlus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cóndor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar, de la acusación fiscal por el delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada, esto es la participación como integrantes de una organización criminal. Pues por la cantidad de droga hallada (seiscientos veintidós kilos con sesenta y cinco gramos de clorhidrato de cocaína), valorizada en USD 1 199 600 (un millón ciento noventa y nueve mil seiscientos dólares americanos), se hizo un despliegue logístico considerable de bienes muebles e inmuebles, así como de mano de obra para la producción, acopio, traslado y creación de empresas fachada, conductas propias de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas.

**1.2.** La pena impuesta a los acusados Cerbellón Aparicio y Chacón Núñez, dado que no resulta proporcional al hecho imputado.

**1.3.** La absolución de Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Marlus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cóndor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar, de la acusación fiscal por el delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada (pluralidad de personas y cantidad de droga).

**1.3.1.** Respecto al imputado Víctor Hugo Ramírez Gonzales, la Sala Superior sostuvo –como argumento de absolución– la inexistencia de una sindicación directa de sus coprocesados, que evidencie su participación en el hecho delictivo, sin considerar que los miembros de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas desarrollan un “código o pacto”, por lo cual no delatan a los demás





miembros. Además, la droga hallada tenía como destino el mercado extranjero, razón por la cual se requería de un aparato formal para poder transportar legalmente la mercadería, por lo que la empresa del aludido investigado –dedicada a la exportación de polos, en cuyas cajas se halló la droga– era el mecanismo del cual se servían. Asimismo, el investigado no contaba con la capacidad económica para asumir el alquiler del local –ubicado en el distrito de Chorrillos–, el pago de los salarios de los empleados y la compra de mercadería. por otro lado, conforme a los informes de seguimiento y vigilancia efectuados por la policía, se tiene que el procesado Ramírez Gonzales participó en la recepción y traslado de remesas de droga provenientes de Palcazú a la empresa J. B. Car Service.

**1.3.2.** Respecto a Ana Bretaida Barboza Delgado, no se consideró que ella vivía en el inmueble en el que se acondicionaba la droga, donde además se hallaron elementos para su acondicionamiento.

**1.3.3.** Respecto a Paris Devoe Cerbellón y Martus Cerbellón, ambos fueron descubiertos por el policía Julio Vizcarra Hidaigo cuando cargaban las cajas de cartón al camión intervenido con la mercadería ilícita. Asimismo, en sus declaraciones adujeron que se encontraban en el país con la finalidad de instalar una máquina de cromado, situación que no se materializó.

**1.3.4.** Rodolfo Zeuxis Grau Medina y Medardo Emilio Toledo Correa fueron intervenidos en el interior de la empresa Maximos Superstar Car Wash, donde se hallaron cajas de cartón, guantes quirúrgicos, embudos y coladores, situación que revela que en dicho local se acondicionaba la droga.

**1.3.5.** Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar, Alexander Cerbellón Salazar y Edinson Cándor Cerbellón eran los hombres de confianza y quienes acondicionaban la droga.

**Segundo.** La Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior relativos al Tráfico Ilícito de Drogas, en su recurso de nulidad (foja 8835, tomo XVII), muestra su disconformidad respecto al monto de la



reparación civil impuesta a los condenados; así como respecto al extremo que absolvió a Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Marlus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cándor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar, de la acusación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada.

**2.1.** Respecto a Víctor Hugo Ramírez Gonzales, resulta imposible creer que no tenía conocimiento de que el camión que conducía estaba cargado de droga, cuando en realidad su finalidad era dirigirse al local de Chorrillos, donde se encontraban los veinte mil polos que iban a ser contaminados con la droga, con la finalidad de ser enviados a Guatemala. Asimismo, no se valoró que en las acciones de observación, vigilancia y seguimiento se dio cuenta de su participación en los hechos incriminados. Igualmente, las cajas encontradas en el local de la empresa Maximos Superstar Car Wash son similares a las halladas en el local de Chorrillos.

**2.2.** Marlon Devereux Bryson. Su participación se dio en el acondicionamiento y custodia de la droga en el local de Maximos Superstar Car Wash, realizando acciones de fachada para encubrir la verdadera finalidad del lavadero de autos, en tanto que era un lugar de acopio de la droga.

**2.3.** Paris Devoe Cerbellón y Marlus Cerbellón afirmaron que su presencia en el país era para la implementación de una máquina de cromado, que no se materializaba, a pesar del tiempo transcurrido; sin embargo, su presencia en territorio nacional solo tenía la finalidad de que colaboren con su padre –Jorge Cerbellón– en la actividad ilícita. Asimismo, en las acciones de observación, vigilancia y seguimiento, se los vio cargando las cajas hacia el camión intervenido.

**2.4.** Rodolfo Zeuxis Grau Medina y Medardo Emilio Toledo Correa fueron intervenidos en el interior del local de la empresa Maximos Superstar Car Wash, donde se hallaron cajas de cartón, guantes quirúrgicos, embudos y coladores, que evidencian que en el local se acondicionaba la droga; su función era el acondicionamiento y custodia de la droga.



**2.5.** Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar, Alexander Cerbellón Salazar y Edinson Córdor Cerbellón tenían la función de acondicionar la droga con los polos en el local de Chorrillos.

**2.6.** Ana Bretaida Barboza Delgado, por la relación convivencial que mantenía con Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, tenía que conocer de las actividades ilícitas de su conviviente, más aún si en su vivienda se hallaron guantes quirúrgicos, una selladora al vacío, papel carbón, dinero y armas de fuego.

**2.7.** Asimismo, cuestionó el monto de la reparación civil impuesta a los sentenciados, en la medida en que el delito de tráfico ilícito de drogas es pluriofensivo, ya que afecta el ámbito social, político y económico.

**Tercero.** El acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, en su recurso de nulidad (foja 8868, tomo XVII), solicita que la sentencia materia de litis sea revocada y que, reformándola, se declare fundada la tacha y se le absuelva de los cargos imputados. En ese sentido, precisó los siguientes agravios:

**3.1.** La sola confesión no resulta suficiente para emitir una sentencia condenatoria en su contra.

**3.2.** La metodología de investigación desmerece la objetividad de la intervención policial, que afecta el debido proceso, en tanto que la investigación en su contra y en contra de los demás procesados se inició por un proceso de corroboración de la versión de un colaborador eficaz en Tingo María, denominado "Caso Magdiel", motivo por el cual se dispusieron las medidas limitativas de derechos por un juez de otra jurisdicción y competencia; así, la investigación no fue objetiva.

**3.3.** Las diligencias preliminares presentan irregularidades, pues al efectuarse el levantamiento del secreto de las comunicaciones (sin identificar a las personas y por plazo excesivo) se vulneraron derechos fundamentales, lo que constituye, además, una prueba irregular.

**3.4.** Erróneamente, el Colegiado interpreta que la mera posesión de un arma de fuego sin licencia configura el delito de tenencia ilegal de armas.

**3.5.** El acta de registro vehicular, prueba de campo, pesaje, incautación, comiso de droga y lacrado, y el acta de registro vehicular, hallazgo de droga e



incautación no detallan quién fue la persona encargada de llevar a cabo la prueba de campo. Asimismo, no existió una cadena de custodia sobre lo incautado y, en consecuencia, no se probó la existencia de la droga.

**3.6.** La vulneración del derecho de juez y fiscal natural, pues los competentes para investigar y procesarlos eran los fiscales y jueces del distrito fiscal y judicial de Tingo María.

**Cuarto.** El sentenciado Luis Alberto Chacón Núñez, en su recurso de nulidad (foja 8901, tomo XVII), solicita que se revoque la sentencia y, refórmándola, se le absuelva de los cargos imputados. Expresa los siguientes agravios:

**4.1.** La sindicación efectuada por el imputado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio no es creíble y no cuenta con corroboración periférica ni persistente. Además, no supera las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116.

**4.2.** Uno de los argumentos para fundamentar la sentencia condenatoria son las interceptaciones telefónicas; sin embargo, no se efectuó la homologación de voz ni el levantamiento del secreto de las comunicaciones. Asimismo, cuando se lo detuvo, el celular que se le encontró no tenía el número que se le atribuye; por tanto, no se estableció de manera objetiva que el número interceptado le pertenecía. Además, dicha medida limitativa fue autorizada por un juez del distrito judicial de Tingo María y de esta manera se vulneró el derecho al juez natural.

**4.3.** El Informe número 087-04-14-DIREJANDRO PNP/DIRIAD-GEIN ORION no puede ser un elemento de corroboración, dado que carece de objetividad, pues el personal policial no puede afirmar la existencia de droga en el local J. B. Car Service y Maximos Superstar Car Wash.

## **§ II. IMPUTACIÓN FISCAL**

**Quinto.** De la acusación fiscal (foja 6789, tomo XIV, y complementario, foja 7350, tomo XIV), reiterada en el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal (foja 330 del cuadernillo supremo), se imputó a los procesados: Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Luis Alberto Chacón Núñez, Marlus Cerbellón, Paris



Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cónдор Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar, el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, previsto en el artículo 297, numerales 6 (supuesto: el hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas) y 7 (supuesto: la droga a comercializarse o comercializada excede los diez kilogramos de clorhidrato de cocaína) del Código Penal, concordante con el tipo base previsto en el primer párrafo del artículo 296 de la referida norma. El hecho se descubrió el veintisiete de marzo de dos mil catorce.

Asimismo, se imputó a Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio el delito de tenencia ilegal de armas, previsto en el artículo 279 del Código Penal.

En ese sentido, se tiene que:

**5.1.** A Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, alias Mario, gerente general de la empresa Jericho Investment Group E. I. R. L. (nombre comercial Maximos Superstar Car Wash), se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor. Ha dirigido y concurrido a los locales de J. B. Car Service y Maximos Superstar Car Wash, la última de las cuales es una empresa de fachada formada por él para realizar actividades ilícitas; participó en las reuniones/coordinaciones con sus coprocesados para materializar las actividades de tráfico ilícito de drogas (transporte y almacenamiento de droga). Aunado a ello, admitió haber subido al camión de placa de rodaje B4A-837, las veintiuna cajas de cartón en cuyo interior se hallaron los quinientos noventa y cuatro paquetes tipo ladrillo que contenían la droga decomisada, y se encontró con su procesado Víctor Hugo Ramírez Gonzales; luego, ambos fueron intervenidos. Además, al producirse el registro del vehículo con placa BIB-965, que se encontraba en el frontis del domicilio de los procesados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Ana Bretaida Barboza Delgado, se hallaron cuatro paquetes que contenían droga.

Asimismo, se le imputa el delito de tenencia ilegal de armas, toda vez que el día de su intervención, veintisiete de marzo del dos mil catorce, se le halló en posesión de un arma de fuego, y al realizarse el registro de su domicilio, ubicado en el jirón Paraíso, casa 1 de la urbanización Sol de la Molina, distrito



de La Molina, se halló en una de las cajas fuertes un fusil, así como municiones, conforme se advierte del acta de registro del referido inmueble; igualmente, se halló durante su registro personal un revólver, como se consigna en el acta respectiva.

**5.2.** A Luis Alberto Chacón Núñez, alias Lucho, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, pues dirigió las operaciones en el Perú, conjuntamente con el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, para materializar las actividades de tráfico ilícito de drogas. Se desprende, tanto de las interceptaciones y escuchas telefónicas como de las acciones de observación, vigilancia y seguimiento (en adelante OVISE) expuestas en el Informe número 087-04-14-DIREJANDRO.PNP/DIRIAD-GEIN-ORION, que dicho procesado mantuvo comunicación telefónica constante con los principales integrantes de la organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, en el Perú.

**5.3.** A Víctor Hugo Ramírez Gonzales, alias Marito, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que participó directamente en las actividades de tráfico ilícito de drogas con sus coprocesados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Luis Alberto Chacón Núñez; en ese sentido, concurrió a los locales de J. B. Car Service, Maximos Superstar Car Wash y al local ubicado en la calle Santa Lucía manzana H1, lote 20-A de la urbanización Villa Marina, distrito de Chorrillos, inmueble arrendado por el acusado Víctor Hugo Ramírez Gonzales por medio de un tercero. Asimismo, fue intervenido el veintisiete de marzo de dos mil catorce, en compañía de su coprocesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio (con quien había concertado horas antes de su intervención para el traslado de la droga), en circunstancias en que concurrió al domicilio del procesado mencionado, para sacar las veintiuna cajas de cartón en cuyo interior se encontraron quinientos noventa y cuatro paquetes tipo ladrillo que contenían la droga y cargarlas al camión. Del mismo modo, en el vehículo con placa de rodaje BIB-965, conducido también por el referido procesado y hallado en el frontis del inmueble ubicado en el jirón Paraíso número 265, casa



1, urbanización Sol de La Molina, distrito de La Molina, se descubrieron cuatro paquetes de droga.

**5.4.** A Elías Domingo Pacheco Flores, alias Domingo, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, dado que es el principal coordinador para materializar el envío de remesas de droga por su coprocesado Pablo Sánchez Ortega de la localidad de Pichis Palcazú a la ciudad de Lima, y haber coordinado telefónicamente e incluso sostener reuniones personalmente con sus coprocesados Luis Alberto Chacón Núñez, Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Cirilo Caso Reymundo en diferentes oportunidades.

**5.5.** A Cirilo Caso Reymundo, alias Cirilo, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que era el transportista en Lima de los vehículos con remesas de droga, para lo cual coordinaba telefónicamente con sus coprocesados Elías Domingo Pacheco Flores y Luis Alberto Chacón Núñez, así como haberse reunido personalmente con ellos y con el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, para llevar a cabo los actos ilícitos TID.

**5.6.** A Pablo Sánchez Ortega se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que es el proveedor o acopiador de la droga en la localidad de Pichis Palcazú, y realizaba las coordinaciones con el procesado Elías Domingo Pacheco Flores, quien era el nexo con los financistas de la organización, principalmente con el procesado Luis Alberto Chacón Núñez, los cuales coordinaban tanto telefónica y directamente los envíos y recepción de remesas de droga a Lima proveniente de la zona de producción (valle del Monzón), para ello utilizaban a varios transportistas.

**5.7.** A Marlon Devereux Bryson, alias Max, sobrino del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que desarrolló diversas actividades en el local Maximos Superstar Car Wash, empresa formada como fachada por el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio para realizar sus actividades ilícitas. Se advierte que se



custodió las veintiuna cajas de cartón con droga en el local, en el que se encontraron cajas de cartón apiladas sobre sí, las cuales son similares a las veintiuna cajas de cartón contaminadas e incautadas en el frontis del inmueble sito en la casa número 1 del condominio ubicado en calle Paraíso número 295 de la urbanización Sol de La Molina primera etapa, La Molina, las cuales fueron introducidas en el vehículo con placa de rodaje B4A-837 por los procesados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, Víctor Hugo Ramírez Gonzales, París y Marius Cerbellón. Devereux Bryson realizó acciones de acondicionamiento y custodia de droga.

**5.8.** A Rodolfo Zeuxis Grau Medina, primo del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor toda vez que desarrolló diversas actividades en el local Maximos Superstar Car Wash, empresa formada como fachada por el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, para realizar sus actividades ilícitas. Se advierte que se custodiaron las veintiuna cajas de cartón con droga en el local; en el que se encontraron cajas de cartón apiladas sobre sí, las cuales son similares a las veintiuna cajas de cartón contaminadas e incautadas en el frontis de los inmuebles sito en la casa número 1 del condominio ubicado en calle Paraíso número 295 de la urbanización Sol de La Molina primera etapa, La Molina, las cuales fueron introducidas en el vehículo con placa de rodaje B4A-837 por los procesados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, Víctor Hugo Ramírez Gonzales y París y Marius Cerbellón. Grau Medina realizó acciones de acondicionamiento y custodia de droga.

**5.9.** A Medardo Emilio Toledo Correa se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que ha desarrollado diversas actividades en el local MAXIMOS SUPERSTAR CAR WASH, empresa formada como fachada por el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, para realizar sus actividades ilícitas, advirtiéndose que se custodió las veintiuna cajas de cartón con droga en dicho local, además en el local se encontraron cajas de cartón apiladas sobre sí, las cuales son similares a las veintiuna cajas de cartón contaminadas e





incautadas en el frontis del inmueble sito en la casa número 1 del condominio ubicado en calle Paraíso número 295 de la urbanización Sol de La Molina primera etapa, La Molina. Toledo Correa realizó acciones de acondicionamiento y custodia de la droga.

**5.10.** A Juan Fernando Rivera Prieto, primo del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico, en calidad de coautor, toda vez que desarrolló diversas actividades en el local Maximos Superstar Car Wash, empresa formada como fachada por el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, para realizar sus actividades ilícitas. Se advierte que se custodió las veintiuna cajas de cartón con droga en el local, en el que además se encontraron cajas de cartón apiladas sobre sí, las cuales son similares a las veintiuna cajas de cartón contaminadas e incautadas en el frontis del inmueble sito en la casa número 1 del condominio ubicado en calle Paraíso número 295 de la urbanización Sol de La Molina primera etapa, La Molina. Rivera Prieto realizó acciones de acondicionamiento y custodia de la droga.

**5.11.** A Edinson Córdor Cerbellón, sobrino del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor. Él fue uno de los encargados de la custodia y acondicionamiento de las remesas de droga en el local de Chorrillos, droga que pretendían acondicionar en los polos que fueron incautados en dicho local, el cual fue arrendado por el procesado Víctor Hugo Ramírez Gonzales, utilizando para ello a una tercera persona.

**5.12.** A Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar, sobrino del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor. Él fue uno de los encargados de la custodia y acondicionamiento de las remesas de droga en el local de Chorrillos, droga que pretendían acondicionar en los polos que fueron incautados en dicho local, el cual fue arrendado por el procesado Víctor Hugo Ramírez Gonzales utilizando para ello a una tercera persona.



**5.13.** A Alexander Cerbellón Salazar, primo del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico en calidad de coautor, toda vez que pernoctó en el local ubicado en la manzana F1, lote 20 A, de la urbanización Villa Marina de Chorrillos (inmueble arrendado por el procesado Víctor Hugo Ramírez Gonzales utilizando para ello a una tercera persona), y fue uno de los encargados de la custodia y acondicionamiento de las remesas de droga en el local de Chorrillos, droga que pretendían acondicionar en los polos que fueron incautados en dicho local.

**5.14.** A Paris Devoe Cerbellón, Lucas, hijo del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico, en calidad de coautor, toda vez que desarrolló diversas actividades en el local Maximos Superstar Car Wash, también en el inmueble ubicado en la casa número 1, calle Paraíso número 295, urbanización Sol de La Molina, primera etapa, distrito de La Molina, donde participó en el acondicionamiento y en el traslado de las veintiuna cajas de cartón que contenían los paquetes con droga, desde dicho domicilio hasta el camión de placa de rodaje B4A-837, que iba a ser conducido por los acusados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Víctor Hugo Ramírez Gonzales. El hecho ocurrió el veintisiete de marzo de dos mil catorce, los procesados fueron intervenidos en el frontis del inmueble.

**5.15.** A Martus Cerbellón, Niko, hijo del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico, en calidad de coautor, toda vez que desarrolló diversas actividades en el local de Maximos Superstar Car Wash; también en el inmueble ubicado en la casa número 1, calle Paraíso número 295, urbanización Sol de La Molina, primera etapa, distrito de La Molina, y haber participado en el acondicionamiento y el traslado de las veintiuna cajas de cartón que contenían los paquetes con droga, desde dicho domicilio hasta el camión de placa de rodaje B4A-837, que iba a ser conducido por los acusados Jorge Ignacio Cerbellón y Víctor Hugo Ramírez Gonzales, hecho



ocurrido el veintisiete de marzo de dos mil catorce. Los procesados fueron intervenidos en el frontis del inmueble.

**5.16.** A Ana Bretaida Barboza Delgado, Ana, conviviente del procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se le atribuye haber participado favoreciendo el consumo ilegal de drogas a través de actos de tráfico, en calidad de coautor, toda vez que el veintisiete de marzo de dos mil catorce, en el inmueble sito en la casa número 1, calle Paraíso número 295 de la urbanización Sol de La Molina primera etapa, La Molina, lugar donde vivía con el procesado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, se intervino el camión de placa de rodaje B4A-837, cargado de las cajas de cartón que contenían droga, las cuales fueron retiradas del inmueble mencionado. Se realizaron actos de custodia, tan es así que, horas antes, la procesada Barboza Delgado hizo salir a su empleada del hogar, para que no presenciara el retiro de droga.

### **§ III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

#### **A. DEL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL**

**Sexto.** Por un aspecto estructural y lógico, se debe iniciar dilucidando la competencia y jurisdicción de la Sala Penal Nacional, a efectos de descartar la vulneración del principio de juez natural.

**6.1.** El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (Expedientes número 0290-2002-PHC/TC, caso Calmell del Solar, número 1013-2003-HC/TC, caso Faisal Fracalossi, y número 1076-2003-HC/TC, caso Bedoya de Vivanco), ha establecido que:

**a)** La predeterminación del juez en la ley, elemento propio del concepto de juez natural, recogido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, no a la creación anticipada de las Salas Especializadas que conocen del proceso.

**b)** No se afecta el referido derecho si el órgano que se encuentra a cargo de las investigaciones judiciales es uno propio del Poder Judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial. Sin embargo, de ello no puede concluirse que una modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance y su contenido, puede tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se



encuentran pendientes de resolución, pues si la ratio del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, es porque existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contrario al derecho en cuestión.

**c)** Tampoco se afecta el derecho a la predeterminación del juez, si su competencia para conocer el proceso le fue asignada con posterioridad a su inicio.

**d)** La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello crearía importantísimas disfuncionalidades en la administración de justicia. En ese sentido, lo que importa es que no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador.

**6.2.** En efecto, el presente caso se originó con las indagaciones realizadas por la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, sede Tingo María, pero al concluirse la investigación se determinó la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, lo que motivó a que el caso sea remitido a la Sala Penal Nacional. Dicho órgano jurisdiccional tiene la competencia específica para conocer procesos penales de esta naturaleza<sup>1</sup>, conforme lo expresa en la Resolución Administrativa número 136-2012-CE-PJ, del nueve de julio de dos mil doce. En consecuencia, no existe vulneración alguna al derecho de juez natural.

## **B. MATERIALIDAD DEL DELITO**

**Séptimo.** En el caso materia de juzgamiento, la concretización del delito (tráfico ilícito de drogas) no es un aspecto controvertido, pues ha sido acreditada con abundante prueba documental y pericial. De un lado, constan las actas de registro vehicular, prueba de campo, pesaje, incautación y comiso de droga y

---

<sup>1</sup> Foja 40, del Expediente número 00072-2014-0-5001-JR-PE-01 (Anexo).



lacrado<sup>2</sup>; registro vehicular, hallazgo e incautación de droga e incautación<sup>3</sup>, y prueba de campo, pesaje, comiso y lacrado de droga<sup>4</sup> realizadas con intervención del representante del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, que corroboraron el hallazgo de droga. Y de otro lado, convergen los Resultados Preliminares de Análisis Químico de Drogas número 1997/2014<sup>5</sup>, que determinó que las muestras analizadas corresponden a clorhidrato de cocaína y que tienen como peso neto: 583.664 kilogramos; y número 2000/2014<sup>6</sup>, que determinó que las muestras analizadas corresponden a clorhidrato de cocaína y que tienen como peso neto 3.957 kilogramos. Por estos hechos, fue condenado Cirilo Caso Reymundo, mediante sentencia del cuatro de mayo de dos mil diecisiete<sup>7</sup>; la cual adquirió firmeza al no haber sido impugnada.

**C. DE LA CONFIGURACIÓN DE LA AGRAVANTE, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 297, PRIMER PÁRRAFO, NUMERAL 6, SUPUESTO: INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEDICADA AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

**Octavo.** Conforme a la acusación fiscal, a los acusados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Luis Alberto Chacón Núñez, Martus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cándor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar se les imputa el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, previsto en el artículo 297, numerales 6 (supuesto: el hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas) y 7 (supuesto: la droga a comercializarse o comercializada excede los diez kilogramos de clorhidrato de cocaína) del Código Penal, concordante con el tipo base previsto en el primer párrafo del artículo 296 de la referida norma.

**8.1.** La Sala Superior, a efectos de descartar la agravante, por integrar una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas –ilícito previsto en el

<sup>2</sup> Foja 477, tomo I.

<sup>3</sup> Foja 494, tomo I.

<sup>4</sup> Foja 498, tomo I.

<sup>5</sup> Foja 1106, tomo III.

<sup>6</sup> Foja 1108, tomo III.

<sup>7</sup> Véase foja 7439, tomo XV.



numeral 6 del artículo 297 del Código Penal–, afirmó que la existencia de una organización criminal no fue corroborada en el proceso, pues la existencia de pluralidad de agentes y la cantidad de droga no pueden dar la certeza de la existencia de tal organización<sup>8</sup>.

**8.2.** Contrariamente a lo descrito por la Sala Superior, esta Sala Suprema evidencia que por el número de personas involucradas, la cantidad de droga decomisada, los instrumentos hallados –guantes, paquetes de bolsa de plástico transparente, hojas de papel carbón, guantes quirúrgicos, chips de diferentes operadoras, ciento treinta y cuatro equipos telefónicos, caja fuerte con dinero en efectivo (más de USD 119 000- ciento diecinueve mil dólares), fajos de dinero, selladora al vacío, armas de fuego y aparatos de interceptación telefónica– y la lógica del transporte (creación de empresas “fachada”, siendo estas J. B. Car Service S. A., Maximos Superstar Car Wash, Jericho Investment Group E. I. R. L., en cuyos locales se acopiaba la droga proveniente de la seña peruana), se trata de una actividad desarrollada no solo por varias personas en codeincuencia, sino integradas en una organización criminal. Ello exige –no puede ser de otro modo– una organización estructurada con múltiples miembros en muy distintas funciones y posiciones jerárquicas. Un transporte de droga requiere una adscripción cuidada de los integrantes de la organización, un vínculo de confianza entre ellos y una cierta fidelidad con la lógica criminal en que estaban insertos. Es imposible que una cantidad tan importante de droga se realice por individuos ingenuos, sin experiencia y ajenos al núcleo de la organización dedicada a tal fin. En ese sentido, se advierte que, en el caso concreto, se está ante una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas.

#### **D. DEL EXTREMO ABSOLUTORIO DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

**Noveno.** La Sala Superior, a efectos de emitir sentencia absolutoria a favor de Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretaida Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Marlus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cóndor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar, indica que no existe sindicación alguna por parte de sus coprocesados o de los agentes policiales,

<sup>8</sup> Véase octavo fundamento jurídico de la sentencia de la Sala Penal Nacional, foja 8720, tomo XVII.



que evidencien su participación en el hecho ilícito. No se consideró lo siguiente:

**9.1.** Que el acusado Víctor Hugo Ramírez Gonzales no solo fue intervenido a bordo del camión de placa de rodaje número B4A-837, donde se hallaron las veintiuna cajas que contenían clorhidrato de cocaína, sino que en su vehículo de placa de rodaje BIB-965 (cuyo titular resulta ser su padre, don Víctor Hugo Ramírez Ibáñez, conforme a la tarjeta de identificación vehicular<sup>9</sup>), se hallaron cuatro paquetes tipo ladrillo que, al ser sometidos al examen pertinente, se determinó que correspondían a clorhidrato de cocaína, con un peso bruto de 4 kilogramos – véase acta de registro vehicular, hallazgo de droga e incautación, foja 494, tomo I; el acta de prueba de campo, peaje, comiso y lacrado de droga, foja 498, tomo I, y el paneux fotográfico, foja 5851, tomo XII–. Además, el acusado era representante de la empresa JH Textil, dedicada presuntamente a la exportación de prendas de vestir, es así que, casualmente, las veintiuna cajas donde se halló la droga presentaban las mismas características de las cajas que utilizaba el acusado en su labor – como se advierte del acta de registro domiciliario e incautación<sup>10</sup>–. Lo cual también guarda relación con las cajas de polos halladas en el local de la empresa Maximos Superstar Car Wash<sup>11</sup>. Asimismo, por versión de Paris Devoe Cerbellón, el acusado bajo análisis era el encargado de administrar la empresa Maximos Superstar Car Wash<sup>12</sup>. De igual modo, el acusado Marlus Cerbellón<sup>13</sup> evidenció la cercanía que existía entre su padre, Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, y el acusado Víctor Hugo Ramírez Gonzales. Datos no valorados por la Sala Superior.

**9.2.** Admitir que la acusada Ana Bretaida Barboza Delgado era ajena al conocimiento del hecho ilícito es contrario a la lógica y las máximas de la experiencia, ya que, conforme a los instrumentos hallados en la vivienda ubicada en el jirón Paraíso número 295, casa 1, sublote 2 del lote 2 de la manzana J2, urbanización Sol de La Molina –donde al parecer se efectuaba el acondicionamiento y farrado de droga–, se puede acreditar el hallazgo e incautación

<sup>9</sup> Obrante a foja 514, tomo II.

<sup>10</sup> Foja 736, tomo II.

<sup>11</sup> Foja 787, tomo II.

<sup>12</sup> Foja 158, tomo I.

<sup>13</sup> Conforme a su declaración de foja 181. Tomo I.



de una máquina de llenado al vacío, pasta para untar en los paquetes de dencourt, papeles carbón y sobres de manila, instrumentos para bloquear las interceptaciones telefónicas. La acusada llevaba conviviendo con el sentenciado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio aproximadamente ocho años<sup>14</sup>, en el referido inmueble, que era alquilado por una mensualidad de USD 2500 (dos mil quinientos dólares americanos<sup>15</sup>); empero, conforme a la declaración preliminar del acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, él solo obtenía ingresos de S/ 2000 (dos mil soles) mensuales<sup>16</sup>. Además, en la vivienda se encontraron USD 119 000 (ciento diecinueve mil dólares americanos). Así, la Sala Superior omitió verificar los indicios de presencia, manifestaciones anteriores y posteriores al delito, y de mala justificación.

**9.3.** Respecto a Marlus Cerbellón y Paris Devoe Cerbellón, hijos del acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, no se valoró la mala justificación que brindaron sobre su presencia en el país<sup>17</sup>. Además, ellos vivían en el local comercial Maximos Superstar Car Wash, donde se acopiaba la droga proveniente de la selva peruana, según información de inteligencia policial. Aunado a ello, no se consideró la declaración del policía Emilio Julio Vizcarra Hidalgo<sup>18</sup>, quien relató que, el veintisiete de marzo de dos mil catorce, observó que había un camión dentro de un condominio, y que los hijos del acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio subían cajas del inmueble hacia el camión.

**9.4.** Respecto a Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa y Marlon Devereux Bryson, no se consideró que ellos tenían cercanía con el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, por su subordinación laboral<sup>19</sup>. Estos imputados vivían en el local comercial Maximos Superstar Car Wash, por lo que no podían ser ajenos a las actividades ilícitas. Asimismo, conforme a lo indicado por el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, días antes de la intervención policial, fue el encargado de llevar las veintiuna cajas que contenían droga al

<sup>14</sup> Véase la declaración de Ana Bretaida Barboza Delgado, foja 138, tomo I. Así como su declaración instructiva, foja 3198, tomo VII.

<sup>15</sup> Conforme al contrato de arrendamiento, foja 691, tomo II.

<sup>16</sup> Foja 90, tomo I.

<sup>17</sup> Fojas 158 y 181, tomo I. Así también fojas 3553 y 3563, tomo VII; foja 5669, tomo XII, y foja 7594, tomo XV.

<sup>18</sup> Foja 5869, tomo XII.

<sup>19</sup> Véase las declaraciones: foja 3187, tomo VII; foja 7551, tomo XV; foja 4695, tomo X; foja 7944, tomo XVI; foja 3471, tomo VII, y foja 7594, tomo XV.





camión incautado<sup>20</sup>; es decir, es imposible que una sola persona haya sido la encargada de cargar las cajas. Era necesaria la colaboración de otros agentes. Así, es necesario que la Sala Superior valore los indicios de presencia, de manifestaciones anteriores y posteriores al delito y mala justificación sobre estos imputados.

**9.5.** Respecto a los imputados Alexander Cerbellón Salazar, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Edinson Cóndor Cerbellón, no se consideró que ellos tienen un grado de parentesco con el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio; además, fueron presuntamente contratados por Luis Alberto Chacón Núñez para que se encarguen de empaquetar polos<sup>21</sup> y vigilar el almacén<sup>22</sup>, respectivamente; sin embargo, no se consideró que el acusado Luis Alberto Chacón Núñez no había efectuado ninguna exportación desde el once de diciembre de dos mil trece<sup>23</sup>; asimismo, el referido acusado indicó en juicio oral que, a la fecha de la comisión de los hechos, la empresa de exportación ya no funcionaba<sup>24</sup>. Entonces, resulta incongruente que una empresa que no produce contrate personal. Adicionalmente, conforme a la declaración del acusado Luis Alberto Chacón Núñez, los acusados fueron contratados para labores de vigilancia y pintado del local; es decir, labores distintas (esto es el empaque de polos) a las indicadas por los acusados bajo análisis.

**Décimo.** Lo anteriormente detallado constituye una falta de motivación, en su vertiente de motivación incompleta, en la medida en que no se valoraron razonablemente las pruebas e indicios obrantes en el proceso; en consecuencia, al haberse incurrido en la causal prevista en el artículo 298, numeral 1, del Código de Procedimientos Penales, por haberse afectado el debido proceso (infracción constitucional: motivación incompleta), es procedente anular la sentencia en los extremos impugnados, como ya se detalló, y convocar a un nuevo juicio oral; es necesario emitir una nueva sentencia en el

<sup>20</sup> Foja 3253, tomo VII.

<sup>21</sup> Foja 3461, tomo VII, y foja 4688, tomo X.

<sup>22</sup> Foja 4681, tomo X.

<sup>23</sup> Conforme se advierte de la declaración de Víctor Hugo Ramírez Gonzales, foja 3443, tomo VII.

<sup>24</sup> Foja 7398, tomo XV.



sentido que corresponda y tomar en cuenta lo precisado en la presente ejecutoria suprema.

#### **E. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE JORGE IGNACIO CERBELLÓN APARICIO**

**Undécimo.** Ahora bien, en autos convergen elementos probatorios que permiten inferir razonablemente la responsabilidad penal del acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, en el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada; pues fue intervenido en flagrancia delictiva, a bordo del vehículo de placa de rodaje B4A-837, en el que se hallaron veintiuna cajas de cartón, que contenían quinientos noventa y cuatro paquetes tipo ladrillo, que resultaron ser clorhidrato de cocaína, con un peso bruto de 622.65 kilogramos – véase acta de registro vehicular, prueba de campo, pesaje, incautación, comiso de droga y lacrado, foja 477, tomo I, y *paneux* fotográfico, foja 5841 y 5843, tomo XII-. Además, la intervención se produjo en el frontis de su domicilio, ubicado en el jirón Paraíso número 295, casa 1, sublote 2 del lote 2 de la manzana J2, urbanización Sol de La Molina.

**11.1.** Al tomarse su declaración preliminar respecto a los hechos, el acusado –en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor de libre elección–, espontánea y voluntariamente reconoció haber sido la persona encargada de recolectar droga a través de su empresa Jericho Investment Group E. I. R. L., propietaria del local comercial Maximos Superstar Car Wash, ubicado en el jirón Paraíso número 295, distrito de La Victoria, dedicado al lavado de carros, donde se acopiaba la droga que llegaba de la selva peruana, previa coordinación con el sujeto conocido como Cacarisso, quien era el encargado de financiar el ilícito. Así, el día en que se le intervino iba a hacer la entrega respectiva de la droga, en el puente Alipio<sup>25</sup>. Su declaración autoinculpatoria también fue ratificada a nivel de la instrucción, en presencia de su abogado de libre elección, de la representante del Ministerio Público y del juez instructor<sup>26</sup>. Además, sindicó al acusado Luis Alberto Chacón Núñez como el encargado de acopiar la droga de la selva peruana.

<sup>25</sup> Foja 90, tomo I.

<sup>26</sup> Foja 3253, tomo VII.

**11.2.** Esta versión autoinculpatória se encuentra corroborada con: **i)** el acta de deslacrado, continuación del registro domiciliario complementario, incautación y lacrado<sup>27</sup>, donde se evidencia que en el local comercial Maximos Superstar Car Wash se hallaron cajas de cartón plegadas (similares a las incautadas con el contenido de droga), guantes quirúrgicos, embudos pequeños y coladores pequeños; así, conforme a las máximas de la experiencia, se trata de instrumentos que sirven para el empaquetamiento de la droga; como se puede apreciar del paneux fotográfico (foja 5839, tomo XII); **ii)** el Informe número 087-04-14-DIREJANDRO PNP/DIRIAD-GEIN ORION<sup>28</sup>, que da cuenta de las acciones de observación, vigilancia y seguimiento (OVISE), realizadas por el personal policial, que identificó determinados vehículos que ingresaban al local de la empresa J. B. Car Service con remesas de droga. Asimismo, se evidencia el ingreso al local comercial de la empresa Maximos Superstar Car Wash del vehículo de placa de rodaje B4A-837; así como al domicilio real del acusado. Del mismo modo, se detallan las reuniones efectuadas por el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio (Marito), el acusado Luis Alberto Chacón Núñez (Lucho), el sentenciado Cirilo Caso Reymundo (Cirio) y otros, respecto al traslado de remesa de droga desde la zona de Palcuza a la ciudad de Lima; **iii)** el mensaje remitido por la Interpol Washington al jefe de la Dirección Ejecutiva Antidrogas OCN Interpol Lima, en el cual dan cuenta que el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio es el jefe de una organización de tráfico ilícito de drogas<sup>29</sup>; y **iv)** la declaración de Marco Antonio Tataje Salas<sup>30</sup>, policía que encabezó la intervención policial a los acusados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Luis Alberto Chacón Núñez, con el camión cargado de droga.

**Duodécimo.** El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, ya que no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende que la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente resulta peligrosa para la sociedad; sin embargo,

<sup>27</sup> Foja 995, tomo II.

<sup>28</sup> Foja 1252, tomo III.

<sup>29</sup> Fojas 2067 y 2068, tomo V.

<sup>30</sup> Foja 6291, tomo XIII, y foja 8000, tomo XVI.



la sola posesión ilegítima de un arma de fuego no basta para subsumir la conducta del agente dentro de los alcances del tipo penal, es necesario demostrar que el arma de fuego era idónea para crear un peligro para la seguridad pública. Para ello, debe practicarse una pericia balística sobre el arma incautada.

**12.1.** En el caso en concreto, se advierte que al acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio se le incautaron diversas armas, conforme al acta de registro domiciliario e incautación y lacrado de equipos de comunicación, joyas y otros (fojas 500 a 513); del acta de deslacrado, registro domiciliario complementario, incautación y lacrado (foja 985), y del acta de registro personal e incautación y lacrado<sup>31</sup>. Es posible atribuirle el delito de tenencia ilegal de armas, pues –conforme a las actas de internamiento de armas de fuego<sup>32</sup>, el Dictamen Pericial de Balística Forense número 32-14<sup>33</sup>, el Peritaje de Balística Forense número 29-14<sup>34</sup> y el Dictamen Pericial Balística Forense número 14544-14566/14<sup>35</sup>– se evidencia que las armas incautadas se encuentran en regular estado de conservación y normal funcionamiento; por lo que son idóneas para crear un peligro para la seguridad pública.

#### **F. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LUIS ALBERTO CHACÓN NÚÑEZ**

**Decimotercero.** En cuanto a la responsabilidad penal del acusado Luis Alberto Chacón Núñez, se sustenta en la sindicación efectuada por Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio. Ello nos sitúa en los parámetros diseñados con carácter vinculante en el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, respecto a la declaración de un coimputado sobre hechos de otro coimputado que, a la vez, son hechos propios ya que los han cometido conjuntamente; su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando se debe reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar convicción judicial; por consiguiente, corresponde valorar varias circunstancias que se erigen como criterios de credibilidad –no de mera legalidad– y que apuntan a determinar si

<sup>31</sup> Foja 1013, tomo III.

<sup>32</sup> Fojas 1760 al 1763, tomo IV.

<sup>33</sup> Foja 1855, tomo IV. Pericias que además fueron debidamente ratificadas, foja 5516, tomo VII, y 5756, tomo XII.

<sup>34</sup> Foja 1118, tomo III. Pericia que además fue debidamente ratificada, foja 5513, tomo XI, y foja 5753, tomo XII.

<sup>35</sup> Foja 6253, tomo XIII.



existen datos relevantes que las desnaturalizan, circunstancias que explicarían que el coimputado podría mentir. En ese orden de ideas, conviene analizar la perspectiva subjetiva, objetiva y la coherencia y solidez del relato inculminado. En ese sentido, es de precisar que:

**13.1.** El acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, mediante las declaraciones que prestó en el proceso, descartó cualquier tipo de móvil de animadversión contra el acusado Luis Alberto Chacón Núñez.

**13.2.** El acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, en su declaración instructiva<sup>36</sup>, sindicó al acusado Luis Alberto Chacón Núñez como la persona encargada de hacer las coordinaciones/contactos para el acopio de la droga. Asimismo, en su declaración ampliatoria<sup>37</sup>, señaló que el acusado Luis Alberto Chacón Núñez era conocido como Lucho y que, el veintiséis de marzo de dos mil catorce, él lo llamó para indicarle que al día siguiente se iba a entregar la mercadería acopiada en la empresa J. B. Car Service (de propiedad de Luis Alberto Chacón Núñez); sin embargo, el transportista le falló, por lo que se comunicó con él, a efectos de solicitarle el camión en el que cargaron la mercadería ilícita, a fin de entregarla en el óvalo de Santa Anita. Asimismo, detalló que conoció al imputado Cirilo Caso Reymundo por intermedio del acusado Luis Alberto Chacón Núñez. Ciertamente es que, en juicio oral<sup>38</sup>, se retractó de la sindicación efectuada e indicó que fue mal asesorado por su abogado defensor y que, incluso, fue amenazado por el personal fiscal y policial –aunque no existe evidencia de ello–. Pese a que varió su versión inculpatoria, se debe resolver de conformidad con lo establecido en el precedente vinculante a través de la ejecutoria emitida en el Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima, del primero de diciembre de dos mil cuatro, que refiere que en el interior del proceso penal, frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia por parte de un mismo sujeto procesal en cuanto a los hechos inculminados, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpatión por sobre las otras de carácter exculpatante; así,

<sup>36</sup> Foja 3253, tomo VII.

<sup>37</sup> Foja 5520, tomo XI.

<sup>38</sup> Foja 7794, tomo XVI.



valorada la consistencia de sus declaraciones iniciales, no es posible brindarle valor a esta última declaración.

**13.3.** La declaración inculpatoria, se encuentra corroborada con:

**13.3.1.** Informe número 087-04-14-DIREJANDRO PNP/DIRIAD-GEIN ORION<sup>39</sup>, que da cuenta del ingreso de vehículos acondicionados con remesa de droga, al local comercial J. B. Car Service S. A. Asimismo, detallan que el acusado Luis Alberto Chacón Núñez era el encargado de coordinar el acopio de la droga procesada por los hermanos Luis Alberto y Víctor Chacón Núñez, en el laboratorio instalado en una zona rural del valle de Pichis Palcazú. Detalla además que los encargados de recibir la droga en la ciudad de Lima eran Luis Alberto Chacón Núñez, Cirilo Caso Reymundo, por medio de las empresas J. B. Car Service S. A. y Maximos Superstar Car Wash, empresas fachada.

**13.3.2.** Declaración de Jorge Bernabé Chacón Rosales<sup>40</sup>, padre del acusado Luis Alberto Chacón Núñez, quien precisó que su hijo era el gerente general y propietario del local comercial J. B. Car Service<sup>41</sup>, el cual quedaba a espaldas del local de la empresa Maximos Superstar Car Wash<sup>42</sup> local que también era de propiedad del acusado Luis Alberto Chacón Núñez; este dato revela el indicio del delito en acto, es decir, los locales comerciales de los acusados Luis Alberto Chacón Núñez y Jorge Bernabé Chacón Rosales eran estratégicos para el acopio de droga, pues aparentaban ser negocios lícitos.

**13.3.3.** Converge, además, el indicio de capacidad para el delito, pues doña Melissa Andrea Ascencios Malca<sup>43</sup>, pareja sentimental del acusado, manifestó que Luis Alberto Chacón Núñez estuvo involucrado en investigaciones por el delito de tráfico ilícito de drogas.

<sup>39</sup> Foja 1252, tomo III.

<sup>40</sup> Foja 264, tomo I y foja 2493, tomo V.

<sup>41</sup> Conforme también lo indica la testigo Melissa Andrea Ascencios Malca, foja 406.

<sup>42</sup> Conforme a la declaración del acusado Víctor Hugo Ramírez Gonzales, de foja 108, la declaración de Jorge Bernabé Chacón Rosales, foja 264, tomo I.

<sup>43</sup> Foja 3841, tomo VII.



**Decimocuarto.** Si bien el acusado Luis Alberto Chacón Núñez negó en juicio oral<sup>44</sup> cualquier tipo de participación en los hechos imputados, se ha generado un estado de convicción respecto del testimonio del testigo impropio Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio, el cual se ha visto consolidado al cumplir con los criterios de verosimilitud a que se contrae el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116 y el precedente vinculante establecido en el Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima; existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados, y no existir una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos que posibilite decantar en una conclusión diferente, por lo que se logró enervar la presunción de inocencia del acusado y se acreditó su responsabilidad penal.

#### **G. DETERMINACIÓN DE LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL**

**Decimoquinto.** El representante del Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio, solicitó pena privativa de libertad de veintiséis años para el acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio (veinte años por el delito de tráfico ilícito de drogas y seis años por el delito de tenencia ilegal de armas); mientras que para el acusado Luis Alberto Chacón Núñez, solicitó veinte años de privación de la libertad y el pago solidario de S/ 500 000 (quinientos mil soles) por concepto de reparación civil. Empero, la Sala Superior les impuso veinte y dieciséis años de privación de libertad, respectivamente, así como el monto de S/ 100 000 (cien mil soles) por concepto de reparación civil en forma solidaria.

**Decimosexto.** El tipo penal de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad agravada (artículo 297, numerales 6 y 7, concordante con el tipo base previsto en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, vigente a la fecha de la comisión de los hechos) prevé una pena privativa no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad. De igual modo, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego (Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece) prevé

---

<sup>44</sup> Foja 7713, tomo XV.



una pena no menor de seis ni mayor de quince años de privación de la libertad.

**Decimoséptimo.** En ese sentido, al haber recurrido el representante del Ministerio Público en este extremo, habilita a esta Sala Suprema para determinar el nuevo *quantum* punitivo, en observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad. Así, se verifica que la pena impuesta a los acusados no guarda proporción con el rol de participación de los acusados (miembros de una organización criminal destinada al tráfico ilícito de drogas), por lo que corresponde incrementar las penas impuestas; pues no concurren ninguna causal de disminución de punibilidad (tentativa, complicidad secundaria, responsabilidad restringida u otras eximentes imperfectas), que permita justificar una pena por debajo del mínimo legal. Tampoco se configura alguna causal de reducción por bonificación procesal (confesión sincera y conclusión anticipada de juzgamiento).

La configuración de tres agravantes específicas (para el delito de tráfico ilícito de drogas, esto es la pluralidad de agentes, la calidad de integrante de una organización criminal y cantidad de droga) ponderadas con las condiciones personales de los agentes implicaban una pena en los límites mínimos del marco abstracto, esto es, para el delito de tráfico ilícito de drogas (de 15 a 25 años) y para el delito de tenencia ilegal de armas (de 6 a 15 años). En consecuencia, se impone una pena de veinticuatro años de privación de libertad (dieciséis años, por el delito tráfico ilícito de drogas y ocho años por el delito de tenencia ilegal de armas) al acusado Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y de dieciocho años al acusado Luis Alberto Chacón Núñez.

**Decimooctavo.** Del mismo modo, el monto de la reparación civil fijada en S/ 100 000 (cien mil soles) debe ser reformado, al ser irrisorio, en consideración de la magnitud del daño causado a la sociedad (pues, conforme a las investigaciones realizadas, la droga incautada iba a ser enviada al extranjero); asimismo, por el grado de participación de los acusados y por estar inmersos en una organización criminal destinada al tráfico ilícito de drogas, así como por la cantidad de





droga hallada, se les debe imponer el pago solidario de S/ 500 000 (quinientos mil soles) por concepto de reparación civil, a favor del Estado peruano.

### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON**:

**I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del siete de noviembre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal Nacional (foja 8485), en los extremos que condenó a **Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio** y **Luis Alberto Chacón Núñez**, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas agravada, tipificado en el primer párrafo del artículo 296 y en el artículo 297, incisos 6 (pluralidad de personas) y 7 (cantidad de droga), en agravio del Estado.

**II. NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en el extremo que condenó al acusado **Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio** como autor del delito contra la seguridad en la modalidad de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado.

**III. HABER NULIDAD** en la citada sentencia, en el extremo que impuso veinte años de pena privativa de libertad al acusado **Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio**; y, reformándola, le **IMPUSIERON** veinticuatro años de privación de la libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde veintisiete de marzo de dos mil catorce, vencerá el veintiséis de marzo de dos mil dos mil treinta y ocho.

**IV. HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en el extremo que impuso dieciséis años de pena privativa de libertad al acusado **Luis Alberto Chacón Núñez**; y, reformándola, le **IMPUSIERON** dieciocho años de privación de la libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el catorce de junio de dos mil dieciséis, vencerá el trece de junio de dos mil treinta y cuatro.

**V. HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en el extremo que fijó en S/ 100 000 (cien mil soles) el monto por concepto de reparación civil; y, reformándola,



**FIJARON** en S/ 500 000 (quinientos mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberá ser abonado de forma solidaria a favor del Estado peruano.

**VI. NULA** la referida sentencia, en el extremo que absolvió a **Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Luis Alberto Chacón Núñez**, de la imputación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, tipificado en el artículo 297, inciso 6 (en calidad de integrantes de una organización criminal), en agravio del Estado; **MANDARON** que se realice un nuevo juicio oral a cargo de otra Sala Penal Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente ejecutoria suprema.

**VII. NULA** la referida sentencia en el extremo que absolvió a los acusados **Víctor Hugo Ramírez Gonzales, Ana Bretalda Barboza Delgado, Marlon Devereux Bryson, Marlus Cerbellón, Paris Devoe Cerbellón, Rodolfo Zeuxis Grau Medina, Medardo Emilio Toledo Correa, Edinson Cóndor Cerbellón, Guillermo Ezequiel Cerbellón Salazar y Alexander Cerbellón Salazar**, de la imputación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, tipificado en el primer párrafo del artículo 296 y 297, inciso 6 (pluralidad de personas y en calidad de integrantes de una organización criminal) e inciso 7 (cantidad de droga), en agravio del Estado; **MANDARON** que se realice un nuevo juicio oral a cargo de otra Sala Penal Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente ejecutoria suprema.

**VIII. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia de recurso; y, los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

**CHÁVEZ MELLA**

**Resolución para la Unidad 5 (Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional):**

- **Recurso de Nulidad N° 1282-2017-Lima/Sala Penal Transitoria**, de fecha 06.11.2018 (Ponente: Castañeda Espinoza).

Queda demostrado que el procesado Saúl Ramos Melo a través del mando que ejercía llegó a tener dominio del hecho en la toma de la comisaría de Andahuaylas, con la consecuencia de retener al personal (policial y militar) privándolos de su libertad. Tenía en su poder un fusil AKM del cual se apoderó en tal dependencia policial; todo ello con el fin de finiquitar el ilícito de rebelión consistente en exigir al entonces presidente de la República, Alejandro Toledo, y sus ministros de Estado que depongan sus cargos a condición de no proseguir con la actitud violenta manifestada en dicha provincia de Andahuaylas.





**SUFICIENCIA PROBATORIA**

**SUMILLA.** Este Supremo Colegiado concluye válidamente que en autos existe suficiente material probatorio y determinante que habilita para ratificar la condena cuestionada, pues cuenta con el detalle de las pruebas de cargo, como la precisión de los sucesos que se produjeron antes, durante y después de que se consumaran los hechos por parte del procesado Ramos Melo; los cuales fueron corroboradas con otros elementos periféricos anteladamente citados, que le otorgan valor probatorio.

Lima, seis de noviembre de dos mil dieciocho

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **SAÚL RAMOS MELO** (folio dos mil trescientos veintiuno), contra la sentencia del nueve de febrero de dos mil diecisiete (folio dos mil doscientos noventa y cuatro), en el extremo que lo condenó por los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional en la modalidad de **rebelión**, en perjuicio del Estado; y contra la seguridad pública en la modalidad de **sustracción o arrebató de armas de fuego**, en perjuicio del Estado; y contra la libertad personal en la modalidad de **secuestro agravado**, en perjuicio de los efectivos policiales Miguel Ángel Canga Guzmán, Jorge Martín Martínez Ramos, Enrique Apaza Machuca, Larry Cesáreo Fernández Purizaca, Máximo Mauricio Diestra, Aníbal Gómez Ligarda, Plácido Palomino Lazo, Gregorio Rodríguez Chacaltana, Gregorio Cruz Gufiérrez, Jorge Chacón Luna, Rolando Escobar Estrada, Rolando Espinoza Villalobos, Simón Tristán Villafuerte, Efraín Alfredo Arredondo Jaita, Uberlando Rojas Porroa, José Efraín Berrocal Cartolín, Hermógenes Durán Castillo, Edgar Yacavilca Centeno; y de los miembros del Ejército peruano Carlos Rivera Chirinos, Percy Iván Rojas Espinoza, Ramón Preciado Loayza y Max Juárez Palomino; a dieciocho años de pena privativa de la libertad con carácter efectiva y fijó por concepto de reparación civil la suma de cien mil soles que deberá abonar a favor del Estado en forma solidaria con los demás sentenciados; y la suma de tres mil soles a favor de cada agraviado por el



delito de secuestro. De conformidad con lo opinado con el dictamen fiscal supremo.

Intervino como ponente el juez supremo **CASTAÑEDA ESPINOZA**.

## CONSIDERANDO

### PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

La defensa técnica del sentenciado Saúl Ramos Melo fundamentó el recurso de nulidad (folio dos mil trescientos veintiuno), en los siguientes argumentos:

- 1.1. No se probó la comisión de los delitos de rebelión, sustracción y arrebato de armas y secuestro agravado, pues no existe medio probatorio para comprobar que su defendido fue parte del movimiento nacionalista que tomó por asalto la comisaría de Andahuaylas.
- 1.2. Los testigos improprios Humala Tasso, Ludeña Loayza y Palomino Almanza sostuvieron que su patrocinado no participó en la toma de la comisaría sectorial de Andahuaylas, tampoco en los delitos denunciados.
- 1.3. La fundamentación de la Sala de Mérito desconoce el principio de exhaustividad, puesto que no detalla los hechos objeto de prueba ni su vinculación con el procesado Saúl Ramos Melo.
- 1.4. Se condenó a su defendido por el dicho de sus cuatro coprocesados respecto a ciento sesenta y cuatro de ellos, versiones que se toman como verdades absolutas, las mismas que debieron ser probadas y acompañadas con pruebas periféricas, lo cual no ocurrió en el juicio oral ni se llegó a citar en la sentencia, por lo que la sentencia impugnada carece actos de prueba suficientes para su decisión.
- 1.5. La sentencia recurrida afecta la garantía de la defensa procesal, y genera desequilibrio entre la prueba de cargo y descargo.
- 1.6. La Sala de Mérito otorga categoría de prueba a las manifestaciones policiales, declaraciones preventivas, reconocimientos y transcripción de visualización de un video, además de realizar una descripción de los considerandos cinco punto uno y cinco punto dos de la sentencia recurrida.



1.7. Se omitió valorar que el testigo impropio Antauro Igor Humala Tasso declaró en juicio oral que pidió a Saúl Ramos Meló –quien era chofer profesional–, que los trasportara a la ciudad de Abancay en pago de una deuda por la venta del diario *Ollanta*; de tal forma que las declaraciones de sus cosentenciados Salas Cubas, Sucapuca Payehuanca, y la de los supuestos agraviados son desmentidas por José Efraín Berrocal Cartolín, quien no reconoce a Saúl Ramos Melo como uno de los que ingresan a la Comisaría; declarando lo mismo Erickson Rojas, lo cual determina que la Sala de Mérito valora ilegalmente las actas de reconocimiento.

En la condena impugnada –puntualmente en los fundamentos cinco punto tres y cinco punto cuatro– se analiza el delito de sustracción de armas y secuestro agravado, donde se repiten las declaraciones de los cosentenciados, las mismas que fueron desmentidas por José Efraín Berrocal Cartolín, omitiendo hacer una apreciación razonada e integral de todo lo actuado.

## **SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA**

Conforme con el dictamen acusatorio (folios mil sefiecientos veintiocho) y lo que es materia de impugnación, se atribuyen al procesado Saúl Ramos Melo los siguientes actos delictivos:

### **2.1. Delito de rebelión**

El hecho que en su condición de integrante y dirigente del Movimiento Nacionalista Peruano, liderado por Antauro Igor Húmala Tasso, habría participado el uno de enero de dos mil cinco a las cuatro horas, en la incursión de la Comisaría Sectorial de Andahuaylas con militares de la citada agrupación, quienes provistos de armas de fuego ingresaron violentamente a la sede policial, donde redujeron a los efectivos policiales y a cuatro miembros del Ejército peruano. Esta incursión tuvo como finalidad obligar al entonces presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, a los ministros del Estado a que depongan sus cargos correspondientes.



## **2.2. Delito de sustracción o arrebató de armas de fuego**

Se le atribuye la comisión del citado delito, en calidad de autor, por cuanto al momento de ingresar a la comisaría de Andahuaylas, conjuntamente con los demás integrantes del Movimiento Nacionalista Peruano, procedieron a arrebatarles las armas de fuego a los efectivos policiales asignados a dicha sede. Así, sustrajeron las armas de fuego que se encontraban en uno de los ambientes de la dependencia policial en alusión.

## **2.3. Delito de rebellón de secuestro agravado**

Se le atribuye la comisión del citado delito, por cuanto luego del asalto y toma de la delegación policial, los efectivos policiales que se encontraban en su interior fueron retenidos y privados de su libertad en dicho lugar, así como cuatro miembros del Ejército peruano que fueron detenidos por la población y luego encerrados en la Comisaría por parte de los integrantes del Movimiento Nacionalista Peruano, incluido el encausado Saúl Ramos Melo, como tercero en el mando, conducta que se agrava por la calidad de servidores públicos de los efectivos policiales miembros del Ejército peruano.

## **TERCERO. ARGUMENTOS DE LA CONDENA IMPUGNADA**

La Sala de Mérito consideró condenar al procesado Saúl Ramos Melo por los delitos de rebellón, secuestro agravado y sustracción o arrebató de armas de fuego, dado que existen diversos testimonios de los miembros policiales agraviados, como también integrantes del Ejército peruano que han declarado y sindicado al imputado, como uno de los que participó activamente en la toma de la Comisaría de Andahuaylas el uno de enero de dos mil cinco, quien es integrante y dirigente del Movimiento Nacionalista Peruano y también identificado con el seudónimo de capitán Ramos, además de ser el tercero al mando de la irrupción violenta y que llegó a coordinar con el líder de tal movimiento, el señor Antauro Igor Húmala Tasso.





#### **CUARTO. DICTAMEN FISCAL SUPREMO**

La fiscal suprema en lo penal sostiene que los argumentos de la condena impugnada son aptos para ser ratificados, pues existe un nexo causal entre la conducta del procesado Saúl Ramos Melo con los hechos denunciados, sobre la base de lo aportado por los testigos impropios, los agraviados y el colaborador eficaz con clave N.º CHMN1015M, las cuales son constantes, uniformes y coherentes al caso. Así, existe prueba suficiente respecto a la participación activa del citado encausado, pese a los argumentos expuestos en el medio impugnatorio objeto de examen recursal.

#### **QUINTO. CALIFICACIÓN JURÍDICA**

- 5.1.** El delito de secuestro agravado fue calificado por el titular de la acción penal en el artículo ciento cincuenta y dos, primer párrafo, del Código Penal –modificado por la ley número veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, publicado el cinco de junio de dos mil uno–, el cual señala en su tipo base sanción penal a quien: “[...] sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad”; siendo que su tipo agravado fue calificado en el inciso tres, segundo párrafo, cuando el: “el agraviado es funcionario, servidor público o representante diplomático”.
- 5.2.** El delito de sustracción o arrebató de armas de fuego fue tipificado en el artículo doscientos setenta y nueve-B, primer párrafo, del Código Penal, señala sanción penal a quien: “[...] sustrae o arrebate armas de fuego en general, o municiones y granadas de guerra o explosivos a miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional o de servicios de seguridad”.
- 5.3.** El delito de rebelión, previsto en el artículo trescientos cuarenta y seis del Código Penal –en su texto original– señala sanción a quien: “[...] se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional”.

#### **SEXTO. CUESTIONES DOGMÁTICAS**



De otro lado, la doctrina procesal ha considerado objetivamente que para imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él tal convicción de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica que, 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<sup>1</sup>.

## SÉTIMO. ANÁLISIS DEL CASO

7.1. Conforme puede verse, se trata de un proceso en contra del procesado recurrente Saúl Ramos Melo, que se originó por las copias certificadas remitidas por la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel (expediente número veinte-dos mil cinco), donde a través de la decisión dispuesta en la sesión de audiencia del doce de agosto de dos mil nueve (folio setecientos ochenta y cinco), donde se resuelve en desestimar una petición de desacumulación, disponiendo remitir dichas documentales para la investigación de hechos delictivos; de ahí que en tal proceso existen testimonios incriminatorios contra el procesado Saúl Ramos Melo, en el orden señalado como: "que estuvo en el lugar de los hechos identificándose como el capitán Ramos, y que al ser el tercero al mando de la operación ilícita realizaba las coordinaciones correspondientes al contexto incriminatorio como en la forma en que se llevaría la toma de la dependencia policial e insistir en que el presidente de la República y los ministros de Estado de turno, depongan en sus cargos", no solo de los

---

<sup>1</sup> Véase, SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*. Volumen uno. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 1999, p. 68.



efectivos policiales que llegaron a ser tomados como rehenes en la comisaría de Andahuaylas el uno de enero de dos mil cinco, como el suboficial Efraín Alfredo Arredondo Jaila (folio doscientos uno), el suboficial de tercera Hermógenes Durán Castillo Montalico (folio doscientos nueve), el suboficial técnico de segunda Plácido Palomino Lazo (folio doscientos quince) y el suboficial de tercera Edgar Yacavilca Centeno (folio doscientos veintiuno); sino que también concurren las manifestaciones de los propios partícipes del hecho delictuoso, los integrantes del Movimiento Nacionalista Peruano –o etnocaceristas–, como Jorge Luis Chávez Butinza (folios doscientos veintinueve y doscientos treinta y siete), Alberto Ñahui Ccorahua (folio doscientos cuarenta y uno), Felipe Pecca Pacco (folio doscientos cincuenta y uno) y Adrián Sucapuca Payahuanca (folio doscientos sesenta y cuatro), que señalan testimonios de signo delictivo respecto a la conducta del encausado Saúl Ramos Melo.

- 7.2.** Del estudio de autos y de la sentencia recurrida se advierte la existencia del caudal probatorio y lo actuado en el juicio oral, que el Colegiado Superior valoró la prueba de cargo de forma lógica y congruente, y concluyó, de manera inobjetable, en la responsabilidad penal del procesado Saúl Ramos Melo en los hechos materia de acusación fiscal. Por lo que válidamente se revirtió la presunción de inocencia que la amparaba desde el inicio del proceso, en mérito a las declaraciones vertidas en autos, en las que de modo categórico se le sindicó como autor de los hechos delictivos por los que fue juzgado, las que a su vez fueron analizadas junto con el resto de la prueba actuada.
- 7.3.** La comunidad de pruebas (suficiencia probatoria) que respaldan las conclusiones de culpabilidad expresadas en la condena impugnada se refieren a los testimonios de los agraviados –efectivos policiales y miembros del Ejército peruano–, que efectuaron en todo el proceso penal. Así, tenemos las declaraciones preventivas de los efectivos policiales, capitán Larry Cesareo Fernández Purizaca (folio mil ciento treinta y seis), suboficial de tercera Edgar Yacavilca Centeno (folio mil ciento cuarenta y dos), comandante Miguel Ángel Canga Guzmán (folio mil doscientos



dieciséis) y Efraín Alfredo Arredondo Jaila (folio mil doscientos cincuenta y cinco), como de los miembros del Ejército peruano, Ramón Preciado Loayza (folio mil trescientos veinticuatro), Percy Iván Rojas Espinoza (folio mil trescientos veintiséis) y Freddy Max Juárez Espinoza (folio mil trescientos veintiocho), todos coinciden en afirmar que el recurrente Saúl Ramos Melo se encontraba dentro de la comisaría donde acontecieron los hechos, y tuvo participación activa en la toma de decisiones y llegó a coordinar con el líder del Movimiento Nacionalista Peruano, Antauro Igor Humala Tasso, así como con el sujeto de denominado capitán Paiche. Llegó a ser identificado con el seudónimo de capitán Ramos, quien actuaba como el tercero al mando de la operación ilícita cometida contra dicha dependencia policial. Estas versiones inculpativas guardan absoluta coincidencia en el contexto narrativo observado en las manifestaciones recabadas en la etapa preliminar con presencia fiscal, tanto de los efectivos policiales, suboficial brigadier Gregorio Rodríguez Chacaltana (folio ochocientos cuarenta), suboficial técnico de segunda Jorge Chacón Luna (folio ochocientos cuarenta y dos), suboficial técnico de primera Gregorio Cruz Gutiérrez (folio ochocientos cuarenta y cuatro), capitán –en retiro– Jorge Martín Martínez Ramos (folio ochocientos cincuenta y nueve) y el suboficial técnico de primera Simón Tristán Villafuerte (folio ochocientos setenta y cuatro).

- 7.4.** Estas versiones inculpativas se refuerzan, en sus propios términos, con las actas de reconocimiento realizadas en el periodo instructivo. Así, tenemos la realizada al capitán PNP Larry Cesareo Fernández Purizaca (folio mil ciento noventa y ocho), Carlos Sandro Rivera Chirinos (folio mil doscientos dos), Freddy Max Juárez Espinoza (folio mil doscientos cuatro), Ramón Preciado Loayza (folio mil doscientos seis), Percy Iván Rojas Espinoza (folio mil doscientos ocho), Efraín Alfredo Arredondo Jaila (folio mil trescientos uno), suboficial técnico de primera Gregorio Cruz Gutiérrez (folio mil trescientos tres), suboficial técnico de segunda Plácido Palomino Lazo (folio mil trescientos cinco), suboficial técnico de primera Simón Tristán Villafuerte (folio mil trescientos siete), suboficial técnico de segunda José



Efraín Berrocal Cartolín (folio mil trescientos nueve), suboficial superior Gregorio Eleutorio Rodríguez Chacaltana (folio mil trescientos once) y comandante Miguel Ángel Canga Guzmán (folio mil trescientos trece). Reconocimientos que respaldan a la sindicación realizada en los testimonios respecto a que el encausado Saúl Ramos Melo, al ser el tercero al mando de la operación ilícita realizada, brindada órdenes y coordinaba con el líder del grupo, y hasta maltrataba psicológicamente a los rehenes en la dependencia policial.

- 7.5. Además, cada uno de los testimonios incriminatorios referidos tienen un sustento corroborativo en el contexto descrito del acta de visualización de CD-R (folio ochocientos sesenta y cinco), el cual señala que en el minuto treinta y dos con dos segundos: "[...] se visualiza e identifica a Saúl Ramos Melo quien estaba vestido con uniforme camuflado completo (gorro, camisa y polo blancos, pantalón) y portaba arma de fuego de largo alcance (fusil AKM) sin chaleco de seguridad", con lo que se acredita objetivamente su directa participación, conjuntamente con los demás cosentenciados, en el evento criminoso, que ha tenido repercusión nacional al pretender rebelarse contra un gobierno democrático.
- 7.6. Es importante sostener que cada uno de los testimonios antes descritos, de cargo incriminatorio contra el recurrente Ramos Melo, cuentan con los criterios y/o filtros procesales que señala el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis; al ser persistentes y constantes en los propios términos expuestos, y cuentan con el respaldo de los mismos testimonios señalados respecto al relato incriminatorio efectuado; en cuanto al supuesto de corroboración periférica también se demuestra con la actuación descrita en el acta de visualización de CD-R; además en autos no existen datos puntuales de animosidad y/o animadversión entre las versiones incriminantes y el encausado Saúl Ramos Melo, que supongan –de un modo u otro– falta de fiabilidad en la información aportada que tiene contenido penal.
- 7.7. Si bien el procesado Saúl Ramos Melo, en su instructiva (folios mil ciento quince y mil doscientos cuarenta y ocho) y en juzgamiento oral (folio mil



novecientos treinta y uno), niega los cargos, para lo cual señala que su presencia en el lugar de los hechos fue circunstancial y solo ingresó a la comisaría asaltada porque tenía ansias de ingerir alimentos, pues observó que llevaban comida a tal lugar, se aprecia que tal argumento se descarta con los diversos testimonios del personal (policial y militar) antes descrito, como los intervinientes directos en el hecho delictivo. Es también inverosímil su alegato exculpatorio de sostener que fue obligado a colocarse las prendas de camuflaje que ostentaba, como el coger el armamento (fusil AKM) que portaba en su poder; tampoco logra descartar las pruebas incriminatorias lo vertido por los testigos impropios Tito Guillermo Palomino Almanza (folio dos mil ciento ochenta y cuatro, vuelta), Daniel Julio Ludeña Loayza (folio dos mil ciento ochenta y cinco) y Antauro Igor Humala Tasso (folio dos mil ciento noventa y cuatro); pues, aun cuando expongan objetivamente hechos exculpatorios a favor del procesado Saúl Ramos Melo, puntualmente afirmando que no estuvo en el lugar de los hechos (comisaría de Andahuaylas); se advierte que tales testimonios contradicen no solo a los diversos testimonios de los agraviados, personal (policial y militar) antes descrito, sino también al de las personas que participaron en la toma de dicha dependencia policial como integrantes del Movimiento Nacionalista Peruano, liderados por el sentenciado Antauro Igor Humala Tasso; además con el propio reconocimiento del citado encausado, al sostener que estuvo en el lugar de los hechos (comisaría de Andahuaylas, el uno de enero de dos mil cinco), se colocó el uniforme camuflado e, incluso, portaba un armamento (fusil AKM); y tenía conocimiento sobre el manejo de armas, por haber prestado servicio militar. Además, tenía amistades en el movimiento etnocacerista dirigido por Antauro Igor Humala Tasso y otros, como Sandro Jara, Walter Merma, Juan López y Bertín Carcina, quienes eran parte de dicho movimiento en la venta de periódicos Humala (folio un mil novecientos treinta y uno, vuelta); es por ello que los testimonios de los testigos impropios, en modo alguno restan solidez a las pruebas actuadas señaladas en la condena impugnada.



- 7.8.** Consecuentemente, queda demostrado que el procesado Saúl Ramos Melo tuvo participación directa y activa en los hechos denunciados, pues a través del mando que ejercía (tercero en jerarquía como el capitán Ramos), llegó a tener dominio del hecho en la toma de la comisaría de Andahuaylas, con la consecuencia de retener al personal (policial y militar) privándolos de su libertad, lo que configura el delito de secuestro agravado por la condición de los sujetos pasivos afectados. Es también coautor del delito de sustracción o arrebato de armas de fuego, pues es evidente que tenía en su poder un fusil AKM del cual se apoderó en tal dependencia policial; todo ello con el fin de finiquitar el ilícito de rebelión consistente en exigir al entonces presidente de la República, Alejandro Toledo, y sus ministros de Estado que depongan sus cargos a condición de no proseguir con la actitud violenta manifestada en dicha provincia de Andahuaylas. Contexto incriminatorio que la condena impugnada desarrolló y argumentó adecuadamente en los fundamentos de su decisión.
- 7.9.** Por su parte, no son atendibles cada uno de los agravios manifestados por la defensa técnica del procesado Saúl Ramos Melo, dado que, en lo principal, sus alegaciones resultan ser solo argumentos discrepantes al fallo impugnado, sin que mencionen algún dato objetivo y puntual que merezca desatender cada uno de los testimonios de cargo del personal (policial y militar) que fueron tomados como rehenes y resultaron ser agravados; sumado a ello, tampoco se aprecia que las alegaciones recursales hayan aportado algún contexto o medio de prueba idóneo que suponga disponer la anulación del juzgamiento llevado a nuevos debates orales; menos aún –como señala el impugnante– es cierto que el testimonio del suboficial técnico de segunda José Efraín Berrocal Cartolín (folio un mil trescientos nueve), reste solidez o desmienta la incriminación, por lo que es intrascendente considerar una afectación al debido proceso o una infracción a la motivación de resoluciones judiciales, respecto a un análisis sesgado sobre la actividad probatoria desarrollada por la Sala de Mérito, pues llegó a consolidarse y demostrar la tesis fiscal en el marco de



imputación desarrollado; contexto incriminatorio que la Fiscalía Suprema en lo Penal también considera como óptimo para ratificar cada una de las conclusiones de culpabilidad cuestionadas por la defensa impugnante.

**OCTAVO.** De lo antes expuesto, este Supremo Colegiado concluye válidamente que en autos existe suficiente material probatorio y determinante que habilita ratificar la condena cuestionada, pues cuenta con el detalle de las pruebas de cargo, como la precisión de los sucesos que se produjeron antes, durante y después de que se consumaran los hechos por parte del procesado Ramos Melo, los cuales fueron corroborados con otros elementos periféricos anteladamente citados, que le otorgan valor probatorio; en consecuencia, se acreditó su participación y vinculación con los hechos materia de imputación fiscal. Por lo que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del nueve de febrero de dos mil diecisiete (folio dos mil doscientos noventa y cuatro), en el extremo que condenó a **SAÚL RAMOS MELO** por los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional en la modalidad de **rebelión**, en perjuicio del Estado; y contra la seguridad pública en la modalidad de **sustracción o arrebató de armas de fuego**, en perjuicio del Estado; y contra la libertad personal en la modalidad de **secuestro agravado**, en perjuicio de los efectivos policiales Miguel Ángel Canga Guzmán, Jorge Martín Martínez Ramos, Enrique Apaza Machuca, Larry Cesáreo Fernández Purizaca, Máximo Mauricio Diestra, Aníbal Gómez Ligarda, Plácido Palomino Lazo, Gregorio Rodríguez Chacaltana, Gregorio Cruz Gutiérrez, Jorge Chacón Luna, Rolando Escobar Estrada, Rolando Espinoza Villalobos, Simón Tristán Villafuerte, Efraín Alfredo Arredondo Jaila, Uberlando Rojas Porroa, José Efraín Berrocal Cartolín, Hermógenes Durán Castillo, Edgar Yacavilca Centeno; y de los miembros del Ejército peruano Carlos Rivera Chirinos, Percy Iván Rojas Espinoza, Ramón Preciado Loayza y Max





Juárez Palomino, a dieciocho años de pena privativa de libertad, con carácter de efectiva, y fijó por concepto de reparación civil la suma de cien mil soles que deberá abonar a favor del Estado, en forma solidaria con los demás sentenciados; y la suma de tres mil soles a favor de cada agraviado por el delito de secuestro. Con lo demás que contiene. Y los devolvieron.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos, por licencia del juez supremo Figueroa Navarro.

**S. S.**

LECAROS CORNEJO

QUINTANILLA CHACÓN

**CASTAÑEDA ESPINOZA**

PACHECO HUANCAS

BERMEJO RÍOS

CE/aaa

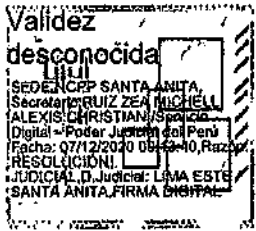


**Resolución para la Unidad 8 (Cibercriminalidad):**

- **Sentencia N° 126-2020**, recaída en el Expediente N° 122-2020-0-3208-JR-PE-01, de fecha 04.12.2020.

Según el Juzgado Penal Unipersonal – Sede Cascanueces, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, debe considerarse la autopuesta al peligro de la agraviada, ya que fue la querellante quien compartió las imágenes y videos sin tener en cuenta el deber de cuidado vulnerando ella misma su derecho a la intimidad. Por lo tanto, un resultado grave no debe ser imputado a quien dio inicio al curso causal, si el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima.





**PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ**

JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CASCANUECES

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE**

JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Cascanueces  
EXPEDIENTE : 00122-2020-0-3208-JR-PE-01  
JUEZ : ROBERTO CARLOS DE LA CRUZ ESCALANTE  
ESPECIALISTA : ESTHER CIRIACO RUIZ  
QUERELLANTE : [REDACTED]  
DELITO : DIFUSION DE IMAGINES, MATERIALES AUDIVISUALES O AUDIOS CON  
CONTENIDO SEXUAL  
QUERELLADA : [REDACTED]

**SENTENCIA NRO. 126 - 2020**

**RESOLUCIÓN NÚMERO: CINCO**

Santa Anita, Cuatro de Diciembre  
del año dos mil veinte-----

**VISTOS y OÍDOS:** En audiencia de Juicio Oral en Acto Público, por ante el Juzgado Penal Unipersonal de Cascanueces – Santa Anita que Despacha el señor Juez **ROBERTO CARLOS DE LA CRUZ ESCALANTE**, culminada la actuación de los medios probatorios, realizados los alegatos de clausura y deliberadas las cuestiones controversiales, se procede a dictar sentencia bajo los términos siguientes.

**I.- DATOS PERSONALES DE LA QUERELLADA:**

[REDACTED] identificado con Documento Nacional de Identidad [REDACTED], natural del [REDACTED] nacido el uno de abril de mil novecientos noventa y uno, con veintinueve años de edad, nacionalidad peruano, estado civil Soltera, grado de instrucción secundaria completa, con domicilio [REDACTED] - [REDACTED]

**A. PARTE EXPOSITIVA**

**II. PROCEDIMIENTO**

1.1. Con fecha seis de enero del dos mil veinte la querellante [REDACTED] formula denuncia penal ante la Comisaría PNP de Santa Anita



por haber sido víctima del presunto delito contra la Intimidad por parte de la querellada [REDACTED] al publicar abiertamente en redes sociales Facebook Fotos íntimas colocando el nombre completo de la denunciante y su número telefónico [REDACTED] dicho video por error se le había enviado a la querellada hace tres años atrás aproximadamente y que verbalmente y por mensajes de texto y WhatsApp le había solicitado que lo elimine dicho contenido, pero pese a ello dicha persona lo ha vuelto a publicar indicando que no barrara nada.

1.2.- Que, mediante oficio N° 188-2019-REGION-POLICIAL-DIVPOL-E2.CSA-SEINCRI de fecha seis de enero del dos mil veinte el Comisaría de la Comisaria de Santa Anita ha remitido la denuncia virtual N° 16335491 y demás actuados, por lo que mediante resolución número uno de trece de enero del año en curso se le solicitó a la querellante [REDACTED] a fin de que cumpla con subsanar las omisiones advertidas (determinación judicial de la penal, tipo penal, reparación civil, narración de hechos y demás), por lo que mediante resolución número dos de fecha dos de febrero del año en curso se admite a trámite la demanda de acción privada, corrido traslado a la querellada, la misma que ha sido debidamente notificado conforme de autos, convocándose a las partes y órganos de prueba a la Audiencia de Juicio Oral para el día Dieciséis de Noviembre del año en curso a horas dos y treinta de la tarde, fecha en la cual se instaló la audiencia de juicio oral, llevado a cabo conforme a su naturaleza, invitándose previamente a una conciliación la misma que no prosperó, desarrollándose el juicio oral en sesiones consecutivas. Instalada la Audiencia de Juicio Oral en el día y hora indicado, se expusieron los hechos objeto de imputación, su calificación jurídica, y formuló su pretensión civil y penal, a la vez que hizo referencia de los medios probatorios que demostrarían su tesis, y a su turno, la Abogada de la defensa técnica de la querellada efectuó sus alegatos de apertura. Concluido los alegatos preliminares, se informó a la querellada acerca de sus derechos y se le preguntó si admitía ser autor del delito materia de acusación, quien luego de consultar con su Abogada defensora señaló ser inocente, continuándose con el proceso, efectuándose la actuación probatoria. Cerrado el debate probatorio en la fecha, se procedió con la deliberación correspondiente, suspendiéndose la audiencia a efectos de emitirse la presente sentencia.

### III. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS E IMPUTACIÓN Y PRETENSIÓN DE LA QUERELLANTE

**3.1. Enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación:** Los hechos que constituyen el objeto del presente proceso, se encuentran en la demanda que posteriormente ha sido ingresado a juicio mediante alegato inicial de la querellante, en los términos siguientes:



El Abogado defensor de la querellante [REDACTED] procede con sustentar los hechos materia de la presente querrela haciendo mención que con fecha 13 de octubre del año 2019 la querrellada [REDACTED] habría difundido imágenes fotográficas de connotación sexual en las cuales se aprecia a su patrocinada, publicaciones que las habría realizado sin consentimiento de la agravada, asimismo que la querrellada habría creado una cuenta falsa indicando datos completos de la querellante haciendo ver como si la misma agravada hubiera sido la que ha efectuado dichas publicaciones, hechos que vulneran la intimidad y la buena reputación de la agravada [REDACTED] asimismo el abogado refiere que la querrellada ha admitido haber publicado y difundido dicho material de connotación sexual sin consentimiento de la querellante, pese a haber recibido llamadas y mensajes en los cuales la agravada le pidió que borrara dichas publicaciones, imágenes que habrían sido vistas por un sin número de personas, ya que han sido publicadas en la red social Facebook, tanto a los compañeros de trabajo como a la propia familia de la agravada; también refiere que su patrocinada es una madre de familia con un hijo de diez años, quien también ha visto las fotos de connotación sexual, y que es cierto que la agravada ha sido quien ha frastadoado dichas fotos y videos a la querrellada, pero esta última sin tener ninguna autorización ha difundido y publicado estas fotografías causando un perjuicio en contra de la querellante; por otra parte hace mención que en el presente hecho se han cometido dos verbos rectores, estas es, difundir y publicar imágenes de connotación sexual, con lo que se estaría cumpliendo el tipo penal con dos verbos rectores, por lo que solicita que la pena mínima se sitúe dentro del segundo tercio, debido a las circunstancias agravantes, conforme al numeral 2, del artículo 154-B del Código Penal, razones por la cual el abogado defensor de la querellante solicita que se le imponga a la persona de [REDACTED] una pena de cuatro años de pena privativa de libertad, y cumpla con el pago de S/ 30,000.00 (treinta mil soles) por concepto de reparación civil. **(lo resaltado es nuestro)**

**3.2. Calificación Jurídica:** Los hechos imputados han sido calificados como delito Contra Violación a la Intimidad, en la modalidad de Difusión de Imágenes, Materiales Audiovisuales o Audios con Contenido Sexual, previsto y sancionado en artículo 154-B del Código Penal, cuyo tenor:

*"El que sin autorización difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier personal, que obtuvo con su anuencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días multa".*

**3.3. Pretensión Penal y Civil.-** La querellante [REDACTED] solicita que se imponga a la acusada - querrellada [REDACTED] la



pena de **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** y al pago de una reparación civil de **TREINTA MIL SOLES**.

#### **IV. PRETENSIÓN DE LA DEFENSA.**

**4.1.-** En los alegatos de apertura la defensa técnica de la acusada – querellada [REDACTED] al traslado sustenta sus alegatos de apertura y manifiesta no haber contestado la demanda dentro del plazo que establece la ley, sin embargo la defensa procede con interponer la excepción de improcedencia de acción, en razón a que los hechos cometidos no constituyen delito, conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 7 del código penal, indicando que se le imputa a su patrocinada haber cometido delitos de difusión de fotografías con connotación sexual, hecho que estaría sancionado en el artículo 154-B del Código Penal (en este acto da lectura a lo referido a dicho artículo); y refiere que el círculo de dicho video ha sido entre la querellante y su pareja, por otra parte señala que la persona que hizo la publicación de ese video fue la misma querellante, quien fue la que publicó sin la autorización de su pareja, para luego de ello enviárselo a su cliente – la hoy querellada – siendo esta última la segunda persona quien habría publicado el video, en tal sentido aduce que tales hechos no se ajustan al tipo penal del Art. 154 de Código Penal, es por ello que se plantea en este acto la improcedencia de acción *(lo resaltado es nuestro)*

**4.2 Posición de la Acusada –** [REDACTED] Se declara inocente de los hechos que se le imputan.

#### **V. PRUEBAS ACTUADAS EN JUICIO ORAL**

**5.1** Por parte de la querellante:

##### **5.1.1. Testimoniales**

Declaración testimonial de [REDACTED]

##### **5.1.2. Documentales**

- 1.- Vistas fotográficas de fojas ocho a tres.
- 2.- Vistas de mensajes de WhatsApp de fojas treinta y uno a cuarenta.

##### **5.2. Por parte de la acusada - Querellada**

No se admitió ningún medio de prueba.

##### **5.3. Pruebas no actuadas**

Luego de realizado el agotamiento del trámite respectivo, no se prescindió ningún medio probatorio.

#### **B. PARTE CONSIDERATIVA**





## I.- CON RESPECTO A LA EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE ACCION.

1.1.- Que, el Abogado de la querrelada [REDACTED] aduce la excepción de improcedencia de acción esto es que el hecho denunciado cuando el hecho denunciado no constituye penalmente o no es justiciable penalmente indicando que en razón a que los hechos cometidos no constituyen delito, conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 7 del código penal, indicando que se le imputa a su patrocinada haber cometido delitos de difusión de fotografías con connotación sexual, hecho que estaría sancionado en el artículo 154 del Código Penal (en este acto da lectura a lo referido a dicho artículo); y refiere que el círculo de dicho video ha sido entre la querellante y su pareja, por otra parte señala que la persona que hizo la publicación de ese video fue la misma querellante, quien fue la que publicó sin la autorización de su pareja, para luego de ello enviárselo a su cllenta – la hoy querellada – siendo esta última la segunda persona quien habría publicado el video, en tal sentido aduce que tales hechos no se ajustan al tipo penal del Art. 154 de Código Penal

1.2.- Que, la Abogada de la querrelada [REDACTED] al solicitar la excepción de improcedencia de acción refiere que el tipo penal tipificado por el Abogado de la querellante [REDACTED] no constituye delito ya que la conducta efectuada por la querellada (publicación de las imágenes y fotos) no constituye delito en razón de que la querellante, fue quien publicó sin la autorización de su pareja, para luego de ello enviárselo a la querellada – siendo esta última la segunda persona quien habría publicado el video, la cual no se adjunta al tipo penal del artículo 154-B del Código Penal.

1.3.-Que, se debe tener en cuenta lo resuelto en la Casación N° 581-2015-Piura en el Punto 6.1. Los Medios técnicos de defensa se constituyen como el derecho de impugnar provisional o definitivamente la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciado algún obstáculo o deficiencia que se basa directamente en una norma de derecho o no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella "1

1.4.-Las excepciones son medios técnicos de defensa procesal, mediante el cual el procesado se opone o contradice la acción penal promovida en su contra, sin

---

1.-Casación N° 581-2015- Sala Penal Permanente – Piura - 05 de octubre del 2016 Fundamento 6.1, 7.1, 8.1, 8.2 y 8.3.



referirse al hecho que se instruye, invocando circunstancias que la extinguen, impiden o modifican, anulando el procedimiento o en su caso, regularizando el trámite. La Excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación objetiva en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente.

1.5.- En cuanto al primer supuesto referido a cuando el hecho denunciado no constituye delito, se tiene que la teoría general del delito parte del derecho penal positivo, conforme al artículo 11 del Código Penal de 1991 "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Dicho concepto formal nada dice sobre los elementos que debe contener toda conducta sancionada por la ley con una pena. Por lo que, se ocurre a la doctrina penal, a fin de establecer que la teoría jurídica del delito es una teoría de la atribución de responsabilidad penal, esto es, un instrumento conceptual que nos permite determinar jurídicamente si determinado hecho tiene la consideración de delito y merece, en consecuencia, la imposición de una sanción penal.

1.6.- En alusión a que el hecho denunciado no constituye delito la atipicidad presenta determinados supuestos que "comprende dos extremos: 1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas, no es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, estamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; 2).- el suceso no se adecua a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo, sujetos activo y pasivo conducta - elementos descriptivos normativos o subjetivos y objeto jurídico material, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta.

1.7.- El segundo supuesto referido a cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente, entiende que toda relación jurídica que requiere una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho es justiciable, y todos actos delictuosos es justiciable penalmente. Sobre la base de dicha afirmación, se



puede llegar a otro razonamiento, la conducta merece ser justiciable pero no penalmente; no se requiere de la intervención del juez penal para su solución, es decir, es justiciable, pero en otra vía distinta a la penal, pues la argumentación se reduce a la ausencia de tipicidad en la conducta que se ha calificado de delictiva. (lo resaltado no es nuestro)

1.8.- Que, de acuerdo a la sentencia recaída en el expediente número 354-94 – Arequipa “..la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, además que el encausado haya actuado con dolo o culpa, tipo subjetivo, sin embargo para afirmar la existencia de delito acusado no basta esta verificación, el procesado debe haber actuado sin haber mediado causa de **justificación alguna, solo así su conducta será típica** y antijurídica y finalmente el encausado debe ser imputable y válidamente reprochable, es decir, debe existir el elemento de culpabilidad en el agente.<sup>2</sup> (lo resaltado es nuestro)

1.9.- Que, conforme señala Ore Guardia <sup>3</sup> “..La excepción de improcedencia de acción (naturaleza de acción) busca garantizar el principio de legalidad penal y constituir un remedio eficaz frente a los casos en que el Ministerio Público ha dispuesto (indebidamente) la formalización y continuación de la investigación preparatoria respecto de hechos que, analizados jurídicamente de un modo correcto, carecen de delictuosidad o no resultan punibles”, de esta manera el inicio y continuación de la persecución penal por parte de la Fiscalía requieren que el hecho materia de atribución a una persona, - descrito según los específicos grados de concreción que resultan exigibles en cada estadio del proceso penal por mandato de la garantía de imputación necesaria - tenga naturaleza delictiva, asimismo Urtecho Benítez señala “..no es posible a través de este remedio procesal cuestionar la propia existencia del hecho objeto del proceso penal, es decir, que este no ocurrió en la realidad o que uno de los elementos que integran el supuesto fáctico no existe o resulte de imposible probanza, igualmente no cabe formular la excepción sobre la base de ajenidad del imputado respecto a la comisión delictiva que se le imputa, es decir, que no cometió el delito, tampoco cabe hacerlo alegando falta o insuficiencia de prueba”.

2.-Expediente 354.94 – Arequipa, veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

3.-Gaceta Penal & Procesal Penal Octubre 2017 – Tomo 100 Pag. 175

4.-Gaceta Penal & Procesal Penal Octubre 2017 – Tomo 100. Pag. 173 y 176



1.10.- Que, asimismo se debe tener en cuenta la Casación N° 150-2010-La Libertad<sup>4</sup> en su fundamento séptimo "...que la excepción de improcedencia de acción regulada en el numeral b) del inciso uno del artículo seis del Código Procesal Penal constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal, donde se va a discutir, entre otros, la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal – tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos – esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento sustantivo, que el suceso no se adecue a la hipótesis de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público o que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación; asimismo en su octavo considerando señala "...que los argumentos alegados por el recurrente en su recurso de casación en cuanto a la excepción de improcedencia de acción requieren de una actividad probatoria (tal como lo ha precisado el Tribunal de Apelación) para demostrar su ausencia de capacidad de acción, referida a la ausencia de idoneidad del perjuicio, con el hecho principal, situación que es imposible de tramitarse en vía incidental, en tanto en cuanto invoca ajenidad respecto a la comisión delictiva que se le imputa, es decir, que no está acreditado el perjuicio, y por ende, no cometió el delito", Asimismo Cesar San Martín<sup>5</sup> señala **"..no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría culpabilidad o imputación personal y por consiguiente, de sus elementos, capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta, el análisis si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica, imposible de llevar a cabo en vía incidental.**

1.11.-Que, la Abogado defensora de la acusada [REDACTED] refiere que no constituye delito el accionar de la citada acusada en razón de que las publicaciones de los videos o fotos al facebook fueron efectuadas porque la querellante les reenvió dichos videos y fotografías, revisado los actuados se advierte que la conducta desplegada por el citado imputado si **es justiciable penalmente y si constituye delito en razón de que habría incurrido en el delito de**



violación a la intimidad, por lo que la responsabilidad o inocencia de la querellada no pueden ser debalidas en la excepción deducida por consiguiente debe ser desestimada.

## II.- VALORACIÓN PROBATORIA CON RESPECTO AL FONDO DEL PROCESO PENAL.

2.1.- El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, en armonía con el artículo 2º, numeral 24, literal e), de la Constitución Política del Estado, consagra la presunción de inocencia de toda persona imputada "mientras no se demuestre lo contrario", para lo cual se requiere "de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales", resalta finalmente que: "en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado". A partir del respeto de esta garantía constitucional, es que la apreciación de la prueba no es una actividad ilimitada o de absoluta discrecionalidad, sino que está sujeta a determinadas pautas valorativas, pues, para dictarse una sentencia condenatoria, debe existir una suficiente y concreta actividad probatoria de cargo, jurídicamente correcta, cuya valoración, de acuerdo a los artículos 158º.1 y 393º.2 del Código Procesal Penal, ha de realizarse observándose las reglas de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia, y la sana crítica, todo lo cual tiene incidencia al momento de apreciar el acervo probatorio. Y, como exigencia del principio de motivación, contemplado en el artículo 139º.5 de la Norma Suprema, se ha de exteriorizar el razonamiento efectuado, el cual debe contener la mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

2.2.- De los principios que rigen el juicio oral, según artículo 356º del Código Procesal Penal, se menciona lo siguiente: "el juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación". El Tribunal Constitucional peruano, al momento de referirse a la acusación de hechos al imputado, ha señalado que la misma "ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa. Es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan" proscribiendo a contrario sensu, aquella acusación "genérica e impersonalizada que limita al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa"<sup>1</sup>. En ese sentido, la descripción de los hechos realizada en acusación cumple el requerimiento básico de concreción, es detallada en cuanto al rol que habrían realizado la acusado

2.3.- Partiendo del relato fáctico expuesto por la querellante, corresponde ahora

<sup>1</sup> Expediente N° 8123-2005-PHC/TC, fundamento 40.



determinar la materialidad del delito denunciado así como, de ser el caso, la responsabilidad penal de la querellada en su comisión, para tal efecto, debemos precisar que en el presente caso la querellante ha formulado primigeniamente acusación penal indicando que:

A la querellada [REDACTED] se les imputa ser autora del delito Contra la Violación a la Intimidad en la modalidad de Difusión de Imágenes, Materiales Audiovisuales o audios de contenido sexual en agravio de [REDACTED] en razón de que el día trece de octubre del dos mil diecinueve la querellada ha difundido y publicado una serie de imágenes, fotografías y videos de connotación sexual sin su consentimiento, ha vulnerado su intimidad al haber utilizado la red social Facebook no solo para publicar videos e imágenes en las que aparece desnuda, sino para crear una cuenta falsa con sus datos completos y publicar dichos materiales con la intención de dañar su reputación como mujer y como madre, además de atentar contra su intimidad. **(lo resaltado es nuestro)**

2.4.- En tal sentido, valorando los medios probatorios que fueron materia de debate y del posterior análisis por esta Judicatura, advertimos que la querellante [REDACTED] ha mantenido su imputación durante el juicio, aseverando que la querellada [REDACTED] es la persona que ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. Ante la concurrencia de dos posiciones contradictorias por un lado la de la querellante y del otro lado de la defensa técnica de la querellada, por lo que debemos remitirnos a que si ha existido los elementos constitutivos de la imputación objetiva por parte de la querellada.

2.5.- De autos se advierte que la querellada [REDACTED] ha admitido en diferentes etapas del plenario que ha publicado las fotografías y/o videos que le fueron enviadas por parte de la querellante [REDACTED] la cual efectuó ya que esta (la querellante) en reiteradas oportunidades le venía acosando y/o ofendiendo a su menor hijo indicando que su hijo había sido reconocido con una prueba de ADN; asimismo la querellante [REDACTED] ha reconocido en el plenario que dichos videos y/o fotografías fueron enviadas a la querellada por error.

2.6.- Que, se advierte que para determinar la responsabilidad penal de la querellada - acusada se debe valorar si esta cumple con los elementos siguientes: **a) Acción; b) Tipicidad, c) Antijuricidad y d) Culpabilidad.** Se debe tener en cuenta que por acción se entiende que **se encuentra descrita por el tipo, es decir que la acción efectuada por una persona se encuentra descrita como delito o**



**falta**, de autos se advierte que el hecho demandado se encuentra establecida en el artículo 154-B del Código Penal. (lo resaltado es nuestro)

**2.7.-** Con respecto a la a la **Tipicidad se debe advertir la Imputación Objetiva es decir los elementos definidores y conforme lo ha** indicado el Abogado defensor de la querellada [REDACTED] la querellante ha contribuido a la comisión del ilícito penal descrito en el artículo 154-B del Código Penal por lo que debe considerarse la **Autopuesta al peligro de la agraviada**, hay que fue la querellante que compartió las imágenes y videos sin tener en cuenta el deber de cuidado vulnerando ella misma su derecho a la intimidad. (lo resaltado es nuestro)

**2.8.-** Que, conforme lo precisa **Alonso R. Peña Cabrera Freyre<sup>7</sup>** en su libro de **Derecho Penal** "...solo el individuo será responsable del desarrollo de su ámbito de configuración personal, siempre que su actuación pueda ser atribuible a su esfera de competencia, nadie puede responder, ante el desarrollo deficitario del propio sujeto, cuando aquel es el que genera con su proceder un riesgo jurídicamente desaprobado, a menor que dicho individuo, no esté en capacidad de poder autoorganizarse personalmente" asimismo el citado autor precisa "... a fin de comprender debidamente este principio regulador de la imputación objetiva, debe partirse de la presente premisa, es una sociedad de seres libres y responsables, cada cual debe responder por los defectos que pueda presentar en el desenvolvimiento de sus ámbitos de organización, que sólo le incumbe al individuo titular del mismo, en una sociedad - sostenida en *prescripciones normativas* - resulta impensable que se pueda imputar responsabilidad a un tercero, por aquellas lesiones que se han producido en el propio actuar voluntario y libre de la víctima. (lo resaltado es nuestro)

**2.9.-** Que, en el plenario se ha reconocido que la querellante [REDACTED] y el testigo [REDACTED] mantuvieron relaciones sexuales la misma que fueron grabadas y fotografías por ellos mismos y que por un error (conforme a lo indicado por la querellante en el plenario) lo envió al WhatsApp de la querellada, una tercera persona que no solicito que se le envié dicho material, y conforme lo señala **Abanto Vásquez** "...que un resultado grave no debe ser imputado a quien dio inicio al curso causal, si el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima", asimismo **Alonso R. Peña Cabrera Freyre** precisa "...el comportamiento libre y responsable de la víctima no puede tener la misma relevancia que un proceso causal natural, se considera pues, que debe imputarse el riesgo a la víctima que ha tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque esta pierda posteriormente el control

7.-Alonso R. Peña Cabrera Freyre – Derecho Penal Parte General Tomo I Sexta Edición Lima Julio 2017.



*por causas imputables solo a ella misma y no al tercero". (lo resaltado es nuestro)*

2.10.- Que, Anthony Romero Casilla<sup>8</sup> precisa el siguiente ejemplo ".....terminado el encuentro íntimo, Jonás deja a Micaela en su casa, con la promesa de que el material adquirido solo quede para ambos. Luego, se dirige a la reunión con sus amigos, una vez reunidos, Jonás, luego de contarles lo sucedido, compartió el material con sus amigos, una hora más tarde, sus amigos comparten las fotografías y videos a sus entornos adyacentes, resultando una propagación de material íntimo de Jonás y Micaela. Al respecto de una valoración del tipo penal se colige: 1. Por la especificación del tipo penal solo se exige que la obtención del material sea bajo un primer consentimiento de la víctima, 2. Por la descripción típica del tipo penal, **se aprecia que solo se podría exigir la sanción para la primera persona que difunde o revela el material y no a la segunda**, la tercera y demás personas que pudiesen haber contribuido y participado en dicha cadena del material íntimo, resultando que, según lo señalado en el artículo, **están no sean sancionada**. 3.- **En atención al punto anterior, la sanción no alcanza a las personas que vuelven a compartir el material personal**, coligiéndose que no se protege completamente a la víctima de la viralización del contenido y material íntimo, por lo que es pertinente sostener que el Código Penal persigue este delito de una manera parcial, imperfecta y truncada", **del plenario se ha acreditado que la persona que compartió el video y fotografías fue la querellante Sarita Alicia Sempertegui Cruz quien luego de advertir del error (conforme lo ha referido en el plenario) no trato de eliminarlo o al menos no lo hizo, por el contrario comento las mismas conforme se advierte de la vista fotográfica que corre a fojas doce de autos "...mira así terminamos, anoche, en nuestra cama, a ti te llevo, al piso en el colchón"**, por lo que se evidencia que la querellada se ha puesto en autopeligro; **por lo que debe tenerse en cuenta lo señalado por José Luis Medina Frisancho en su publicación la Teoría de la Imputación Objetiva en el Sistema Funcional del Derecho Penal ".....la imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo cuando la aparente víctima ha infringido determinadas incumbencias de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa o cuando menos inocua, asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se erige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos. (lo resaltado es nuestro)**

2.11.- Estando a lo expuesto, es de indicarse que para fundamentar una sentencia condenatoria se requiere afirmaciones categóricas, conclusiones asertivas y hechos probados, no basta la mera posibilidad de la ocurrencia de un hecho en

8.- <https://cut.ly/zGDAoM>





determinada forma o circunstancia, deben de existir medios probatorios plures y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal de los procesados y de ese modo permita arribar al Juez a la convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara al procesado, conforme a lo previsto en el literal "e" del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Perú.

2.12.-En tal sentido, habiéndose llegado a la etapa final del proceso, luego de la actividad probatoria desplegada, no se puede dictar sentencia condenatoria contra la acusado [REDACTED] por cuanto no se tiene certeza de que aquél sea responsable del delito imputado, ya que las pruebas obtenidas no tienen la aptitud suficiente para crear el pleno convencimiento de la existencia del hecho y la participación de la acusada, máxime que el procesado no tiene el deber de probar su inocencia, sino que corresponde al representante del Ministerio Público probar la culpabilidad de aquél, **por lo que atendiendo a que no se cumple con los elementos definidores de la imputación objetiva para establecer la culpabilidad del citado acusado es menester absolverlo de conformidad al artículo 398 numeral 1 del Código Procesal Penal. (lo resaltado es nuestro)**

### III.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DE LA REPARACION CIVIL.

3.1.- Respecto a la reparación civil; debe indicarse que a criterio del suscrito y en atención al artículo 93 del Código Penal es menester imponer una sanción resarcitoria, en vista de que en el plenario se ha advertido que ha existido un daño y perjuicio a la intimidad de la querellante.

3.2.- De esta manera para efectos de determinar la reparación civil, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 92 a 101 del Código Penal, los cuales deben ser concordados con lo dispuesto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del aludido corpus sustantivo, rigiéndose la misma por el principio del daño causado, debiendo individualizarse y fijarse la cantidad de dicha reparación en forma prudencial y proporcional con relación al daño ocasionado, cuyo monto fijo debe expresarse necesariamente en nuevos soles.

3.3.- Aunado a ello y conforme a la remisión que atude el Artículo 101 del Código Penal, para determinar la reparación civil también debemos considerar a los artículos sobre responsabilidad civil, que atude los siguiente Artículo del Código Civil de 1984, que señalan:



**Artículo 1969:**

"Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor";

**Artículo 1984:**

"El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia";

**Y Artículo 1985:**

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

**3.4.- El caso concreto:** Que, en el caso sub materia el actor Jimmy Ramos Salinas ha interpuesto demanda de indemnización contra la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero (propietario del vehículo), y Jimy Flores Acosta (conductor del vehículo), por los daños y perjuicios causados como consecuencia del accidente de tránsito acaecido con fecha treinta de junio del año dos mil, como consecuencia de la volcadura del vehículo de placa de rodaje UH-dos mil ochocientos nueve, que le produjo lesiones graves con el diagnóstico de politraumatizado, amputación de miembro inferior derecho, fractura supracondílea de fémur izquierdo infectado con fijación externa. Segundo.- Que, el referido accidente de tránsito se produjo en circunstancias en que el actor conjuntamente con otros pasajeros se encontraban de regreso del viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial del Instituto Superior Pedro F. Díaz de Arequipa, viaje que fuera autorizado por el Director de dicha institución educativa, Amancio Maraví Bravo mediante Decreto Administrativa 041-2000-DIS-PPD que corre a fojas seiscientos cuarenta y cuatro; habiendo estado la conducción del vehículo a cargo de Jimy Flores Acosta, resultando titular de dicho bien Fredy Murillo Romero. Tercero.- Que, las instancias de mérito han declarado fundada en parte la demanda y ordenado el pago de la indemnización a cargo de la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy



Murillo Romero y Jimmy Flores Acosta, considerando que se trata de una responsabilidad objetiva conforme al artículo 1970 del Código Civil, y que existe responsabilidad del conductor del vehículo y del titular del mismo, así como del Instituto Superior Pedro P. Díaz y de la Dirección Regional de Educación, porque les corresponde responder por sus dependientes profesores quienes organizaron el viaje de estudios; y el director que autorizó el viaje, invocando la responsabilidad vicaria que se encuentra prevista en el artículo 1981 del Código Civil. Cuarto.- Que, el artículo 1970 del Código Civil regula la responsabilidad objetiva, estableciendo que aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, esté obligado a repararlo. Quinto.- Que, en el caso de la responsabilidad objetiva concurren los elementos de la responsabilidad consistentes en: la ilicitud ("antijuricidad") o la infracción del deber de no dañar; la relación de causalidad, en la cual el artículo 1985 del Código Civil prevé que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; el daño consistente en el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y el factor de atribución, que en el caso de este tipo de responsabilidad esté constituido por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o del uso de un bien de este tipo, no requiriendo en este caso que concorra el dolo o la culpa. Sexto.- Que, en el presente caso existe responsabilidad por parte del chofer del vehículo, quien conducía el mismo, así como existe responsabilidad a cargo del propietario de dicho bien, conforme lo han determinado las instancias de mérito; no habiendo sido ello impugnado por las referidas partes justiciables. Séptimo.- Que, respecto de la responsabilidad a cargo del Instituto Superior Pedro P. Díaz, se tiene que el señor Amancio Maraví Bravo, como Director de dicha institución educativa, autorice el referido viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial hacia el Centro de Frutales Experimentales del Valle del Urubamba - Cusco, mediante Decreto Administrativo 041-2000-DIS-PPD, designando como profesores responsables del viaje al ingeniero Guiulfo Beingolea Castillo y al profesor Augusto Sarmiento Vargas, profesores estables de la Carrera de Agropecuaria del Instituto Superior Pedro P. Díaz; suscribiéndose el contrato de prestación de servicios para el transporte correspondiente con el último profesor nombrado, según aparece de fajas seiscientos cuarenta y uno. Octavo.- Que, conforme se aprecia el director de la referida institución educativa, actuando a nombre de la misma, autorice el viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial hacia el Valle del Urubamba - Cusco, generando con ello un riesgo respecto de todos los estudiantes del grupo de estudio, en particular del demandante, porque las citadas prácticas debían realizarse en un lugar relativamente lejano, lo que conllevaba a su transporte en vehículo, debiendo atribuirse la responsabilidad objetiva por haber



generado dicho riesgo, conforme al principio recogido en el artículo 1970 del Código Civil; máxime cuando dicha institución fue quien autorizó al profesor llevar adelante el viaje de estudios, para lo cual el citado docente celebre un contrato de prestación de servicios personales, sin haber exigido previamente las seguridades del caso; existiendo una relación de causalidad con el evento dañoso en relación al riesgo en comento; por lo que no se ha incurrido en la aplicación indebida del artículo 1970 del Código Civil, ni en la interpretación errónea del artículo 1985 del citado Código, como denuncia la citada institución educativa.

**3.5.- Que, en el caso sub materia se tiene que luego de haber analizado los medios probatorios actuados y el caso concreto al haber verificado que la querellada [REDACTED] ha publicado un video y fotografías por lo que se ha configurado una de responsabilidad civil por parte de la querellada, ha configurado el requisito de comportamiento del sujeto, sumado a ello que ese daño le ha producido perjuicio respecto a la intimidad (configurándose el requisito final es decir EL DAÑO; la misma que se encuentra corroborada con la pralización de los medios probatorios durante el juicio oral.**

La querellante [REDACTED] viene solicitando la suma de treinta mil soles como reparación civil por los daños ocasionados en su agravio, sin embargo este daño, necesita ser de acuerdo a lo prescrito por el Artículo 93 inciso 2 del Código Penal, resarcido a través de la imposición de una reparación civil, la misma que luego de haber observado e interiorizado lo actuado en juicio y lo alegado por las partes, considera que asciende a la suma de **TRES MIL SOLES**: distribuidos de la siguiente manera:

- **Daño emergente:** El suscrito considera pertinente no formular monto alguno en dicho extremo.
- **Lucro cesante** El suscrito considera pertinente no formular monto alguno en dicho extremo.
- **Daño Moral.** (es un tipo psicosomático que afecta a la esfera sentimental de un sujeto - se refiere al dolor, al espanto, la vergüenza) entendiéndose con ello que ha visto afectado su autoestima ( a pesar de no haber adjuntado una pericia psicológica para determinar el daño causado) por lo que esta



judicatura considera prudente otorgarle por este concepto la suma de **MIL QUINIENTOS SOLES**.

➤ **Daño a la Persona** (su trastorno no desaparece en el tiempo, especialmente cuando se daña el proyecto existencial de una persona) entendiéndose con ello que el proyecto de vida de la agraviada se ha visto perjudicado, por lo que esta judicatura considera prudente otorgarle por este concepto la suma de **MIL QUINIENTOS SOLES**.

➤ Finalmente si tomamos en cuenta que el Artículo 93 del Código penal, considera también como un elemento integrante de la reparación civil, o el pago de su valor. De modo que sumando todos estos conceptos, nos arrojan la suma total de **TRES MIL SOLES**.

Además, se encuentra garantizado el pago de la reparación civil por encontrarse enmarcada como regla de conducta.

## **I. IMPOSICIÓN DE COSTAS**

2.1 Teniendo en cuenta que la querellada [REDACTED] no han sido vencidos en juicio, esto es ser absuelta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 501º, inciso 1 del Código Procesal Penal, no corresponde imponerle pago por costas del proceso.

### **PARTE RESOLUTIVA**

Por los fundamentos antes expuestos y con arreglo a la atribución conferida por el artículo 138º de la Constitución Política del Estado, en concordancia con los artículos 28º, numeral 3, y 398º del Código Procesal Penal, impartiendo justicia a nombre de la Nación, el señor juez del Juzgado Penal Unipersonal de [REDACTED] de la Corte Superior de Justicia de Lima Este: **FALLA:**

**1.- DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de Improcedencia de Acción deducida por la querellada [REDACTED]

**2.- ABSOLVIENDO** a [REDACTED] cuyos datos personales han sido descritos en la parte introductoria de la presente



sentencia, de la acusación fiscal formulada en su contra, por el delito contra La Violación a la Intimidad, en su modalidad de **Difusión de Imágenes, Materiales, Audiovisuales o Audios con Contenido Sexual**, en agravio de [REDACTED]

3.- **FIJASE** como reparación civil la suma de **Tres Mil Soles** la misma que cumplirá en cancelar en el plazo de seis meses una vez que sea consentida o ejecutoriada la presente.

4.- Dispusieron que, **CONSENTIDA y/o EJECUTORIADA** sea la presente, se proceda la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados por la presente causa.

5.- Declarando que no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

6.- **DESE** lectura en audiencia pública la presente sentencia ello teniendo en cuenta el artículo 396° del Código Procesal Penal que precisa que **"la sentencia será leída antes quienes comparezcan"**.

7.- **NOTIFIQUESE** a las partes inasistencias con arreglo a ley.

**PODER JUDICIAL**

ROBERTO CARLOS DE LA CRUZ ESCALANTE  
JUEZ (S)  
Juzgado Penal Unipersonal Permanente de Santa Anita  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE

**PODER JUDICIAL**

MICHELL ALEJANDRO CHRISTIAN RUIZ ZEA  
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSA  
Nuevo Código Procesal Penal  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE

**Resolución para la Unidad 9 (Derecho Penal Internacional):**  
**- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 298/2015,** de  
fecha 13.05.2015 (Ponente: Manuel Marchena Gomez).

En el presente caso, la duda se suscita entre la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de trata de seres humanos -art. 177 bis, opción por la que ha optado el Tribunal a quo- y el art. 318 bis del CP (delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) -precepto cuya aplicación fue reivindicada por la acusación particular, pero que no ha sido aplicado en la instancia-. La dificultad para la formulación del juicio de tipicidad se hace evidente si se repara en que el art. 318 bis del CP contiene una mención expresa al "tráfico ilegal" de personas.





## STS 298/2015, 13 de Mayo de 2015

**Jurisdicción:** España  
**Fecha:** 13 Mayo 2015  
**Número de resolución:** 298/2015  
**Id. vLex VLEX-572378006**

**Link:** <https://app.vlex.com/vid/572378006>

### Resumen

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS. RELACIÓN CONCURSAL CON EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Los hechos describen que la víctima vio doblegada su libertad sexual ante el anuncio de la amenaza de ser devuelta a su país. Mensaje coactivo reforzado por la privación del pasaporte, en un país extranjero, en el que sólo se lleva unos días y en un escenario cerrado representado por las paredes de la habitación de un hotel. Especialmente significativo es el hecho de que el acusado, trasladó a su víctima al lugar de la agresión. Se estima la casación.

### Original

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS (art. 177 bis CP): RELACIÓN CONCURSAL CON EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS DEL ART. 318 BIS DEL CP: Es cierto que el juicio de subsunción en hechos de esta naturaleza no es, desde luego, tarea fácil. El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto y en la que los problemas concursales adquieren una gran complejidad. En el presente caso, la duda se suscita entre la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de trata de seres humanos -art. 177 bis, opción por la que ha optado el Tribunal a quo- y el art. 318 bis del CP -precepto cuya aplicación fue reivindicada por la acusación particular, pero que no ha sido aplicado en la instancia-. La dificultad para la formulación del juicio de tipicidad se hace evidente si se repara en que el art. 318 bis del CP contiene una mención expresa al "tráfico ilegal" de personas. Resulta indispensable definir el radio típico de cada uno de esos preceptos y hacerlo desde la perspectiva, tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que integran su estructura, como atendiendo al bien jurídico que cada uno de aquellos preceptos aspira a salvaguardar. Se han sugerido, tomando como referencia los textos internacionales que inspiran la regulación del nuevo art. 177 bis, distintos criterios de delimitación. Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de que el delito de trata de seres humanos se ejecute a través de organizaciones criminales. De hecho, la definición del Protocolo de Palermo (art. 3, a) aparece vinculada con la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (cfr. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000). Sin embargo, esta tesis no parece asumible,

en la medida en que el legislador español ha considerado oportuno construir un tipo agravado en el apartado 6 del art. 177 bis) para aquellos casos en los que "...el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades". Resulta indudable, por tanto, que el tipo básico acoge en su tipicidad supuestos de ejecución no vinculados a la existencia de organizaciones criminales. No faltan otras propuestas interpretativas en el momento de distinguir entre el delito de trata de personas (art. 177 bis) y el delito de tráfico de personas (art. 318 bis). Algunas de ellas son directamente rechazables. Lo obliga la descripción típica de ambos preceptos. Sin embargo, más allá de su carácter definitivo, todas ellas tienen el valor complementario de ofrecer pautas que favorecen la intuición valorativa a la hora de resolver el juicio de tipicidad. Se ha dicho, por ejemplo, que el tráfico de personas lleva implícita la entrada irregular de alguien en un país distinto al suyo y, en consecuencia, conlleva un cruce de fronteras que no siempre está presente en el delito de tráfico de personas. Ésta puede darse tanto dentro del país -trata interna- como fuera del mismo -trata transnacional-. Se ha puesto también el acento en la diferencia que existe entre el tráfico de personas, que generalmente cuenta con la voluntad del migrante y la trata de personas, que exige la utilización de medios instrumentales que anulan ese consentimiento, tales como la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o la vulnerabilidad de la víctima. Suele ser frecuente en el tráfico de personas que el sujeto activo cuente con la resignada colaboración de la víctima, que presta su consentimiento como forma de facilitar la entrada ilegal en un determinado territorio. En la trata de personas, por el contrario, la víctima cuya dignidad se pisotea no es parte en el negocio del tratante, éste se relaciona con terceros. Se ha subrayado, del mismo modo, que en el tráfico de personas el cruce de fronteras siempre va a ir acompañado de la nota de la ilegalidad. De hecho, lo que se protege en el art. 318 bis del CP es el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas esa ilegalidad no es una nota definitoria, puede darse o no. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico tutelado en el art. 177 bis del CP mira preferentemente a la dignidad de la persona".

## **Texto**

## **Contenidos**

- ANTECEDENTES
  - Primero
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
- ANTECEDENTES
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
- FALLO

Sentencia citada en: 75 sentencias, 3 artículos doctrinales

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal de Obdulio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29), de fecha 12 de junio de 2014 en causa seguida contra Obdulio , por un delito de trata de seres humanos en concurso ideal con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y por el delito de agresión sexual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por el procurador don Ramón Blanco Blanco. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## ANTECEDENTES

### Primero

El Juzgado de instrucción núm. 7 de Alcorcón, incoó sumario (procedimiento ordinario núm. 2/2013, contra Obdulio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29), procedimiento sumario ordinario 11/2013 que, con fecha 12 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"PRIMERO.- En el verano de 2012, Obdulio , nacido en 1973 y sin antecedentes penales, chófer de la embajada de Guinea Ecuatorial en España, contactó en Facebook, con Encarna , nacida en 1991 y residente en esa época en aquel país, a quien, por ese medio, ofreció la posibilidad de gestionarle un viaje a España, consiguiéndole de modo rápido un visado turístico, y ayudarla posteriormente a permanecer de modo permanente en nuestro país. El acusado quería, en realidad, que Encarna viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo deseara, plan que ocultó a Encarna . Esta, quien en efecto quería venir a España, aceptó la ayuda, confiada en la condición de trabajador de la embajada del acusado, pero sin sospechar las auténticas intenciones de este. Para conseguir el visado, y en la consiguiente tramitación, en concreto en la carta de invitación, el acusado manifestó que Encarna era su sobrina. De hecho, antes de contactar por Facebook no se conocían de nada, ni desde luego tienen parentesco alguno.

Realizados los trámites, el visado turístico fue concedido por un periodo de 15 días. De modo que el 5.10.12 Encarna llegó a Madrid, en un vuelo procedente de Malabo, y fue recibida en el aeropuerto por unos familiares que la llevaron a su casa, en Alcalá de Henares. El día 6 de Octubre, hablan ambos por teléfono y, en definitiva se citan el día 11 para conocerse. Este día, el acusado recogió con un coche a Encarna en Alcalá, de donde se fueron a comer y, después, el acusado la trasladó hasta el Hotel Ibis de la Av. San Martín de Valdeiglesias de Alcorcón, con el pretexto de que tenía (el acusado) que atender en ese establecimiento una

cuestión de trabajo. En realidad, Obdulio alquiló una habitación (la NUM002 ) y convenció a Encarna que subiera a la misa mientras realizaba la gestión laboral. Una vez en el interior de la habitación, el acusado le quitó el pasaporte y desveló los auténticos motivos de su ayuda; le dijo que tenía que ser su pareja, que le pertenecía y que tenía que mantener, en tal condición, relaciones sexuales con él. Además el acusado le dijo a Encarna que, en caso de que no accediese a todo ello, haría lo necesario para devolverla a Guinea. Asustada al verse sin el pasaporte, en un país para ella desconocido y ante la amenaza de que el acusado la pudiese denunciar para que fuese devuelta a Guinea, Encarna tuvo acceso carnal por vía vaginal con el acusado, de hecho sin preservativo; el acusado era portador del VIH, aunque por el momento el virus no se ha revelado en Encarna . Después de mantener esas relaciones, el acusado se marchó, dejando en el hotel a Encarna , que fue recogida por un familiar a quien llamó previamente por teléfono.

Como consecuencia de estos hechos, Encarna sufrió secuelas psicológicas, en el plano cognitivo, en el humor emocional y afectivo, y en el somático, las cuales precisaron, para la recuperación, atención y seguimiento especializado y continuo en la asociación APRAM.

En la entrada y registro, judicialmente autorizada, del domicilio del acusado, se le ocupó a este diversa documentación, consistente en ocho pasaportes de Guinea Ecuatorial a nombre de diversas personas, un permiso de conducir español y fotocopia a nombre de un tercero, y un permiso de residencia a nombre de Alonso " (sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29) dictó sentencia núm. 341/2014 cuyo tenor literal es el siguiente:

" FALLO : Condenamos a Obdulio , como autor penalmente responsable de los ya definidos delitos de trata de seres humanos y contra la libertad sexual, a las siguientes penas:

. por el delito de trata de seres humanos, a la pena de 6 años de prisión, con inhabilitación para el sufragio pasivo durante ese tiempo

. por el delito de agresión sexual, a la pena de 7 años de prisión, con inhabilitación para el sufragio pasivo durante ese tiempo

Le absolvemos del delito del art. 318 bis por el que fue acusado en concurso.

Le condenamos a que pague las costas del proceso relativas a los delitos objeto de la condena, y a que indemniza, como responsabilidad civil, a Encarna en la cantidad de 6.000 euros, que en su caso será destinada por ésta a la organización que designe.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial" (sic) .

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Obdulio , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

- I. Al amparo del art. 852 de la LECrim por infracción del art. 24 de la CE (derecho a la presunción de inocencia). II.- Al amparo del art. 852 de la LECrim , por infracción del art. 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). III y IV.- Al amparo del art. 850.1 , 3 y 4 de la LECrim . V.- Al amparo del art. 851.1 de la LECrim . VI.- Al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 15 de diciembre de 2014, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por providencia de fecha 9 de abril de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento dela deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 29 de abril de 2015.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. - El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

Estima la defensa que la condena de Obdulio carece de adecuado sostén probatorio. De hecho, ha sido construida sin prueba suficiente para formular el juicio de autoría. La Audiencia ha incurrido -se aduce- en evidentes errores en la declaración de hechos probados. Basta una lectura del acta del juicio y de la grabación de las sesiones del plenario para concluir la insuficiencia probatoria. Ha habido errores manifiestos en la valoración de la prueba testifical. Los Jueces de instancia se equivocan en la determinación de la fecha de llegada a España, en la fijación de quién asumió la iniciativa de trasladarse a nuestro país, en el valor atribuido a la condición del acusado como trabajador de la embajada de Guinea en España y, en fin, en la interpretación del concepto de parentesco vigente en aquel país africano, no siempre ligado a vínculos de sangre. Éstas son sólo algunas de las erróneas valoraciones probatorias en que habría incurrido el Tribunal a quo. El motivo se completa con una glosa crítica de otros aspectos ligados a lo que la defensa del recurrente considera como insuficiencia probatoria, subrayando aquellos fragmentos que, a su juicio, serían expresivos de la falta de racionalidad de la valoración de la prueba verificada por la Audiencia. Por si fuera poco, el testimonio de la denunciante no supera -se razona- el estándar exigido por la jurisprudencia de esta Sala para la credibilidad objetiva y subjetiva de los testigos.

El motivo no es viable.

La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia ( STS 70/2011, 9 de febrero ; 276/2014, 2 de abril ; 209/2008, 28 de abril y 1199/2006, 11 de diciembre , entre otras muchas).

En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial procede comprobar la racionalidad de las pruebas e indicios que llevaron a sostener una sentencia condenatoria por parte del Tribunal "a quo" . Se consideran como principales pruebas e indicios incriminatorios, recogidos por la sentencia del Tribunal de instancia, los siguientes:

- a. Declaración testifical de la víctima en el juicio oral; indica que contactó con el recurrente por facebook , que ella residía en Guinea, que él trabajaba como chofer en la embajada española y le consiguió un visado turístico rápidamente porque ella se quería quedar en España, ofreciéndose a ayudarla. Cuando llegó a España, unos familiares fueron a recogerla y se citó con el recurrente; éste la recogió en coche, con la excusa de que tenía que realizar una actividad relacionada con su trabajo, la llevó a un hotel, que una vez en el interior de la habitación, le quitó el pasaporte y le dijo que tenía que ser su pareja, que le pertenecía y que tenía que mantener relaciones sexuales. Ella se opuso, pero él le dijo que la iba a devolver a Guinea, y denunciarla por lo que asustada, accedió a mantener relaciones sexuales sin preservativo. El acusado se marchó dejándola en el hotel, y fue recogida por un familiar.
- b. Como se indica en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, el recurrente hizo creer a la víctima que podía ayudarla a quedarse en España más allá del límite temporal establecido, así elaboró la carta de invitación con la argucia del parentesco indicando que era su sobrina, y en España efectuó actos específicos para tenerla controlada como la compra de un móvil, y para ganar su confianza, al invitarla a almorzar ese día.
- c. Ante la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales, el recurrente la denunció por estancia ilegal.

- d. En el registro efectuado en el domicilio del recurrente se hallaron ocho pasaportes de Guinea Ecuatorial a nombre de diversas personas, un permiso de conducir español, y un permiso de residencia a nombre de Alonso .
- e. La víctima presentaba secuelas psicológicas en el plano cognitivo, en el humor emocional y afectivo, y somáticas que necesitaron de tratamiento en la asociación APRAM. Consta informe de los psicólogos forenses que determina estas secuelas.

No se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente facilitó el traslado de la víctima desde su país a España con el objeto de abusar sexualmente de ella, y a tal fin, procedió a mantener relaciones sexuales sin contar con su libre consentimiento. La declaración de la víctima se ha visto corroborada por datos tales como la carta mencionada, o la denuncia presentada por el propio recurrente, así como la presencia de pasaportes de otras personas en su domicilio, sin una causa suficientemente justificada, y la existencia de secuelas psicológicas en la víctima apreciadas pericialmente.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al art. 885.1 de la LECrim .

La Audiencia, además, valoró la prueba de descargo ofrecida por la defensa, básicamente, el testimonio de Gonzalo , respecto de cuyo contenido se apreciaron ciertas contradicciones; y el de Pedro Miguel , de mayor interés, pero, en ambos casos, con el limitado valor que se derivaría de su condición de testigos de referencia.

No rehuye el Tribunal a quo la explicación acerca de la contradicción en que habría incurrido la víctima en el momento de señalar la fecha de su entrada en España. El razonamiento de los Jueces de instancia, que concluyeron la existencia de "... una simple equivocación ", es perfectamente asumible, sin que se hayan deslizado argumentos extravagantes o ajenos a los dictados exigidos por la lógica o las máximas de experiencia.

El motivo ha de ser desestimado por su falta de fundamento ( art. 885.1 LECrim ).

2. - El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente, sostiene la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa ( art. 24 CE ).

Aun no mencionada de forma expresa la vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE ), el motivo gira en torno a la indefensión que se habría generado como consecuencia de la denegación de la práctica de la prueba testifical de la mayoría de los testigos propuestos por la defensa. Así, ante las dificultades de localización de aquéllos y "... sin apurar todas las opciones se declaró por diligencia de ordenación de 6-5-2014 tener por renunciadas a las testificales de Julio , Cecilia , Esperanza , Inocencia , Octavio y Rubén ". Del

mismo modo, no llegaron a practicarse algunas de las pruebas propuestas para el plenario, tales como la declaración de Vidal , Luis Carlos , Pedro Miguel , Pura y Arcadio .

El efecto negativo derivado del rechazo de tales pruebas -pese a que nunca existió una renuncia expresa por parte de la defensa a su práctica-, habría sido más intenso -se arguye-, en la medida en que el acusado, siguiendo el consejo del Letrado que asumió su defensa en el plenario, no contestó a las preguntas que le fueron formuladas. Con ello se privó de la posibilidad de ofrecer un punto de contraste al testimonio de la denunciante.

El motivo no es acogible.

Hemos recordado de forma insistente que no se produce la vulneración del derecho fundamental que se dice infringido cuando la prueba es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final (cfr. SSTS 587/2009, 22 de mayo ; 395/2009, 16 de abril ; 1724/2000, 9 de noviembre y 1209/99, 12 de julio ).

Y eso es, precisamente, lo que acontece en el presente caso. La defensa se limita a echar en falta la toma de declaración a un grupo numeroso de testigos. Sin embargo, nada se dice acerca de la relevancia de su testimonio, sobre los aspectos de la prueba de descargo que querían ser acreditados y, en suma, sobre la aptitud de esas declaraciones para alterar el desenlace del proceso. Si bien se mira, el hecho principal está relacionado con un ataque a la libertad sexual de Encarna que se produce en el interior de una habitación de hotel, en Alcorcón, secuencia respecto de la que poco pueden aportar unos testigos que no se encontraban en el lugar de los hechos. Algo similar puede decirse respecto de los términos en que se produjo el traslado desde Guinea hasta nuestro territorio. Sobre su realidad el Tribunal a quo contó con el testimonio de Encarna y con el análisis de la carta obrante al folio 49 de la causa, en la que el acusado suscribió un documento en el que hacía constar falazmente una relación de parentesco que justificaba la invitación como sobrina.

No se ha vulnerado el derecho a la prueba, ni se ha generado indefensión. De ahí que el motivo deba ser rechazado ( art. 885.1 y 2 LECrim ).

3. - Se alega, como tercer motivo, el quebrantamiento de forma del art. 850 de la LECrim , por denegación indebida de prueba, y en cuarto lugar, el quebrantamiento de forma del art. 850 de la LECrim , por denegación de preguntas. En ambos motivos se cuestiona que el Tribunal hubiera denegado la reproducción de la grabación de la declaración de la testigo en instrucción, para que la perito Diana pudiera responder a las preguntas, y también se destaca la denegación de preguntas dirigidas por la defensa al agente de policía nº NUM000 , el agente NUM001 o a la perito, Dra. Guillerma .

Como hemos declarado, entre otras, en STS 924/2003, 23 de junio , la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa integra el contenido de un derecho fundamental, dentro del art. 24.2 de la CE , cuya infracción no es consecuencia de



cualquier denegación judicial de peticiones de actividad probatoria, sino que requiere un efecto material de indefensión: precisa que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto y que, sin embargo, no haya obtenido una respuesta judicial razonable hacer de su omisión.

Respecto a la reproducción en juicio de la grabación de la testigo víctima del delito, no era necesaria por cuando se pudo contar con su declaración en el acto del juicio oral, y se pudieron efectuar precisiones respecto de la misma a la perito Diana . En relación con las preguntas a los testigos policiales o a Doña. Guillerma , cabe señalar que las manifestaciones de los testigos policiales no son pruebas de cargo esenciales y la pregunta denegada a Doña. Guillerma se refería a lo manifestado por la víctima a ella sobre el aspecto relativo a la fecha de los hechos. El Tribunal aclara este extremo en el último párrafo del fundamento de derecho primero, al determinar que la víctima incurrió en un error respecto a la fecha en la que estuvo con el acusado en el hotel, explicando los motivos de su confusión. La denegación de preguntas no ha producido indefensión a la parte recurrente, porque éstas no eran indispensables para demostrar la inocencia de éste frente al resto de pruebas de cargo.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al art. 885.1 de la LECrim .

4. - La defensa hace valer un cuarto motivo. Con respaldo en el art. 851.1 de la LECrim , se denuncia quebrantamiento de forma, por predeterminación del fallo.

Se alega que la expresión "... quería en realidad que la víctima viniese a España con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo deseara, plan que ocultó", presenta un carácter anticipadamente determinante del juicio de subsunción. Proclama una intencionalidad que debería deducirse de hechos objetivos externos.

No tiene razón el recurrente.

La detenida lectura de esos párrafos pone de manifiesto la ausencia del vicio que se adjudica a la resolución cuestionada. Quien ve en esas frases un error in iudicando se aparta del significado mismo de la estructura del razonamiento judicial. Sobre el juicio histórico ha de verificarse el juicio de subsunción que, como es lógico, requiere para su corrección que en el relato de hechos probados se contengan los elementos fácticos -objetivos y subjetivos- que conforman la estructura típica del delito por el que se formula condena. Tal predeterminación -decíamos en las SSTS 390/2014, 13 de mayo ; 1229/2011, 16 de noviembre y 401/2006, 10 de abril - precisa la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con significación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum»

de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe.

Conforme a esta doctrina, el pasaje del juicio histórico que el recurrente considera predeterminante del fallo no subvierte la estructura lógica del razonamiento judicial. Sin necesidad de adentrarnos en la evolución jurisprudencial del tratamiento casacional de lo que con cuestionable corrección se han denominado "juicios de valor", lo cierto es que la intención con la que un hecho se ejecuta forma parte del hecho. La acción no es neutra. La voluntad que filtra su ejecución define del tipo subjetivo. De ahí que el análisis sobre su concurrencia no puede desplazarse de modo artificial a un momento ulterior en el que se analiza la culpabilidad. La intención que anima la ejecución de un hecho se integra en el tipo y su expresa proclamación resulta indispensable, en consecuencia, para afirmar el juicio de subsunción.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo por su manifiesta falta de fundamento ( art. 885.1 LECrím ).

5. - El quinto de los motivos, bajo el mismo enunciado -infracción de ley- se integra por varios bloques sistemáticos.

A. En el primero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrím , se aduce error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador.

Se citan como documentos que respaldarían ese error los siguientes: a) certificado del cónsul de Guinea en Madrid (folio 50); b) información de Prudencio sobre las llamadas de la testigo (folios 497-507, 510-521, 525-528, 561-562 y 1109-1113); c) diálogos de Facebook (folios 852-878); d) informes periciales suscritos por Segismundo de fecha 24 de marzo de 2013 (folios 653-666) y 15 de mayo de 2013 (folios 1026-1052).

El motivo ha de ser desestimado, en la medida en que se aparta de las exigencias metodológicas que impone la vía casacional que posibilita el art. 849.2 de la LECrím .

En efecto, La Sala Segunda -cfr. SSTS 458/2014, 9 de junio y 370/2010, 29 de abril - solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b)

cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras).

También hemos precisado que a efectos casacionales el concepto de documento no puede identificarse con el de acto procesal documentado . Y esto es lo que acontece en el presente caso. Los diálogos de Facebook, por ejemplo, sólo tienen el carácter de prueba personal que, para su constancia, ha sido impresa. Además, los documentos indicados no son literosuficientes. Es decir, el certificado, la información de llamadas realizadas por la víctima cuando estaba en el hotel o los diálogos de Facebook no demuestran por sí solos que el recurrente no hubiera realizado los hechos delictivos que se le imputan. La declaración de la víctima fue precisa y contundente en el sentido de haber sido destinataria de las apetencias sexuales de Obdulio . Respecto a la valoración del informe pericial de Segismundo , elaborado a instancia de parte, cabe señalar que las contradicciones que se dicen contenidas en dicho informe respecto a las alegaciones de la víctima no son consideradas esenciales para el Tribunal. La Audiencia antepone las conclusiones de los peritos forenses Donato y Felix por las garantías de imparcialidad que ofrecen. Y en su razonamiento no se ha apartado de forma ilógica de las conclusiones de la información pericial que se han estimado relevantes para la acreditación de las cuestiones fácticas. Estima que los peritos forenses han sido más objetivos en la exposición de sus conclusiones. Éstas, además, se han visto corroboradas por la información proporcionada por los responsables de la asociación APRAMP, que acogió a la víctima a raíz de su estado psicológico derivado de los hechos.

El motivo ha de ser rechazado ( art. 884.4 y 885.1 LECrim ).

- B. En el segundo de los bloques se alega, con cita del art. 849.1 de la LECrim , aplicación indebida de los arts. 177 bis y 178 del CP , así como infracción del deber de motivación de las penas finalmente impuestas.

Entiende la defensa que la conducta que ha sido calificada como constitutiva de un delito de trata de seres humanos no tiene encaje en el ámbito típico descrito por el art. 177 bis del CP . No se compadece con las definiciones más extendidas acerca de lo que por tal debe entenderse. Tampoco es encajable en los textos internacionales que han servido de inspiración a las distintas legislaciones nacionales.

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser parcialmente estimado.

B.1.- La Audiencia ha entendido que los hechos son constitutivos de un delito de trata de seres humanos, previsto en el art. 177 bis del CP . En el FJ 2º de la sentencia de instancia se excluye la fórmula del concurso medial entre ese precepto y el art. 318 bis del CP . Se proclama que "... no hay incompatibilidad por subsunción normativa" de ambos preceptos. Y se justifica la calificación de los hechos conforme al art. 177 bis con arreglo al siguiente argumento: "... en efecto, el acusado, desde España, engañó a Encarna , mediante la promesa de facilitarle no sólo su acceso al país como turista, sino también su estancia más allá del límite temporal establecido por el visado turista; el engaño era suficiente, si atendemos a la situación personal de la referida mujer y al deseo, evidenciado por ella, de venir con carácter permanente a nuestro país, y a la misma situación personal del acusado, trabajador de la embajada, lo que hacía creíble su oferta de ayuda. De tal modo la captó, convenciéndola de la bondad de la ayuda, propició con actos esenciales el traslado con la visa (elaboró la carta de invitación con la argucia del parentesco) y, ya en España, realizó los actos específicos de compra de un teléfono móvil, para tenerla controlada, y los actos descritos en el relato fáctico, invitación a almorzar y los hechos del hotel, a los que luego aludiremos. Se trata indudablemente de la actividad típica del precepto citado, que exige, como elemento objetivo de la conducta, entre otros, la finalidad de explotación sexual. Esta finalidad quedó probada por el propio rigor de los actos del acusado, al exigir y conseguir relaciones sexuales con la víctima, que trató de mantener en el tiempo, es decir, después del día 11 de octubre. El elemento subjetivo requerido por el precepto está presente, en cuanto la intención, el dolo, del acusado, cubrió toda la secuencia de la actividad característicamente antijurídica ya señalada. Por consiguiente, el acusado es autor de este delito, con arreglo al art. 28 del CP ".

La Sala no puede identificarse con esa línea de razonamiento.

Es cierto que el juicio de subsunción en hechos de esta naturaleza no es, desde luego, tarea fácil. El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto y en la que los problemas concursales adquieren una gran complejidad. En el presente caso, la duda se suscita entre la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de trata de seres humanos - art. 177 bis, opción por la que ha optado el Tribunal a quo- y el art. 318 bis del CP -precepto cuya aplicación fue reivindicada por la acusación particular, pero que no ha sido aplicado en la instancia-.

B.2.- La dificultad para la formulación del juicio de tipicidad se hace evidente si se repara en que el art. 318 bis del CP contiene una mención expresa al " tráfico ilegal" de personas. Resulta indispensable definir el radio típico de cada uno de esos preceptos y hacerlo desde la perspectiva, tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que integran su estructura, como

atendiendo al bien jurídico que cada uno de aquellos preceptos aspira a salvaguardar.

Se han sugerido, tomando como referencia los textos internacionales que inspiran la regulación del nuevo art. 177 bis, distintos criterios de delimitación. Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de que el delito de trata de seres humanos se ejecute a través de organizaciones criminales. De hecho, la definición del Protocolo de Palermo (art. 3, a) aparece vinculada con la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (cfr. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000).

Sin embargo, esta tesis no parece asumible, en la medida en que el legislador español ha considerado oportuno construir un tipo agravado en el apartado 6 del art. 177 bis) para aquellos casos en los que "... el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades". Resulta indudable, por tanto, que el tipo básico acoge en su tipicidad supuestos de ejecución no vinculados a la existencia de organizaciones criminales.

No faltan otras propuestas interpretativas en el momento de distinguir entre el delito de trata de personas (art. 177 bis) y el delito de tráfico de personas (art. 318 bis). Algunas de ellas son directamente rechazables. Lo obliga la descripción típica de ambos preceptos. Sin embargo, más allá de su carácter definitivo, todas ellas tienen el valor complementario de ofrecer pautas que favorecen la intuición valorativa a la hora de resolver el juicio de tipicidad. Se ha dicho, por ejemplo, que el tráfico de personas lleva implícita la entrada irregular de alguien en un país distinto al suyo y, en consecuencia, conlleva un cruce de fronteras que no siempre está presente en el delito de tráfico de personas. Ésta puede darse tanto dentro del país -trata interna- como fuera del mismo -trata transnacional-. Se ha puesto también el acento en la diferencia que existe entre el tráfico de personas, que generalmente cuenta con la voluntad del migrante y la trata de personas, que exige la utilización de medios instrumentales que anulan ese consentimiento, tales como la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o la vulnerabilidad de la víctima. Suele ser frecuente en el tráfico de personas que el sujeto activo cuente con la resignada colaboración de la víctima, que presta su consentimiento como forma de facilitar la entrada ilegal en un determinado territorio. En la trata de personas, por el contrario, la persona cuya dignidad se pisotea no es parte en el negocio del tratante, éste se relaciona con terceros. Se ha subrayado, del mismo modo, que en el tráfico de personas el cruce de fronteras siempre va a ir acompañado de la nota de la ilegalidad. De hecho, lo que se protege en el art. 318 bis del CP es el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas esa ilegalidad no es una nota definitoria, puede darse o no. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico tutelado en el art. 177 bis del CP mira preferentemente a la dignidad de la persona.

B.3.- En alguno de los precedentes de esta Sala, reconociendo la convergencia entre ambos preceptos, hemos reservado el art. 177 bis del CP para aquellos atentados más severos a la dignidad de las personas. En la STS 385/2012, 10 de mayo, decíamos que "... con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros ( art. 318 bis del C. Penal ); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: "De la trata de los seres humanos"). El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad.

Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina".

Si atendemos, pues, al criterio proclamado por esta Sala, consistente en reservar el art. 177 bis para los atentados más severos a la dignidad de la persona, ya se alumbra un primer elemento para la duda acerca de la aplicabilidad del art. 177 bis del CP. En efecto, el hecho probado, tal y como está descrito, no contiene datos fácticos que convirtieran la entrada en nuestro territorio en un atentado, más o menos intenso, contra la dignidad de la persona. De hecho, Encarna llegó a Madrid mediante un visado turístico concedido por un período de 15 días, "... en un vuelo procedente de Malabo y fue recibida en el aeropuerto por unos familiares que la llevaron a su casa en Alcalá de Henares".

Tampoco puede afirmarse, a partir de la lectura del factum, que el atentado contra la libertad sexual sufrido por Encarna, desarrollado en la habitación de un hotel de Alcorcón -cuya gravedad es inocultable y que, precisamente por ello, ha sido castigado con toda corrección con fundamento en el art. 178 del CP -, fuera más allá de un acto aislado. Su incuestionable gravedad nunca

llegó a repetirse. No sirvió de acto iniciático para encadenar nuevas vejaciones. El atentado a su dignidad -que existió- se limitó a ese encuentro mediante el que el recurrente Obdulio impuso su deseo de satisfacer sus apetencias sexuales.

La Sala entiende que, más allá incluso de las dificultades para etiquetar el atentado a la dignidad de Encarna como de especial severidad, los hechos, tal y como han sido descritos, no contienen un elemento típico sine qua non para la subsunción por la vía del art. 177 bis del CP. Nos referimos, claro es, a la explotación sexual. Este precepto constituye un delito de medios determinados, enumerados con carácter alternativo. El tipo subjetivo es eminentemente doloso. La finalidad del sujeto activo, esto es, el fin que justifica la captación, el traslado, la acogida, la recepción o el alojamiento de la víctima, ha de ajustarse también a algunas de las alternativas que acoge el texto vigente, a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio.

La explotación sexual, como cualquiera de los fines que el apartado 1º del art. 177 bis enumera, no precisa que llegue a tener realidad. Basta realizar la acción descrita con un dolo preordenado a alguno de aquellos fines para la consumación del delito. La definición, a efectos de tipicidad, de lo que por prácticas de explotación deba entenderse, no es cuestión sencilla. De ahí la importancia de que el relato de hechos probados sea lo suficientemente descriptivo como para descartar el riesgo de menoscabo del principio de tipicidad.

Pues bien, la finalidad de explotación sexual que la sentencia de instancia da por acreditada, se expresa en los siguientes términos: "... el acusado quería, en realidad, que Encarna viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo deseara, plan que ocultó a Encarna ". Y la materialización de esos planes -como ya hemos apuntado supra- se produjo en una única ocasión y tuvo como escenario la habitación de un hotel de Alcorcón. Hemos de insistir que este episodio concreto de agresión sexual no era necesario para la consumación del delito de trata de seres humanos. Estamos a un delito de tendencia, de significado instrumental y que se colma con independencia de los atentados ulteriores a otros bienes jurídicos de la víctima. Pero es indudable que, en el caso concreto, ese episodio desarrollado en un establecimiento hotelero sirve de obligada referencia para fijar el verdadero alcance de la finalidad -la explotación sexual- que la sentencia recurrida adjudica a Obdulio .

Que la explotación sexual de una tercera persona puede realizarse en provecho propio es innegable. Así se desprende del significado gramatical del vocablo explotar. Son perfectamente imaginables supuestos de explotación sexual en los que el tratante esclavice a su víctima anulando su capacidad de determinación sexual. Pero forma también parte del concepto de explotación el carácter abusivo, reiterado, del aprovechamiento que el tratante aspira a obtener de la víctima. Y es aquí donde el juicio histórico no ofrece las claves

precisas para la subsunción. Mantener relaciones sexuales "... siempre que lo desease", sin mayores precisiones, no describe una práctica de explotación susceptible de integrar el delito de trata de personas. Es indiscutible, claro es, que esos episodios sexuales, de haber llegado a repetirse y de haber sido impuestos mediante medios violentos o coactivos, tendrían que ser castigados con las penas asociadas a hechos de tal gravedad. Pero lo que resulta decisivo, desde el punto de vista de la tipicidad que ofrece el art. 177 bis del CP es que la finalidad de explotación sexual -por el tratante o por terceros- quede claramente descrita en el juicio histórico.

Esa carencia nos impide calificar la acción enjuiciada como constitutiva del delito previsto en el art. 177 bis del CP, sin perjuicio de que, como razonamos en el siguiente apartado, los hechos hayan de ser calificados como constitutivos de un delito previsto en el art. 318 bis del CP.

B.4.- La entrada de Encarna a España se produce en virtud de un visado turístico, concedido por un período de 15 días. Aclara el factum que "... para conseguir el visado, y en la consiguiente tramitación, en concreto en la carta de invitación, el acusado manifestó que Encarna era su sobrina. De hecho, antes de contactar por Facebook no se conocían de nada, ni desde luego tenían parentesco alguno".

Esa entrada en territorio español fue hecha posible por el acusado prevaliéndose de su privilegiada posición como trabajador de la embajada de Guinea en España. El visado fue logrado a partir de un engaño a las autoridades españolas. El acusado simuló un parentesco que no existía y así lo hizo constar en la carta de invitación. Es importante destacar que ese engaño necesario para superar los trámites administrativos de entrada en nuestro territorio, no se proyectó sobre Encarna, lo que habría determinado la aplicación del tipo agravado previsto en el apartado 2º del mismo art. 318 bis, sino sobre las autoridades gubernativas encargadas de validar la autorización de entrada.

Son muchos los precedentes de esta Sala en los que hemos afirmado que el delito previsto en el art. 318 bis nace cuando la entrada en territorio español, pese a producirse de un modo formalmente correcto, esto es, utilizando los pasos fronterizos, en posesión del pasaporte y, en su caso, del correspondiente visado, lo que habilitaría al extranjero para disfrutar de una estancia temporal en España, el objetivo de la entrada no es otro que quedarse a trabajar irregularmente en territorio español, con las indudables consecuencias negativas que tal situación supone para las personas que lo sufren (cfr. SSTS 801/2007, 28 de septiembre y 1238/2009, 11 de diciembre, entre otras).

Ya hemos apuntado supra los puntos de coincidencia entre el delito de tráfico de personas y el de trata de personas. En el presente caso, además, el hecho de que la acusación particular interesara en sus conclusiones definitivas la



aplicación del art. 318 bis del CP -si bien en concurso medial con el art. 177 bis- aleja todo riesgo de quiebra del principio acusatorio.

El motivo, por tanto, ha de ser parcialmente estimado, con las consecuencias que se describen en nuestra segunda sentencia.

- C. También sostiene el recurrente que la Audiencia habría incurrido en un error en la aplicación de la norma penal sustantiva, al entender que los hechos desarrollados en el hotel de Alcorcón no eran constitutivos de un delito de agresión sexual previsto en los arts. 178 y 179 del CP .

Razona la defensa que no existió una verdadera amenaza. Que para que el mensaje intimidatorio pueda reputarse fundado ha de ser serio, previo, inmediato, grave y determinante del consentimiento. Sin embargo, en el presente caso fue especialmente ilustrativa la declaración de Encarna en el Juzgado de instrucción, cuando afirmó que consintió el acceso carnal como una forma de agradecerle que le hubiera hecho la carta de invitación para venir a España.

La alegación no es acogible.

La aceptación del hecho probado constituye un presupuesto metodológico indispensable para la viabilidad del motivo formalizado al amparo del art. 849.1 de la LECrim . El acusado ha sido castigado como autor de un delito del art. 178 del CP . En él se castiga, como responsable de agresión sexual, a quien " atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación ". En el factum se señala que Obdulio " recogió en su coche a Encarna en Alcalá, de donde se fue a comer y, después, el acusado la trasladó hasta el Hotel Ibis de la AV. San Martín de Valdeiglesias de Alcorcón, con el pretexto de que tenía (el acusado) que atender en ese establecimiento a una cuestión de trabajo. En realidad, Obdulio alquiló una habitación (la NUM002 ) y convenció a Encarna que subiera a la misma mientras realizaba la gestión laboral. Una vez en el interior de la habitación, el acusado le quitó el pasaporte y desveló los auténticos motivos de su ayuda; le dijo que tenía que ser su pareja, que le pertenecía y que tenía que mantener en tal condición, relaciones sexuales con él. Además, el acusado le dijo a Encarna que, en caso de que no accediese a todo ello, haría lo necesario para devolverla a Guinea. Asustada al verse sin el pasaporte, en un país para ella desconocido y ante la amenaza de que el acusado la pudiese denunciar para que fuese devuelta a Guinea, Encarna tuvo acceso carnal por vía vaginal con el acusado, de hecho sin preservativo; el acusado era portador de VIH, aunque por el momento el virus no se revelado en Encarna . Después de mantener esas relaciones, el acusado se marchó, dejando en el hotel a Encarna , que fue recogida por un familiar a quien llamó previamente por teléfono".

La Sala no advierte el error de subsunción que denuncia el recurrente. Los hechos describen que la víctima vio doblegada su libertad sexual ante el

anuncio de la amenaza de ser devuelta a su país. Mensaje coactivo reforzado por la privación del pasaporte, en un país extranjero, en el que sólo se lleva unos días y en un escenario cerrado representado por las paredes de la habitación de un hotel. Especialmente significativo es el hecho de que el acusado, según precisa el factum, trasladó a su víctima al lugar de la agresión "... con el pretexto de que tenía (el acusado) que atender en ese establecimiento a una cuestión de trabajo".

En definitiva, la versión que da la defensa para hacer valer su discurso impugnativo se apoya en testimonios e inferencias no reflejados en el relato de hechos probados. Se aparta así de los requerimientos formales asociados al art. 849.1 de la LECrim y que éste precepto impone para acoger el error jurídico en la aplicación de la ley penal.

Se impone, por tanto, la desestimación de este submotivo, al amparo de los arts. 884.3 y 4 de la LECrim.

- D. El catálogo de infracciones legales que el recurrente atribuye a la sentencia de instancia se completa con la denuncia, también al amparo del art. 849.1 de la LECrim, de la indebida aplicación del art. 66.1.6 del CP. Censura la defensa que la resolución cuestionada no motive la extensión de la pena impuesta.

La queja por la pena dictada en aplicación del art. 177 bis del CP ha perdido su objeto, en la medida en que la estimación parcial del quinto de los motivos va a conllevar su anulación y la aplicación de la pena asociada al art. 318 bis del CP, que, ya se anticipa, será impuesta en la mínima extensión.

Igual desestimación procede respecto de la pena impuesta por la comisión del delito de agresión sexual. El Tribunal a quo explica en el FJ 4º que la imposición de la pena de 7 años de prisión se justifica por la gravedad de los hechos imputados: "... por el ataque a ese bien jurídico, y porque el acusado creó y se aprovechó de un contexto intimidatorio específicamente reprochable, dada la situación de la víctima y las amenazas de dejarla sin cobertura en España y denunciarla".

Esa respuesta penal -dentro del arco punitivo definido por los arts. 178 y 179 del CP - no puede entenderse como un desenlace arbitrario o injustificado. Es fruto de la valoración de los Jueces de instancia de la gravedad de la ofensa al bien jurídico protegido y, como tal, debe ser mantenida.

6. - Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Obdulio, contra la sentencia núm. 341/2014, de fecha 12 de junio, dictada por la Sección 29 de la Audiencia Provincial

de Madrid en causa seguida contra el mismo por delitos de trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la libertad sexual, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil quince.

Por la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 11/2013, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 7 de Alcorcón, se dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2014 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en el FJ 5º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del quinto de los motivos entablados, declarando que los hechos no son constitutivos de un delito de trata de personas del art. 177 bis del CP . Integran, por el contrario, un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318 bis 1º del CP .

Imponemos la pena en su mínima extensión.

## FALLO

Se deja sin efecto la pena de prisión de 6 años impuesta por el Tribunal de instancia a Obdulio , como autor de un delito de trata de seres humanos y se condena a éste, como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a la pena de 4 años de prisión, con

la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.