



**ANEXO DE CASOS**

**CURSO**

**PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS DELITOS DE  
CORRUPCION DE FUNCIONARIOS**

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

**1) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. 02284-2007-  
HC/TC. (CUSCO)**

**EXP. N.º 02284-2007-HC/TC**

**CUSCO**

**CÉSAR RAYMUNDO**

**LINARES TORRES**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 2 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Raymundo Linares Torres contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 277, su fecha 23 de febrero de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de diciembre de 2006 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el Fiscal de la Fiscalía Permanente de la IV Zona Judicial PNP Cusco, Capitán CJ PNP Manuel Pino Almirón; el titular del juzgado de instrucción permanente, Mayor CJ PNP Ronald Centeno Berrio; el auditor, Coronel CJ Juan Ricalde Palma; y contra el Presidente del Consejo Superior de la IV Zona Judicial de Policía de Cusco, Coronel CJ PNP George Adriel Cárdenas Jaén, por haber vulnerado los principios de legalidad penal, prohibición de analogía y el *ne bis in idem*, así como sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, en conexión con la libertad individual. Refiere que doña Margot Paredes Olivera lo ha denunciado en reiteradas oportunidades, lo que ha generado que la Fiscalía Permanente de la IV Zona Judicial PNP Cusco formalice denuncia penal N.º 52-2005-IV-ZJ-PNP-FJT y, a su vez, que se expida auto de apertura de instrucción en su contra con fecha 20 de octubre de 2005, por la presunta comisión del delito de abuso de autoridad (Exp. N.º 44002-2005-0135). Afirma también que con fecha 6 de enero de 2006, con la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961), quedó derogado el Código de Justicia Militar, Decreto Ley 23214 (el cual sirvió para sustentar los cargos atribuidos al recurrente). Señala que en el nuevo cuerpo normativo, la conducta por la cual viene siendo procesado ya no se encuentra tipificada, por lo que solicitó en su oportunidad la extinción de la acción penal, pedido que fue desestimado por el emplazado juez instructor Centeno Berríos, quien emitió además el informe final N.º 03-2006-2JIP, mediante el cual se pronuncia por su responsabilidad respecto de la comisión del delito de exceso en el ejercicio del cargo, mando o posición en el servicio militar policial, en su modalidad de excesos en la facultad de mando, previsto en el artículo 139º del referido nuevo Código de Justicia Militar. Alega que dichos actos vulneran sus derechos antes invocados.

Realizada la investigación sumaria el fiscal emplazado señaló mediante escrito de fecha 5 de enero de 2007 que formalizó denuncia fiscal en contra del recurrente debido a que se le atribuye la comisión de diversos hechos que son materia de instrucción en el fuero militar, por lo que su actuación se encuentra conforme a las atribuciones que le confiere la ley. Por su parte, mediante escrito de fecha 5 de enero de 2007, el juez instructor demandado afirma que el delito por el cual se inició instrucción al recurrente -es decir, el delito de abuso de autoridad-

no ha sido despenalizado, sino que más bien se encuentra previsto en el artículo 139° del Nuevo Código de Justicia Militar Policial. Agrega que la solicitud de nulidad interpuesta por el demandante no fue declarada infundada, sino que mediante resolución de fecha 18 de septiembre de 2006 se señaló que ella sería resuelta por el Consejo de Superior de Justicia de la IV Zona Judicial PNP Cusco en su debida oportunidad, por tratarse de un proceso ordinario. Señala también que en la actualidad el proceso penal cuestionado ha sido remitido al Tribunal Superior de la Cuarta Zona Judicial de la Policía Nacional del Cusco, el mismo que, respecto de la despenalización del delito alegado por el recurrente, se ha reservado pronunciarse para una posterior oportunidad, señalando más bien que “(...) resulta impertinente declarar insubsistente el informe final, más aún que las conclusiones del a quo no resuelven cuestiones de fondo (...)”. En consecuencia no se ha vulnerado derecho constitucional alguno del recurrente, por lo que solicita que se declare infundada la demanda.

El Sexto Juzgado Penal de Cusco, con fecha 19 de enero de 2007, declara infundada la demanda por considerar que es labor del órgano jurisdiccional ordinario determinar si el delito que se le imputa al actor aún constituye delito, o si ha sido derogado con la entrada en vigencia del Nuevo Código de Justicia Militar Policial.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos argumentos.

## **FUNDAMENTOS**

### **Delimitación del petitorio**

1. El recurrente cuestiona la adecuación de su conducta al delito de exceso en la facultad de Mando (previsto en el artículo 139° del referido Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N.° 961), a pesar de que se le inició proceso penal N.° 44002-2005-0135 ante el fuero militar con el tipo penal previsto en el artículo 179° del Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214), el cual fue derogado. En ese sentido alega la descriminalización del tipo penal por el cual viene siendo juzgado.

### **Respecto de la alegada descriminalización del tipo penal por el que viene siendo procesado**

2. En lo que concierne a la presunta despenalización del tipo penal aducida por el recurrente, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N.° 1300-2002-HC/TC (fundamento 7) que dentro de nuestro sistema jurídico, en lo que respecta al tema de la aplicación de las normas en el tiempo, la regla general la constituye la aplicación inmediata de las normas. En ese sentido en el ámbito del derecho penal material o sustantivo, dicha teoría determina que frente a la comisión de un delito la pena aplicable sea aquella que se encontraba vigente al momento de su perpetración. Sin embargo existe una excepción a dicha regla, que es la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte más favorable para el procesado o condenado, la que encuentra sustento normativo expreso en el artículo 103° de la Constitución. En tal sentido este Tribunal estableció que:

[e]l principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión de un hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución) [Cfr. STC Exp. N.° 1043-2007-PHC/TC, fundamento 6].

3. Visto ello en el presente caso se analizará si el tipo penal por el cual se le inició instrucción al recurrente ante el fuero militar (esto es, el artículo 179° del Código de Justicia Militar, Decreto Ley N.° 23214), ha sido despenalizado con la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961). De ser así, el proceso penal seguido contra el demandante no puede continuar, toda vez que ello involucraría una vulneración del principio de retroactividad benigna de la ley penal (en la medida que se pretendería sancionar sobre la base de una conducta que ya no reviste interés en ser reprimida por parte del Estado).

4. El artículo 179° del Código de Justicia Militar (Decreto Ley N.° 23214) señalaba lo siguiente:

Artículo 179°.- Constituye delito de abuso de autoridad, excederse arbitrariamente en el ejercicio de sus atribuciones en perjuicio del subalterno o de cualquiera otra persona; u omitir, rehusar a hacer o retardar, en perjuicio de los mismos, un acto correspondiente a su cargo.

5. Por su parte, el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961) establece:

Artículo 139°.- El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

6. Del tenor de las normas glosadas se advierte que en ambos casos la situación que se pretende sancionar es la misma: el exceso en el mando por parte de un oficial (el cual se encuentra investido de un cargo al interior de las Fuerzas Armadas y/o Policiales), lo cual genera perjuicios para el mismo personal militar, e inclusive para terceros. De ello se infiere que el delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214) no ha sido despenalizado por la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961), sino que dicha conducta ha pasado a estar regulada en su artículo 139°, por lo que la pretensión del demandante, en principio, tiene contenido desestimatorio.

7. No obstante, pese a que resultan infundados los argumentos esgrimidos por la parte demandante, ello no determina la desestimación de la demanda, toda vez que este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de la competencia de la justicia militar para procesar al recurrente, lo que se realizará en aplicación del principio del *iura novit curia* (contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cual permite aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o los fundamentos de hecho de la demanda, ya que el contradictorio constitucional ha girado en torno a ellos [Cfr. STC Exp. N.° 905-2001-AA/TC].

### **Delito de función y competencia del fuero militar**

8. Tal como lo señala el artículo 173° de la Constitución, los delitos de función únicamente pueden ser cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, lo que comporta además que sean juzgados en un fuero especial y sobre la base de lo estipulado en el Código de Justicia Militar. En lo que concierne a la naturaleza de los delitos de función, este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0017-2003-AI/TC señaló que

El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

9. Del texto precitado se aprecia que para que un ilícito califique como delito de función, deben concurrir tres exigencias: a) el hecho debe ser cometido por un agente en situación de actividad; b) la conducta imputada debe ser cometida en el ejercicio de las funciones policiales o militares, es decir, en acto de servicio; y c) que el acto en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y

cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, el que además se configura a partir de los fines constitucionales y legales establecidos a dichas instituciones. Respecto de la última exigencia cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 165° de la Constitución, las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial el garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (excepcionalmente puede asumir el control del orden interno sobre la base de lo dispuesto por el artículo 137° de la Constitución). Por su parte, el artículo 166° de la Constitución establece que la finalidad de la Policía Nacional es garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

### **El abuso de autoridad como delito de función**

10. Cabe señalar que en el caso concreto se imputa al recurrente la comisión del delito de exceso en la facultad de mando, previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (tipo penal que con la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980 se denominaba delito de abuso de autoridad), por lo que se le viene instruyendo ante el fuero militar. No obstante, es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376° el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad “común” (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad “militar” (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

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

12. Por otro lado es preciso señalar que, respecto del delito de función que constituye materia de análisis en el presente proceso constitucional (es decir, el delito de exceso en la facultad de mando, regulado por el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial), este Tribunal señaló en la sentencia recaída en el Exp. N.° 00012-2006-AI/TC (fundamento 90):

90. En cuanto al examen de los incisos 1 y 2 del artículo 139° del CJMP, debe precisarse que en las referidas normas penales no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante estas normas penales se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, causando LESIONES GRAVES o la MUERTE, afectando los bienes jurídicos INTEGRIDAD FÍSICA Y VIDA (que no son bienes jurídicos institucionales, propios y particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en las aludidas normas penales no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que estas son inconstitucionales.

13. En aquella oportunidad este Colegiado se pronunció por la inconstitucionalidad de los incisos 1) y 2) del artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial, en razón de que los bienes jurídicos afectados en dichos incisos no constituían bienes jurídicos castrenses. Por otro lado, confirmó la constitucionalidad del tipo base de dicho delito, cual se encontraba contenido en el mismo artículo 139° del referido Código de Justicia Militar Policial. Es preciso recalcar que el

presente proceso constitucional no tiene por objeto el cuestionamiento *in abstracto* del referido artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial, dado que ello ya ha sido objeto de análisis por este Colegiado en la mencionada sentencia recaída en el Exp. N.° 00012-2006-AI/TC (inclinándose, más bien, por su exequibilidad). Lo que en realidad se propone este Tribunal es analizar si el tipo penal ya mencionado resulta aplicable a los hechos que sustentaron el proceso penal N.° 44002-2005-0135 seguido contra el recurrente ante el fuero militar; en otras palabras, determinar si el bien jurídico que se pretende proteger en el proceso penal militar que se le sigue al recurrente puede ser tutelado en el fuero militar, o amerita más bien que sea la justicia ordinaria quien asuma competencia.

14. De allí que el examen que realice el órgano jurisdiccional al momento de subsumir los hechos al tipo penal aplicable deba ser minucioso, a fin de evitar el juzgamiento de hechos que no configuran un delito de función en el fuero militar, y viceversa.

#### **Análisis del caso concreto**

15. El artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961) prevé el delito de exceso en el ejercicio del cargo, mando o posición en el Servicio Militar Policial. Dicho tipo penal se configura cuando un militar o policía (oficial en actividad), en el marco de las actividades encomendadas (en ejercicio de su función), realice actos que excedan las facultades de mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros (bien jurídico militar).

16. Este Colegiado advierte a partir del estudio de la denuncia fiscal N.° 52-2005-IV-ZJ-PNP-FJT (a fojas 37); del dictamen de auditoría N.° 82-2005 (D) (a fojas 41); del auto de apertura de instrucción de fecha 20 de octubre de 2005 (a fojas 43); así como del informe final N.° 03-2006-2JIP (a fojas 72), que el recurrente viene siendo procesado en el fuero militar debido a que, en la fecha en que se desempeñaba como comisario de la Comisaría del distrito de Wanchaq, retuvo de manera ilegal el vehículo de placa de rodaje N.° BQA-917 de propiedad de don Feliciano Abarca Pastor (que había sido incautado en mérito a una denuncia realizada con fecha 28 de agosto de 2005), toda vez que había concluido el plazo de 24 horas previsto por el artículo 277° del Reglamento de Tránsito. Así,

[A]nte esta versión el Comisario le respondió textualmente diciendo: “no se te va ha entregar el vehículo mientras no se presente Feliciano ABARCA PASTOR”, por lo que el abogado defensor le hizo referencia al Comisario que no puede retener el vehículo por más de veinticuatro horas, conforme al artículo doscientos setenta y siete del Reglamento de Tránsito, respondiendo el Comisario, “puedes hacer lo que creas conveniente, por cuanto el que ordena en esta dependencia soy yo”.

17. En el proceso penal N.° 44002-2005-0135 cuestionado por el recurrente se pretende sancionar la actitud de un miembro de la Policía Nacional (quien habría actuado en contravención de lo dispuesto en el Reglamento de Tránsito, negándose a la entrega del vehículo incautado a su legítimo propietario) en el fuero militar, imputándosele la comisión del delito previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial.

18. Tal como se ha señalado, los delitos de función se configuran cuando las conductas investigadas atentan contra bienes jurídicos relevantes para las instituciones castrenses, las cuales se configuran a partir de los fines constitucionalmente encomendados. En este sentido los fines que la Constitución asigna a la Policía Nacional en su artículo 166° son garantizar, mantener y restablecer el orden interno, por lo que un ilícito cometido por personal policial para configurar delito de función necesariamente deberá lesionar o poner en peligro el cabal cumplimiento de la garantía, mantenimiento o restablecimiento del orden interno por parte de la Policía Nacional.

19. En el presente caso la conducta que es materia del proceso cuestionado a través del presente habeas corpus consiste en la renuencia del recurrente de entregar el vehículo incautado a su propietario, en contravención de lo establecido en el Reglamento de Tránsito. A partir de ello se puede inferir que si bien la conducta fue cometida por un oficial de la PNP en actividad y en ejercicio de sus funciones, y en vulneración de los deberes derivados del cargo encomendado, la referida conducta no incide negativamente en el cumplimiento de los fines que la Constitución le asigna en su artículo 166°; esto es, garantizar, restablecer o mantener el orden interno, entre otros.

20. Por ende los hechos que se le atribuyen al demandante no configuran un delito de función, por lo que la demanda debe estimarse y anular todo lo actuado en el referido proceso penal N.º 44002-2005-0135 seguido ante el fuero militar. Cabe señalar que la estimatoria de la presente demanda no implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del actor, asunto que deberá ser dilucidado por las autoridades competentes. Para ello se remitirá todo lo actuado al Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

#### **RESUELVE**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar **NULO** todo lo actuado en el proceso penal N.º 44002-2005-0135 seguido contra el recurrente ante el fuero militar.
3. Remitir todo lo actuado al Ministerio Público, para que proceda conforme a sus atribuciones.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**

**VERGARA GOTELLI**

**ÁLVAREZ MIRANDA**

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

**2) Acuerdo Plenario. N°4-2005/CJ-116.**

**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE  
Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116.**

**CONCORDANCIA JURISDPRUDENCIAL  
ART. 116° T.U.O. L.O.P.J.  
ASUNTO: DEFINICION Y ESTRUCTURA TIPICA  
DEL DELITO DE PECULADO. ART. 387° C. P.**

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.-

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Unico Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO**

***I. ANTECEDENTES.***

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301° - A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

2. Para efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas- y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal - Delitos contra la Administración Pública.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la Complejidad y amplitud del Tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzales Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

## **II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.**

6. El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”*; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como *“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”*; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes *“Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...”* (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7. 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; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

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

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

c) *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

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

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

a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) *La culpa del funcionario o servidor público*. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *Habrà culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste 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*.

### **III. DECISIÓN.**

9.- En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

#### **ACORDÓ:**

10.- **ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6º, 7º y 8º del Presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dicho párrafos constituyen precedentes vinculante .

11. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

12.- **PUBLICAR** este acuerdo Plenario en el Diario Oficial “ El Peruano”. Hágase saber.

**SS.**

**SIVINA HURTADO**

**GONZALES CAMPOS**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**BALCAZAR ZELADA**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**BARRIENTOS PEÑA**

**VEGA VEGA**

**PRINCIPE TRUJILLO.**

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

**3) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º 04004-2010-  
HC/TC (SAN MARTIN)**

**EXP. N.º 04004-2010-PHC/TC**

**SAN MARTIN**

**LUIS ALBERTO**

**FLORES MELÉNDEZ**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de abril de 2011, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Flores Meléndez contra la resolución expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 368, su fecha 9 de setiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 19 de marzo del 2010 don Luis Alberto Flores Meléndez interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el juez del Segundo Juzgado Penal de Tarapoto, Departamento de San Martín, señor Juan López Díaz; contra los vocales de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, señores García Molina, De la Roca Rivera, Huamaní Mendoza; y, contra el fiscal de la Fiscalía Superior Mixta Descentralizada de San Martín, señor Pablo Arévalo Flores; por vulneración de sus derechos a ser juzgado en un plazo razonable, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y a la libertad individual.

Refiere el recurrente que se le inició proceso penal, expediente N.º 2005-0088-San Martín-L-03, como partícipe en el delito contra la administración pública, peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Chazuta (San Martín), proceso en el que se han realizado diversas actuaciones deficientes como la inexistencia de una pericia contable que permita establecer si la conducta que le fue imputada se adecua al tipo penal; y que nunca tuvo la condición de funcionario público pues la acusación sobre este supuesto delito se basa en un préstamo de dinero que él hizo a la Municipalidad Distrital de Chazuta, por lo que la acusación fiscal y la resolución que declara haber mérito para pasar a juicio oral sólo se han basado en documentación presentada a modo de sustentación de los gastos de la obra realizada por la municipalidad agraviada. Respecto a la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable señala que desde el inicio de la investigación fiscal hasta la fecha de presentación de la demanda han pasado 5 años, habiéndose dictado en su contra mandato de comparencia restringida.

Asimismo aduce que interpuso excepción de naturaleza de acción, que nunca fue resuelta ni se formó el cuaderno para darle el trámite respectivo, según se advierte del informe final de fecha 15 de marzo del 2006, expedido por el juez emplazado. Por ello solicita la nulidad de la Acusación Fiscal N.º 122-2006-MP-SFMD-T, de fecha 25 de octubre del 2006 y la resolución N.º 83, de fecha 27 de noviembre del 2006, que declaró haber mérito para pasar a juicio oral y se le aparte del proceso.

A fojas 124 obra la declaración del fiscal emplazado quien manifiesta que no se solicitó la pericia contable porque habían vencido todos los plazos y se tenía que formular el dictamen acusatorio; en todo caso, esta diligencia debió ser ordenada por la Sala emplazada antes de iniciar el juicio oral y respecto a que no tiene la condición de funcionario público, el Tribunal constitucional ya ha señalado que *unextraneus* sí puede responder al título de partícipe en los casos de los delitos especiales.

El Procurador Público Adjunto Ad hoc a cargo de los asuntos constitucionales del Poder Judicial al contestar la demanda señala que se encuentra en giro la investigación judicial (juicio oral) por lo que no existe resolución judicial firme y el recurrente puede ofrecer los medios de prueba que considere necesarios para su defensa.

A fojas 226 y 338 de autos obran las declaraciones de los vocales emplazados en las que señalan que no se cuestionan resoluciones firmes y que la inocencia o responsabilidad penal del imputado será determinada en el juicio oral y no mediante el proceso de hábeas corpus como pretende el recurrente. Asimismo refieren que al expedir la Resolución N.º 83, de fecha 27 de noviembre del 2006, se tomó como premisa la acusación fiscal toda vez que las investigaciones han ofrecido base suficiente sobre la participación atribuida al imputado en el hecho punible.

El juez emplazado en su declaración a fojas 229 de autos señala que él sólo actuó como juez investigador, sin que en su actuación haya vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente; asimismo, que desconoce la pena que la Sala emplazada le ha impuesto al actor.

El Primer Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Tarapoto, con fecha 30 de junio del 2010, declaró infundada la demanda al considerar que no se cuestiona una resolución judicial firme toda vez que se encuentra en giro la investigación judicial y no es función del juez constitucional de determinar la responsabilidad penal ni valorar los medios probatorios.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín revocó la apelada declarándola improcedente al considerar que ni la acusación fiscal ni el auto de enjuiciamiento tienen incidencia en la libertad individual del recurrente y lo que pretende

es una nueva evaluación de las actuaciones producidas al interior del proceso penal para establecer la ausencia de los elementos objetivos del tipo penal de peculado.

## FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Acusación Fiscal N.º 122-2006-MP-SFMD-T, de fecha 25 de octubre del 2006 y la resolución N.º 83, de fecha 27 de noviembre del 2006, que declaró haber mérito para pasar a juicio oral; y, en consecuencia se aparte a don Luis Alberto Flores Meléndez del proceso penal N.º 2005-0088-San Martín-L-03, seguido en su contra y otros por el delito de peculado. Se alega vulneración de los derechos a ser juzgado en un plazo razonable, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la libertad individual.

2. Respecto al cuestionamiento de la Acusación Fiscal N.º 122-2006-MP-SFMD-T, de fecha 25 de octubre del 2006, a fojas 185 de autos, el Tribunal Constitucional viene subrayando en reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva. Si bien se ha precisado que la actividad del Ministerio Público se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, sin embargo no tiene facultades para coartar la libertad individual. [Cfr. STC 0796-2006-PHC/TC y STC 05570-2007-PHC/TC, entre otras].

3. Se cuestiona la resolución N.º 83, de fecha 27 de noviembre del 2006, a fojas 206 de autos; sin embargo, esta resolución en sí misma no incide en la libertad individual del recurrente pues sólo declara Haber Mérito para pasar a juicio oral contra don Luis Alberto Flores Meléndez y otros.

4. Respecto a la falta de realización de una pericia contable para determinar si los hechos imputados configuran el tipo penal del delito de peculado y el que el recurrente no tenga la condición de funcionario público, por lo que por ello tampoco encajaría en el tipo penal imputado; este cuestionamiento no corresponde ser determinado en un proceso de hábeas corpus pues como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional la adecuación de una conducta dentro de un tipo penal y la actuación y valoración de los medios probatorios sólo corresponde a la justicia ordinaria. De otro lado la falta de pronunciamiento respecto a la excepción de la naturaleza de acción corresponde a una incidencia de carácter procesal que no es materia de un proceso de hábeas corpus.

5. Por consiguiente respecto de lo señalado en los fundamentos 2, 3 y 4 es de aplicación el artículo 5º, inciso 1) del Código Procesal Constitucional que establece que la demanda debe ser declarada improcedente cuando la reclamación del recurrente (hecho y petitorio) no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus.

6. En cuanto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso establecida en el artículo 139º, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional ha señalado que la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a)** la actividad procesal del interesado; **b)** la conducta de las autoridades judiciales, y **c)** la complejidad del asunto. Estos elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido, que como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, es la segunda condición para que opere este derecho.

7. Este Colegiado en la sentencia recaída en el expediente N.º 5350-2009-PHC/TC, caso Salazar Monroe, respecto de la determinación de los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem*) ha señalado que: “(...) a. La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8º la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse; y, b. El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: **i)** la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o **ii)** la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”.

8. Respecto al caso de autos, a fojas 171 obra el Auto Apertorio de Instrucción, resolución N.º 01, de fecha 8 de julio del 2005, por el que se da inicio al proceso penal contra don Luis Alberto Flores Meléndez por el delito de colusión ilegal y peculado. En este proceso también se les abrió instrucción a otras 20 personas por los delitos de colusión, incumplimiento de deberes, contra la fe pública, abandono de cargo, negociación incompatible, malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Chazuta (San Martín); es decir, por la cantidad de implicados y la cantidad de delitos este Tribunal Constitucional considera que se trata de un proceso complejo. Con fecha 25 de octubre del 2006, se emite la Acusación Fiscal N.º 122-2006-MP-SFMD-SM-T, a fojas 185 de autos contra el recurrente y otros procesados y con fecha 27 de noviembre del 2006, se emite el auto de enjuiciamiento.

9. Respecto a la conducta del imputado no se advierte una conducta obstruccionista pues a fojas 190 de autos, en la acusación fiscal cuestionada se hace mención que en su declaración instructiva, en presencia del representante del Ministerio Público, manifestó que deseaba acogerse al beneficio de la confesión sincera.

10. Respecto de la actuación de los órganos judiciales, si bien del Informe Final de fecha 15 de marzo del 2006, emitido por el Segundo Juzgado Penal de Tarapoto, a fojas 20 de autos, se advierte que en dicha instancia no se realizó el dictamen pericial dispuesto en el Auto Apertorio de Instrucción de fecha 8 de julio del 2005, fecha en que se emitió el auto apertorio de instrucción (fojas 14). Con fecha 5 de agosto del 2010 (fojas 416), se realizó la ratificación de los peritos en su dictamen pericial y su examen por parte de algunos de los abogados de los procesados así como el presidente de la sala y el director de debates.

11. De los actuados también se aprecia que los órganos jurisdiccionales requirieron al perito Jerick Pérez Celis, mediante Resolución N.º 98, de fecha 28 de enero del 2010, fojas 213, para que cumpla con presentar el dictamen pericial contable. De otro lado, al advertirse que don Rosver Fasanando Shapiama, co-procesado del recurrente, fue nombrado como perito para que realice el dictamen pericial contable, mediante Resolución N.º 95, de fecha 2 de setiembre del 2009, a fojas 2010, se dejó sin efecto su nombramiento. En todo caso, esta última situación fue de pleno conocimiento del recurrente y no fue cuestionada en su oportunidad en el proceso penal. En consecuencia es de aplicación, *contrario sensu*, el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus respecto de lo señalado en los fundamentos 2, 3 y 4.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en el proceso penal, expediente N.º 2005-088.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA**

**VERGARA GOTELLI**

**URVIOLA HANI**

**UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN  
INCOMPATIBLE EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO.**

1. Recurso de nulidad N° 2068-2012-Corte Suprema de Justicia.



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA  
R.N. N° 2068 – 2012  
LIMA

Lima, diecinueve de abril de dos mil trece.-

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por el señor PROCURADOR PÚBLICO ADJUNTO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN contra el auto superior de fojas dos mil ciento cuarenta y uno, del cuatro de mayo de dos mil doce, que, de oficio, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila (autores), Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez (cómplices primarios) por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima – CORPAC. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que el señor Procurador Público Adjunto en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento cincuenta y nueve alega que el delito de negociación incompatible afecta el patrimonio del Estado, por lo que debe aplicarse la dúplica del plazo de prescripción. Aduce que el Acuerdo Plenario Número uno guión dos mil diez diagonal CJ guión ciento dieciséis, invocado por el Tribunal Superior, es limitante y no recoge las verdaderas razones de orden político criminal para la protección del Estado contra la corrupción.

**SEGUNDO.** Que la acusación fiscal de fojas dos mil sesenta y siete, del veintiocho de noviembre de dos mil once, atribuye a los acusados Guillermo Rengifo Sandoval, ex gerente de logística de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima –en adelante, CORPAC–, y Luis Alberto Battistini Del Águila, ex jefe del área de Adquisiciones y Bienes y Servicios de CORPAC y presidente del Comité Especial Permanente de Adquisiciones, haber favorecido los intereses de la empresa V&M Servicios Generales, constituida por los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, para que se beneficien en diversas adquisiciones de menor cuantía realizada por CORPAC, entre los meses de marzo a septiembre de dos mil cuatro.

En efecto –según la acusación– se interesaron indebidamente en ocho adquisiciones de menor cuantía números ciento cuarenta y cuatro guión dos mil cuatro, ciento ochenta y cuatro guión dos mil cuatro, ciento ochenta y ocho guión dos mil cuatro, trescientos diecisiete guión dos mil cuatro, ciento noventa y dos guión dos mil cuatro, quinientos veintiuno guión dos mil cuatro, seiscientos tres guión dos mil cuatro, y setecientos cuarenta y siete guión dos



mil cuatro para favorecer a la empresa V&M Servicios Generales por un monto total de diez mil sesenta y ocho dólares con setenta y cinco centavos de dólar. Con ese objetivo, los imputados Rengifo Sandoval y Battistini Del Águila inscribieron a la aludida empresa en el Registro Principal de Proveedores de CORPAC pese a que nunca contrató con el Estado, omitieron comunicar las contrataciones efectuadas con la institución al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, CONSUCODE y a la Comisión para la Promoción de la Pequeña y Micro Empresa, PROMPYME, no ejercieron el control posterior de las adquisiciones realizadas y autorizaron diversas órdenes de compra para la adquisición de repuestos de cómputo sin cumplir los procedimientos legalmente establecidos para la adquisición de bienes de menor cuantía.

La citada acusación fiscal de fojas dos mil sesenta y siete estimó que estos hechos tipificaban el delito de negociación incompatible –así figuraba incluso en la denuncia fiscal formalizada de fojas mil setecientos treinta y cuatro, del once de marzo de dos mil diez, sobre la base del Atestado Número sesenta y cuatro guión dos mil seis guión PNP guión DIRCOCOR diagonal DIVAMP guión E dos, de fojas cuarenta y tres y el atestado ampliatorio de fojas mil cuatrocientos ochenta y tres, y en el auto de apertura de instrucción de fojas mil setecientos cincuenta y nueve, del cuatro de junio de dos mil diez–. La acusación de fojas dos mil sesenta y siete citó como norma aplicable el artículo 399° del Código Penal, mediante acusación aclaratoria de fojas dos mil ciento treinta y ocho indicó que el artículo aplicable era el artículo 397° del Código Penal conforme a la modificatoria dispuesta por la Ley número veintisiete mil setenta y cuatro, del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

**TERCERO.** Que, por su propia naturaleza y alcances, la excepción de prescripción desde una perspectiva procesal se dilucida desde la propia imputación y en función al tipo legal perseguido. En el presente caso, la acusación fiscal –en coherencia con la denuncia formalizada del Fiscal Provincial y el auto de apertura de instrucción– calificó los hechos como delito de negociación incompatible. Por consiguiente, es de analizar si, teniendo en cuenta la fecha de su comisión –en los términos de la acusación fiscal– el delito ya prescribió.

El delito de negociación incompatible se cometió entre marzo y septiembre de dos mil cuatro, por lo que es aplicable el artículo 397° del Código Penal, según el texto fijado por la Ley número veintisiete mil setenta y cuatro, del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, que sanciona el hecho con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.



Si se toma como referencia el primer párrafo del artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal.

**CUARTO.** Que, siendo así, como es obvio, no puede existir discusión respecto de los *extraneus*. Según el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil once diagonal CJ guión ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, a ellos no se extiende el término del plazo de prescripción previsto para los autores, pues no infringen ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal.

En consecuencia, la acción penal para los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, como cómplices primarios, ya prescribió pues han transcurrido más de siete años y medio.

**QUINTO.** Que el artículo 80° *in fine* del Código Penal, según el texto de la Ley Número veintiocho mil ciento diecisiete, del diez de diciembre de dos mil tres prescribe que “[e]n casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica”. De ser aplicable esta norma, el plazo de prescripción extraordinaria sería de quince años y, por ende, a la fecha la acción penal no estaría prescrita.

**SEXTO.** Que, conforme al Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez guión CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público.

El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal –importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública–. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que



17

desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.

Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80°, parte *in fine* del Código Penal.

El recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto recurrido de fojas dos mil ciento cuarenta y uno, del cuatro de mayo de dos mil doce, que, de oficio, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini Del Águila -autores-, Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez -cómplices primarios- por delito de negociación incompatible en agravio del Estado - CORPAC; con lo demás que contiene. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.  
S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

CSM/lzch.

SE PUBLICO CONFORME LA LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI  
SECRETARIA (e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

29 MAYO 2013

**UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN  
INCOMPATIBLE EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO.**

**2. Casación N° 253-2013 (Puno)**



## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

---

Corte Suprema – Sala Penal Permanente  
Expediente: Casación 253-2013 Puno  
[Prolongación del Registro Personal]  
Fecha de vista de la causa: 20 de noviembre de 2014

---

### PROLONGACIÓN DEL REGISTRO PERSONAL EN LAS ACTUACIONES

#### PROCESALES

La Sala Señala que existen situaciones no previstas por la norma pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal: a. Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo. c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro. Ahora bien, cuando concurren alguno de los citados supuestos y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

#### [DATOS GENERALES DEL PROCESO]

**Recurso:** Casación

**Recurrente:** Ministerio Público

**Procesado:** Guillermo Luis Cahuana Moreyra

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Delitos contra la administración pública – cohecho pasivo propio

**Decisión:** **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por las causales 1 - de oficio- y 3 del artículo 429 del Código Procesal; en consecuencia: **II. CASARON** la sentencia de vista del veintinueve de abril de dos mil trece, que revocó la sentencia del cuatro de enero de dos mil trece, que condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, reformándola, absolvió a dicho encausado del citado delito y agraviado; en consecuencia: **III. ORDENARON** la emisión de nueva sentencia de vista por otra Sala Penal de Apelaciones



### **[DESCRIPCIÓN DEL CASO]**

Según imputación fiscal el once de marzo de dos mil once, en la carretera Acora-Puno, de produjo un accidente de tránsito, colisión de dos vehículo, en uno de los cuales estuvo la ciudadana Ruth Condorena Gonzales, quien fue trasladada a la clínica "Pro Salud", siendo que las investigaciones de dicho accidente estuvieron a cargo del mayor PNP Guillermo Luis Cahuana Moreyra. El trece de marzo de dos mil once, dos días después, el citado efectivo policial se apersonó a dicha clínica y solicito entrevistarse con Ruth Condorena Gonzales y le exigió diez mil nuevos soles para no comprenderla en las investigaciones por el referido accidente de tránsito, indicándole que en la medida que postulaba al Congreso, no le convendría mermar su imagen y perjudicar su candidatura.

Por sentencia del cuatro de enero de dos mil trece, se condeno a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por la comisión del delito con la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado y complementariamente en agravio de Ruth Condorena Gonzales, a nueve años de pena privativa de libertad. Elevados los autos a la Sala Penal de Apelaciones de Puno, por resolución del veintinueve de abril de dos mil trece, se revoco la resolución del cuatro de enero de dos mil trece, que condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyna por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del estado y complementariamente en agravio de Ruth Condorena Gonzales, a nueve años de pena privativa de libertad; reformando la citada sentencia, absolvió a dicho procesado de la acusación fiscal por el referido delito y citado agraviado.

Emitida la sentencia de vista, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación previsto en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, precisando la necesidad de desarrollar doctrina jurisprudencial "respecto al momento en que debe realizarse el registro personal en una intervención en flagrancia delictiva"; además, invoco el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal "si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación", pues considera que la Sala Penal de Apelaciones interpreto de manera errónea del inciso 1 del artículo 210 del Código Procesal Penal, respecto a la inmediatez del registro personal.

### **[REFERENCIAS NORMATIVAS]**

Artículos 210 inc. 1, 427 inc. 4 y 429 inc. 3 del Código Procesal Penal

---



## **[CONSIDERANDO RELEVANTE]**

### **"2.2. RESPECTO AL REGISTRO DE PERSONAS**

2.2.1. El registro de personas está regulado en el artículo 210 del Código Procesal Penal, normatividad que presenta los supuestos requeridos para su procedencia; así, el inciso 1 del referido artículo precisa: "La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización e invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien s presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones". En esa línea, siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito.

2.2. 2. La referida restricción encuentra sustento, en primer lugar, en que la prolongación del registro puede contribuir a la desvinculación del citado bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa a dicho registro y el registro mismo. En segundo lugar en que la prolongación del registro personal puede traer a colación argumentos referentes a que pudo ser un tercero quien puso el bien registrado al intervenido, en lenguaje sub estándar: "siembra", mermando la fuerza probatoria del registro.

2.2.3. La prolongación del citado registro puede ser viable solo si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público -a excepción de los casos de flagrancia-. No obstante, puede ocurrir que aun cuando se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no concurren garantías necesarias para practicar el registro, pues éste debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, ello en concordancia con el numeral 2 del artículo 210 del Código Procesal Penal, el cual precisa "**El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación**".

2.2.4. Además, existen situaciones, no previstas por la norma, pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal:

- a. Cuando n existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Publico y de los efectivos policiales que participan en el registro.
- b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo.
- c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro.



**2.2.5.** Ahora bien, cuando concurra alguno de los supuestos referidos en el considerando precedente y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro, siendo de aplicación extensiva lo previsto en el artículo 240 del Código Procesal Penal. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

---

### **[DECISIÓN]**

Por estos fundamentos declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por las causales 1 -de oficio- y 3 del artículo 429 del Código Procesal; en consecuencia: **II. CASARON** la sentencia de vista del veintinueve de abril de dos mil trece, que revocó la sentencia del cuatro de enero de dos mil trece, que condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, reformándola, absolvió a dicho encausado del citado delito y agraviado; en consecuencia: **III. ORDENARON** la emisión de nueva sentencia de vista por otra Sala Penal de Apelaciones, que deberá tener en cuenta lo precisado en la presente resolución. **IV. ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial El fundamento dos punto dos de la presente Ejecutoria Suprema. Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia de la señora Juez Supremo Barrios Alvarado.

**S.S.**

VILLA STEIN

**PARIONA PASTRANA**

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

CEVALLOS VEGAS



**JURISPRUDENCIA UNIFORME DEL PERÚ**

**UNIDAD DE JURISPRUDENCIA**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES**

**CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL**

UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN  
INCOMPATIBLE EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL  
PERUANO.

3. Acuerdo Plenario 01-2005 ESV 22.

**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE  
Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ACUERDO PLENARIO N° 1-2005/ESV-22**

**DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS  
JURISPRUDENCIALES. ART. 22° TUO LOPJ  
ASUNTO: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES**

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

**ACUERDO PLENARIO**

***I. ANTECEDENTES.***

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. En el presente caso –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas-, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad,, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutive del presente Acuerdo

Plenario. Se designó como ponente al Señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:

- a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos-, y el pleno cumplimiento del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.
- b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo –en concreto, de la acción típica- del delito de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393° del Código Penal.
- c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.
- d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

## **III. DECISIÓN.**

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

**ACORDÓ :**

**9. ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias Supremas que ha continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

**10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:**

1°) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

**11. PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano” y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.-

**SS.**

**SIVINA HURTADO**

**GONZÁLES CAMPOS**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**BALCAZAR ZELADA**

**MOLINA ORDÓÑEZ**

**BARRIENTOS PEÑA**

**VEGA VEGA**

**PRINCIPE TRUJILLO**

## EJECUTORIAS SUPREMAS ANEXAS

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 224-2005

SULLANA

Lima, veintiuno de abril de dos mil cinco.-

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por los acusados Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; de conformidad con las conclusiones del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que el abogado del acusado Leguía Morales en su recurso formalizado de fojas doscientos veintiuno sostiene que su defendido desconocía la participación de terceros en el delito, que el Fiscal Superior tipificó la conducta de su defendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, así como que no está probado que integre una organización criminal ni se ha tenido en cuenta las condiciones personales del mismo ni su minoridad restringida; que el abogado del acusado Serna Jaramillo en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco apunta que su patrocinado realizó el ilícito por necesidad económica, y que se abrió instrucción y se acusó por el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas pese a lo cual se le ha condenado por el tipo agravado del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal. ***Segundo:*** Que de autos aparece que el Fiscal Provincial en la denuncia formalizada de fojas sesenta y uno denunció a los encausados calificando los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil dos, pese a lo cual en el auto apertorio de instrucción de fojas sesenta y tres, del veinticuatro de julio de dos mil tres, aclarado por auto de fojas ciento veintiséis, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, se tipificó la conducta imputada en el tipo básico del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, la que fue objeto de acusación fiscal en esos mismos términos según se aprecia en el dictamen de fojas ciento setenta y cuatro; que, no obstante ello, el Tribunal de Instancia en la sentencia

recurrida, sin hacer mención a las razones de su discrepancia ni haber generado un debate previo en el acto oral, calificó los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del código Penal (ver: fundamento jurídico sexto), aunque no impuso una pena superior a la fijada en la acusación fiscal. **Tercero:** Que si bien es cierto que -con arreglo al principio acusatorio- la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo –esto es, en este último supuesto, ‘las situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor’-, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de Instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación –lo que incluye, obviamente, las denominadas “*circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*”-, pero a condición –en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos- que “...previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse...” y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales pues ha dejado en indefensión material a los imputados. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiendo tenerse presente en todo caso lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero de esta Ejecutoria; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R. N. No. 1091-2004**  
**LIMA**

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco.

**VISTOS;** los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO *Primero:*** Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que éste era su "contacto", lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona sólo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F- cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los "conseguía" , pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el panex fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. ***Segundo:*** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dió la casualidad que éste, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su co-procesado Castillo Aguilar. ***Tercero:*** Que, por su parte éste último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia sólo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su co encausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos. ***Cuarto:*** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir

voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario. **Quinto:** Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes "Águila Tours" para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del Distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. **Sexto:** Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentíun mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que sí bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant "El Mesón", por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. **Séptimo:** Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en

cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que **condena** a **JULO ALBERTO PEÑA GARCIA**, como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación vil deberá abonar a favor del Estado; e **INTEGRANDO** la propia sentencia: **FIJARON** en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a **PAUL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HECTOR VILLANUEVA GRANDA**, como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad , suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

**S.S.**

**VILLA STEIN**

**VALDEZ ROCA**

**PONCE DE MIER**

**QUINTANILLA QUISPE**

**PRADO SALDARRIAGA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 948-2005**

**JUNÍN**

Lima, siete de junio de dos mil cinco.

**VISTOS**; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanca: de conformidad con la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: *Primero*: Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: i) que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; ii) que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos. *Segundo*: Que se imputa al encausado Arge Chanca que en su calidad de Director del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca" se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras. *Tercero*: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos s advierte que el encausado Arge Chanca se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley. *Cuarto*: Que, por otro lado, al acusado Arge Chanca se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe

enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, que condena a Juan Romón Marcelino Arge Chanco por delito contra la administración pública -peculado- en agravio del Estado y del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca", a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año; reformándola: **IMPUSIERON** la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.-

**S.S.**

**SIVINA HURTADO**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 1538-2005**

**LIMA**

Lima, veinte de junio de dos mil cinco.-

**VISTOS;** oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el agraviado Enrique Barrera Aramburú contra el auto superior de fojas seiscientos cuarenta y nueve, del veintiuno de enero de dos mil cinco; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso por haber sido declarada fundada la queja interpuesta por el agraviado Barrera Aramburú, según se advierte de la Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos cuarenta y nueve. **Segundo:** Que la Juez del Séptimo Juzgado Penal de Lima por auto de fojas cuatrocientos veintiuno, del diecinueve de enero de dos mil cuatro, declaró procedente la desafectación del cincuenta por ciento del producto de la venta del certificado de participación de la Bolsa de la Valores de Lima solicitada por la sociedad conyugal formada por María Violeta Ríos Gamarra de San Cristóbal y el sentenciado Eduardo San Cristóbal Carrillo; que contra esta resolución recurrió en apelación el agraviado Barrera Aramburú conforme a su escrito de fojas cuatrocientos setenta, la que fue concedida por auto de fojas cuatrocientos setenta y seis, del veintisiete de enero de dos mil cuatro; que, sin embargo, el Superior Tribunal no absolvió el grado por estimar que el impugnante carecía de legitimación para recurrir, y a su vez mediante auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro, declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio del mismo. **Tercero:** Que el agraviado Barrera Aramburú en su recurso de nulidad de fojas quinientos ochenta y seis cuestiona la decisión del Tribunal Superior alegando que en la etapa de ejecución del proceso no es necesaria la constitución en parte civil, la cual –según entiende- se limita al proceso declarativo. **Cuarto:** Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el

cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –como se hizo- el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil. *Quinto*: Que como el Superior Tribunal no absolvió el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto e indebidamente negó legitimación al recurrente, incurrió en la causal de nulidad prevista por el apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULO** el auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro; en consecuencia, **ORDENARON** que el Tribunal Superior se pronuncie sobre el fondo del asunto; en el proceso –fase de ejecución- seguido contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros; y los devolvieron.-

**S.S.**

**SIVINA HURTADO**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**UNIDAD III: EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL  
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL  
PERUANO.**

- 1. Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º 05206-2011-  
PHC/TC (CALLAO)**

**EXP. N.º 05206-2011-PHC/TC**  
**CALLAO**  
**MARÍA CASTRO POMIANO**  
**A FAVOR DE**  
**WINSTON ENRIQUE**  
**ALFARO VARGAS**

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de junio de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular que suscriben los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se agrega.

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Winston Enrique Alfaro Vargas contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Callao, de fojas 2251 (Tomo VI), su fecha 26 de julio de 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de abril de 2010, doña María Castro Pomiano interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Winston Enrique Alfaro Vargas, contra el Fiscal Especialista en Delitos de Corrupción de Funcionarios, don Óscar Zevallos Palomino, y contra el Juez del Sexto Juzgado Penal Especial de Lima, señor Saúl Peña Farfán, alegando la vulneración de los derechos al debido proceso y a la libertad individual, y de los principios de *ne bis in ídem* y de la retroactividad benigna de la ley penal. Se solicita que se declare nulo e insubsistente el proceso penal seguido contra el favorecido por el delito de enriquecimiento ilícito (Expediente N.º 27-2002), y que quede subsistente la Resolución N.º 124, de fecha 26 de marzo de 2002, que declaró no ha lugar abrir instrucción contra el favorecido por el delito de peculado.

La recurrente señala que el favorecido en el año 2001 era coronel en actividad del Ejército Peruano y que fue pasado al retiro como consecuencia de una denuncia fiscal en su contra por el delito de peculado, la que fue desestimada por el Quinto Juzgado Anticorrupción de Lima por Resolución de fecha 25 de octubre de 2001, que declaró no ha lugar la apertura de instrucción; que interpuesta la apelación, el fiscal superior opinó que no procedía la denuncia y la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, por Resolución N.º 124 de fecha 26 de marzo de 2002, confirmó el auto de no ha lugar la apertura de instrucción contra el favorecido; y que sin embargo, el fiscal emplazado corrió traslado de los actuados al fiscal especialista en el delito de tráfico ilícito de drogas, lo que no prosperó y se procedió al archivo del caso. Aduce que, pese a ello con fecha 14 de junio de 2002 el fiscal emplazado, con el mismo sujeto, hechos y los mismos fundamentos formuló nueva Denuncia Fiscal N.º 021-2002 en su contra pero esta vez por el delito de enriquecimiento ilícito, y el juez emplazado emitió el auto de apertura de instrucción de fecha 5 de julio de 2002, con mandato de detención. Añade la recurrente que en la etapa de juicio oral no se cumplió con remitir los actuados para que el fiscal emita o retire la acusación, pese a lo cual, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima lo condenó, con fecha 23 de octubre de 2008, por el delito de enriquecimiento ilícito, a 10 años de pena privativa de la libertad. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 15 de julio de 2009, declaró no

haber nulidad respecto de la condena y haber nulidad respecto de la pena y reformándola en este extremo le impuso 8 años de pena privativa de la libertad.

De otro lado la recurrente señala que los hechos imputados al favorecido ocurrieron entre los años 1990 y 2000, por lo que se le debió aplicar la ley más favorable, en este caso el artículo 361º-A del Código Penal de 1924 que rigió hasta abril de 1991; y, en consecuencia, cumplidos los cinco años de ocurridos los hechos, el delito prescribió, por lo que procedía el archivamiento del proceso.

Por Resolución de fecha 25 de junio de 2010 (fojas 560, tomo II), se dispone el emplazamiento de los magistrados superiores señoras Villa Bonilla, Tello de Ñecco, Piedra Rojas y de los magistrados supremos señores Gonzales Campos, Barrientos Peña, Príncipe Trujillo y Arellano Serquén, por considerar que si bien los magistrados antes mencionados no fueron demandados por la recurrente, corresponde su emplazamiento, al haberse solicitado la nulidad de todo el proceso penal (Expediente N.º 27-2002), lo que incluiría las sentencias emitidas por ellos.

A fojas 282 obra la declaración del favorecido en la que expresa que se encuentra detenido desde el 24 de julio de 2007, reafirmando en todos los extremos de su demanda.

El Procurador Público adjunto para los asuntos constitucionales del Poder Judicial contesta la demanda afirmando que no se configura el supuesto de triple identidad, porque el caso que se archivó fue por el delito de peculado, y el favorecido ha sido condenado por el delito de enriquecimiento ilícito.

El Procurador Público a cargos de los asuntos jurídicos del Ministerio Público contesta la demanda aduciendo que se está utilizando el proceso de hábeas corpus como un recurso procesal para cuestionar resoluciones firmes, y que la función del fiscal es requiriente. Asimismo señala que el fiscal emplazado ha actuado conforme a ley, que se denunció al favorecido por diferentes delitos y que sí se emitió acusación fiscal en el proceso penal por enriquecimiento ilícito.

A fojas 523 (tomo II) obra la declaración del juez Saúl Peña Farfán, quien sostiene que el auto de apertura de instrucción cuestionado se emitió conforme a ley, y que el favorecido se encuentra preso en virtud de una sentencia firme.

A fojas 524 (tomo II) el fiscal emplazado expresa que el proceso seguido contra el favorecido ha sido conforme a ley, respetando el debido proceso y el derecho de defensa

A fojas 733 (tomo III) obra la declaración de la magistrada Arellano Serquén, quien señala que en el proceso penal contra el favorecido no se ha cometido ninguna irregularidad procesal y que las resoluciones han sido emitidas conforme a ley.

El Primer Juzgado Penal del Callao, con fecha 26 de agosto de 2010, declaró infundada la demanda por considerar que el favorecido fue denunciado por diferentes delitos, que la función del Ministerio Público es requiriente y que en cuanto a la discusión de la ley más favorable en el tiempo, no puede utilizarse un proceso constitucional como vía indirecta para cuestionar resoluciones firmes.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 15 de octubre de 2010 (fojas 874, tomo III), declaró nula la sentencia apelada por considerar que no se ha

tenido a la vista los actuados indispensables para resolver la demanda, pues no se ha recabado copia de la acusación fiscal o constancia de su inexistencia.

El Primer Juzgado Penal del Callao, con fecha 15 de abril de 2011 (fojas 1959, tomo VI), declaró infundada la demanda por considerar que el favorecido fue denunciado por diferentes delitos, que la función del Ministerio Público es requiriente, que en cuanto a la discusión de la ley más favorable en el tiempo, no puede utilizarse un proceso constitucional como vía indirecta para cuestionar resoluciones firmes y que en las piezas procesales remitidas por el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima sí aparece el dictamen acusatorio del fiscal superior.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 26 de julio de 2011 confirmó la apelada por considerar que si bien se trata de la misma persona procesada, el objeto y la causa de la persecución son distintos; y respecto a la aplicación de la ley penal más favorable, estima que los hechos imputados al favorecido, conforme se señala en la acusación fiscal, ocurrieron entre los años 1996 a 1999, por lo que no le correspondía la aplicación del artículo 361º-A del Código Penal de 1924.

## FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare nulo e insubsistente el proceso penal seguido contra don Winston Enrique Alfaro Vargas *por el delito de enriquecimiento ilícito* (Expediente N.º 27-2002) y que quede subsistente la Resolución N.º 124, de fecha 26 de marzo de 2002, que declaró no ha lugar abrir instrucción contra don Winston Enrique Alfaro Vargas *por el delito de peculado*. Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso y a la libertad individual, y de los principios de *ne bis in idem*, acusatorio y de la retroactividad benigna de la ley penal.
2. De acuerdo con el artículo 159º, incisos 1 y 5 de la Constitución Política del Perú, al Ministerio Público le corresponde promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial; también debe tenerse en consideración que la sola denuncia fiscal no es suficiente para acreditar la existencia de un ilícito. Este Tribunal ya ha señalado que la función del Ministerio Público es requiriente; es decir, postulante, y en ningún caso decisoria ni sancionatoria, pues no posee facultades coactivas ni de decisión directa para el inicio del proceso penal. Por ello, la Denuncia Fiscal N.º 021-2002 de fecha 14 de junio de 2002, cuestionada en autos (fojas 105, tomo I) no constituye vulneración del derecho a la libertad personal. En consecuencia, en este extremo es de aplicación el artículo 5º inciso 1) del Código Procesal Constitucional.
3. El Tribunal Constitucional ya ha precisado que el *ne bis in idem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).
4. Asimismo, este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 8123-2005-HC/TC que una resolución que no constituye una sentencia definitiva pero que ha puesto fin al proceso penal, se encuentra también garantizada por el principio de *ne bis in idem*.

5. En el caso de autos, lo expresado en el fundamento anterior no es aplicable al presente caso, pues si bien por Resolución N.º 124, de fecha 26 de marzo de 2002, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la Resolución de fecha 25 de octubre de 2001, en el extremo que declaró no ha lugar abrir instrucción contra don Winston Enrique Alfaro Vargas por el delito contra la administración pública, peculado, por considerar que no existen indicios para procesar al favorecido por el delito de peculado, sí se señala que existen indicios razonables para procesar al favorecido respecto de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

6. En efecto, en el considerando cuarto (fojas 88, tomo I) de la Resolución que declaró no ha lugar abrir instrucción contra el favorecido por el delito de peculado, se enfatiza que *“(…) por lo que ante la falta de elementos probatorios o indicios razonables que permitan encuadrar la conducta atribuida a los denunciados en el artículo 387º del Código Penal (…) nos encontraríamos frente al tipo penal subsidiario (…) el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 401º del Código Penal (…) de allí que el propio Representante del Ministerio Público, (…) ha dispuesto, conjuntamente con la denuncia instaurada ante esta Judicatura, la remisión de copias certificadas a la Fiscalía de la Nación para la formulación de cargos por este delito, como lo dispone el artículo 41º de la Constitución Política del Estado (…)”*. Asimismo, en el considerando séptimo de la Resolución N.º 124 (fojas 98, Tomo I) se precisa como otra razón para confirmar el auto de no ha lugar el que exista una investigación preliminar ante la Segunda Fiscalía Provincial Penal, signada con el número de ingreso 27-2001.

7. El artículo 41º de la Constitución Política del Perú establece que cuando se presume enriquecimiento ilícito, en el caso de funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; es por ello que la Denuncia Fiscal N.º 021-2002 (fojas 105, tomo I) por el delito de enriquecimiento ilícito, se realizó sobre la base de los actuados remitidos por la Fiscalía de la Nación producto de las investigaciones preliminares practicadas tanto por la Segunda Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios como por la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, concluyendo respecto de don Winston Enrique Alfaro Vargas que se le encontró grandes sumas de dinero en cuatro cuentas de ahorros cuyo origen de fondos proviene de la redención de certificados bancarios, de los que tampoco ha podido justificar su procedencia lícita.

8. En cuanto al extremo de la vulneración del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 2005-2006-PHC/TC, ha establecido que *“La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: “a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreesido necesariamente (…) la primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159º de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso”*.

9. Así, el Tribunal Constitucional determinó que resulta contrario al principio acusatorio el proseguir el proceso penal sin que hubiera de por medio una acusación fiscal; en el caso de autos no se presenta este supuesto, pues a fojas 939, tomo III obra el Dictamen Fiscal N.º 528-2003, emitido respecto del Expediente N.º 027-2002 (cuestionado en autos), en el que se “(...)formula acusación sustancial contra (...) Winston Enrique Alfaro Vargas como autor por el delito contra la administración pública- enriquecimiento ilícito(...)” ; es decir, no se vulneró el principio acusatorio.

10. En cuanto al principio de aplicación de la retroactividad benigna de la ley penal, el artículo 139º, inciso 11, de la Constitución Política del Perú garantiza la aplicación de la norma más favorable en materia penal cuando exista un conflicto de normas. Habrá conflicto de normas en el tiempo, cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. Las normas vigentes con anterioridad a la comisión del hecho no entran en el conflicto de normas, puesto que ello importaría la aplicación de normas inexistentes al momento de la comisión del delito, violándose el principio de legalidad. El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y una norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente.

11. Al respecto, se aprecia del auto de apertura de instrucción de fecha 5 de julio de 2002 (fojas 111, tomo I), que la imputación penal contra el favorecido se refiere a hechos ocurridos entre el mes de octubre de 1996 a marzo de 1998, por lo que correspondía la aplicación de la versión primigenia del artículo 401º del Código Penal y no las disposiciones del Código Penal de 1924, como alega la recurrente. Las posteriores modificaciones en el artículo 401º del Código Penal no establecían penas más benignas para el favorecido. Asimismo, a fojas 941 del tomo III, en el numeral 5 de Hechos de la acusación fiscal, se precisa que el período es de octubre de 1996 a marzo de 1998; de igual forma, en el considerando cuarto de la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (fojas 211, tomo I), se señala que al favorecido se le atribuye ser titular de cuentas bancarias entre los años 1996 a 1998.

12. En consecuencia, en cuanto a lo señalado en los fundamentos 5, 6, 7, 9 y 11, es de aplicación, a *contrario sensu*, el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de la Denuncia Fiscal N.º 021-2002, conforme a lo señalado en el fundamento 2.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso y a la libertad individual, y de los principios acusatorios de *ne bis in idem* y de retroactividad benigna de la ley penal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA**  
**URVIOLA HANI**

**BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN**

**EXP. N.º 05206-2011-PHC/TC  
CALLAO  
MARÍA CASTRO POMIANO  
A FAVOR DE  
WINSTON ENRIQUE  
ALFARO VARGAS**

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI Y MESÍA RAMÍREZ**

Haciendo uso de la facultad establecida por el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifestamos, a través de este voto, nuestro parecer respecto al caso de autos, parecer que se sustenta en las consideraciones siguientes:

1. En la demanda se alega que el proceso penal cuestionado vulnera el principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*, por cuanto el favorecido viene siendo procesado penalmente por segunda vez (enriquecimiento ilícito), a pesar de que por los mismos hechos ya fue absuelto en una primera oportunidad.

2. Teniendo presente el alegato que sustenta la demanda, consideramos pertinente recordar que el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Esta garantía que prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos también se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.7 dispone que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por [los mismos hechos] por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos este “principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997).

3. En efecto, este principio en su dimensión material o sustantiva prohíbe que nadie pueda ser condenado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme. Y en su dimensión formal o procesal veda que nadie pueda ser juzgado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme.

En materia penal, este principio se vulnera cuando en la doble sanción o en el doble juzgamiento se aprecia que concurre copulativamente la triple identidad de sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal). Sobre la identidad de fundamento resulta importante precisar que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida de que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos penales.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que no se vulnera el mencionado principio cuando se juzga a una misma persona por delitos distintos, a pesar de que sean los mismos hechos (Caso *Oliveira contra Suiza*, sentencia del 30 de julio de 1998). En este supuesto, se acepta que la misma conducta puede generar diversos delitos susceptibles de ser sancionados de forma independiente sin vulnerar el principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*.

4. En el presente caso, si bien en el Exp. N.º 64-01 (primera instancia) y en el Exp. N.º 054-2001-“A” (segunda instancia), se declaró no ha lugar a la apertura de instrucción contra el favorecido por el delito de peculado, ello no impide ni veda que la misma conducta pueda originar una infracción penal diferente (otro delito que no sea peculado) y que ella pueda ser objeto de juzgamiento.

En efecto, en el Exp. N.º 27-2002 se le viene procesando al favorecido por el delito de enriquecimiento ilícito, es decir, que existe una diferente calificación legal sobre el mismo hecho susceptible de ser sancionada, razón por la cual consideramos que no se ha vulnerado el

principio *non bis in ídem* o *ne bis in ídem*, por cuanto no apreciamos que concurra la triple identidad.

Por estas razones, consideramos que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sres.

**VERGARA GOTELLI**  
**MESÍA RAMÍREZ**

UNIDAD III: EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL  
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL  
PERUANO.

2. Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. 00017-2011-PI/TC  
(Lima)

**EXP. N.º 00017-2011-PI/TC**  
**LIMA**  
**FISCAL DE LA NACIÓN**

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

### **I. ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

### **II. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS**

**Artículo 1 de la Ley N° 29703 en el extremo que modifica los artículos 384 del Código Penal (colusión) y 400 del mismo Código (tráfico de influencias)**

**“Artículo 1. Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal**

Modifícanse los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

(...)

#### **Artículo 384. Colusión**

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años

(...)

#### **Artículo 400. Tráfico de influencias**

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal

(...)”.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **3.1. Argumentos del demandante**

El Fiscal de la Nación, Don José Antonio Peláez Bardales, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, Ley que modificó el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, solicita que una vez que se declare fundada la demanda se emita sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la frase “patrimonialmente” del delito de colusión, así como la modificación del artículo 400 del Código Penal, referido al tipo penal del delito de tráfico de influencias, emitiendo a su vez una sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la palabra “real” a fin de descartar cualquier interpretación del citado dispositivo en el sentido de entender que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente real y no aparente.

Alega que la disposición impugnada contraviene los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. En este sentido, sostiene que los referidos tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala que en la sentencia recaída en el expediente N° 019-2005-PI el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el sentido de que *“la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos...”*. Sostiene que los referidos tratados internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 44 de la Constitución Política en tanto que hacen posible la efectividad del bienestar general a través de la sanción de los actos de corrupción que podrían socavarla. También ha señalado que las normas contenidas en los referidos tratados internacionales son normas interpuestas del artículo 43 de la Constitución Política, en la medida que establecen los parámetros generales de carácter internacional de determinación de los actos de corrupción que contravienen las reglas de un Estado Democrático de Derecho y por consiguiente lo ponen en peligro.

A su vez, señala que las referidas normas internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 76 de la Constitución:

*“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.*

Al respecto, señala que el Tribunal Constitucional ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N° 020-2003-AI). Así, la contravención a los principios que se tienden a proteger en las adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario) no precisa de un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, alega que los referidos tratados internacionales contienen normas de desarrollo constitucional en la medida que establecen que no es requisito indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción, entre ellos, colusión (artículo 384 del Código Penal).

Además, la parte demandante afirma que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional que se desprende los artículos 39 y 41 de la Constitución, conforme lo ha

señalado el Tribunal Constitucional en la resolución de fecha 23 de abril de 2007, recaída en el expediente N° 006-2006-PC.

### **3.2. Contestación de la demanda**

El apoderado del Congreso de la República, don Jorge Campana Ríos, se apersona al proceso señalado que siendo que conforme al artículo 99 del Código Procesal Constitucional cuando el Congreso de la República es demandado en un proceso de inconstitucionalidad, “se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto”, de lo que colige que esta obligación de defensa de la ley impugnada no resulta exigible cuando la norma impugnada haya sido derogada. En tal sentido se abstiene de presentar argumentos en contra de los presentados por la parte demandante.

## **IV. FUNDAMENTOS**

### **4.1 Cuestión procesal previa**

1. En cuanto a lo expresado por el representante del Congreso de la República en el sentido de que conforme con el artículo 99 del Código Procesal Constitucional cuando el Congreso de la República es demandado en un proceso de inconstitucionalidad, no cabe presentar argumentos de fondo sobre la ley impugnada cuando ésta ha sido derogada, cabe señalar que ello no es un argumento válido, toda vez que del texto legal citado ni de ninguna disposición del Código Procesal Constitucional se colige que el deber del Congreso de la República de contestar la demanda de inconstitucionalidad cesa con la derogación de la norma. Antes bien, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, (Cfr. Exp. N° 004-2004-AI; 0019-205-PI; 005-2007-PI) la derogación de la norma impugnada no determina necesariamente la sustracción de la materia justiciable en el proceso de inconstitucionalidad, máxime si en la propia resolución de admisibilidad de la demanda se reitera este asentado criterio jurisprudencial.

### **4.2 Sobre la pretendida sustracción de la materia**

2. Con fecha 21 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial la Ley N.º 29758, que establece modificaciones a diversos artículos del Código Penal, entre ellos el artículo 384 (colusión) y el artículo 400 (tráfico de influencias), derogando de este modo la modificación normativa operada a través de la ley cuestionada en el presente proceso de inconstitucionalidad. En efecto, la nueva redacción del artículo 384 del Código Penal (colusión) ha relegado el término “patrimonialmente” a un supuesto agravado contenido en el segundo párrafo del referido artículo del Código Penal y la nueva redacción del artículo 400 (tráfico de influencias) vuelve a incluir el supuesto atinente a las influencias simuladas.

3. Conforme ya se ha expresado en la resolución de admisión de la demanda, de fecha 9 de enero de 2012, la derogación producida no impide que la norma legal en cuestión pueda todavía continuar desplegando sus efectos. Por tanto, la derogación de la norma impugnada no implica necesariamente la sustracción de la materia en la presente demanda de inconstitucionalidad. Ello, a su vez constituye un criterio jurisprudencial reiterado de este Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N° 004-2004-AI, fund 2, 0019-205-PI fund 5, 005-2007-AI, fund 1-5). Por tanto, la presente demanda de inconstitucionalidad merece un pronunciamiento sobre el fondo.

### **4.3 Derecho Penal y Constitución**

4. Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N.º 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal.

6. Es así que este colegiado en anteriores oportunidades ha destacado la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, las que derivan del deber estatal de “(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (artículo 44º de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución) en su dimensión objetiva (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

7. En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:

“...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

(...)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho” (Exp. N.º 0019-2005-PI/TC).

8. Conforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una

protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger. Al respecto, resulta pertinente citar lo ya referido por este Tribunal en el sentido de que:

“(…)el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados”. (Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

9. Así, por ejemplo, este Tribunal Constitucional ha señalado que para el caso de crímenes de lesa humanidad considerar su prescripción (en lugar de su imprescriptibilidad) resultaría indebido de cara al principio de proporcionalidad, tomando en consideración los perjuicios que estos delitos producen en las víctimas y la sociedad en su conjunto (Exp. N° 024-2010-PI/TC, fundamento N° 65). Así también, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de la omisión del legislador de incluir como un supuesto del delito de inasistencia alimentaria aquellos casos en los que el hecho se cometiera entre “compañeros permanentes” (C-16/2004). Con similar criterio la misma Corte en otra ocasión declaró inconstitucional otro vacío de punibilidad en cuanto al delito de desaparición forzada (STC C-100/11).

Conforme a lo expuesto, entonces, es posible señalar que si bien la decisión político criminal de perseguir penalmente una conducta o dejar de hacerlo constituye atribución exclusiva del legislador, dicha decisión debe respetar el marco constitucional.

#### **Estado constitucional y margen de acción del legislador**

10. Ahora bien, no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere *per se* la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (Exp. N° 4235-2010-HC fundamento 33), lo contrario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador.

11. Al respecto, cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. (Exp. N° 4235-2010-HC, fundamento N° 33).

12. Así por ejemplo cuando se cuestionó en esta sede la decisión del legislador de proscribir la concesión de indulto a los condenados por el delito de violación de menor, y este Tribunal confirmó su constitucionalidad, ello no se dio en virtud de considerar que se trataba de un imperativo para el legislador derivado de la norma constitucional sino una posibilidad válida dentro del constitucionalmente posible. (Exp. N° 012-2010-PI; fundamentos 48-49). Ello resulta especialmente relevante para el caso de autos en el que este Tribunal se ve frente a cuestionamientos respecto de decisiones del legislador que a la fecha han sido dejadas sin efecto. De este modo, si este Colegiado confirma la constitucionalidad de alguna de las disposiciones cuestionadas ello no significa automáticamente la inconstitucionalidad de su

posterior modificación. Del mismo modo, la inconstitucionalidad de los supuestos impugnados no comporta necesariamente la validez constitucional de los nuevos supuestos legales, los que no han sido materia de cuestionamiento constitucional.

13. En suma, el poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello es que este Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional.

#### **4.3 Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción**

14. La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”.

15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39º de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Nsº 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44º de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. Nº 008-2005-AI, fundamento Nº 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. Nº 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que:

“Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. (subrayado agregado).

16. A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. Nº 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento Nº 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que

“la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado nuestro).

17. De modo análogo, cabe señalar que este Tribunal para el caso del tráfico ilícito de drogas ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo (Exp. N° 020-2005-AI, fundamento 117-118), del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución.

18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. En este sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida en el artículo 76 de la Constitución:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

19. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N° 020-2003-AI, fundamento 11). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores:

“12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”.

(...)

“16.(...)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]”

(Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos N° 12 y 16).

20. 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.

21. De otro lado, para el caso del delito de tráfico de influencias, de una lectura de la norma penal, tanto en su versión actual como la que es materia de cuestionamiento, se advierte que este delito supone que quien invoca ser titular de influencias reciba “...*donativo o promesa o cualquier otra ventaja*” y que posteriormente el titular de las influencias se comprometa a “...*interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo...*”.

Es decir, la disposición no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares. Al respecto, desde el Derecho penal se ha entendido que la tipificación penal de actos de Tráfico de Influencias supone una suerte de adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa (Cfr. San Martín, et al, Los delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 27). De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.

#### **4.5 Análisis de las normas objeto de impugnación**

##### **Modificación del artículo 384 del Código Penal (colusión)**

22. La demanda cuestiona que la ley impugnada en la parte que se refiere al delito de colusión haga referencia expresa a que la defraudación deba tener carácter patrimonial:

“El funcionario o servidor público que, (...) mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley,...” (subrayado agregado)

23. Conforme a la redacción de la disposición en la versión anterior a la modificación cuestionada, así como en la que la reemplazó, el tipo penal no preveía dicho vocablo. Así, mientras la versión anterior a la modificatoria en cuestión establecía:

“El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados”

La modificatoria posterior a la ley impugnada, ha previsto la configuración de los actos de corrupción a través de dos párrafos. En el primero ya no está previsto el vocablo “patrimonialmente” introduciendo con una distinta redacción la idea primigenia:

“El funcionario o servidor público que,(...) concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley(...)”.

Dicha modificatoria en el segundo párrafo incluye nuevamente el término patrimonialmente para supuestos previstos con una mayor sanción penal:

“El funcionario o servidor público que,(...) mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)”.

24. La disposición contenida en la Ley N° 29703 es cuestionada por considerar inconstitucional la exigencia de perjuicio patrimonial que de ella se deriva. Al respecto, este Tribunal considera imperativo hacer notar que mientras la disposición cuestionada prescribe textualmente “defraudare patrimonialmente”, el sentido interpretativo propuesto por la parte demandante sugiere que ello implica necesariamente un perjuicio patrimonial, aspecto que - de manera previa a valorar la constitucionalidad de la disposición- merece alguna reflexión por parte de este Colegiado.

25. Como se sabe, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo (Exp. N° 010-2010-AI, fundamento 34). No corresponde a este Tribunal, en principio, determinar cuál es la mejor interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. Sin embargo, sí le es posible advertir cuándo estamos ante una interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional. En el ámbito de la aplicación de las normas penales -como ya ha sido referido- será la protección de un bien constitucional lo que autoriza la restricción de la libertad personal a través de la persecución penal. De este modo, resultará contrario a la Constitución poner en funcionamiento la persecución penal sin que ello se vea reflejado en la protección de bienes constitucionales.

26. Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

27. A su vez no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución (ver *supra* fundamentos N° 16 y 17).

28. En este orden de ideas, en cuanto al término “defraudar”, éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (Abanto Vásquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Palestra. 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no

necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término “defraudación” en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial (Cfr. Queralt, Joan. Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona, Bosh, 1987, Volumen II, p. 349; Martínez-Buján, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 549).

29. Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para *“Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”*.

30. En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término “patrimonialmente”, a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de julio del mismo año, que elimina el vocablo “patrimonialmente” del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado. De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador.

#### **Modificación del artículo 400 del Código Penal (Tráfico de influencias)**

31. La parte demandante solicita que a través de una sentencia manipulativa se elimine el término “real” de la redacción del delito de tráfico de influencias en la disposición impugnada:

“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” (subrayado agregado)

32. El objeto de la demanda es evitar que quepa la posibilidad de interpretar dicha disposición en el sentido de que únicamente resultan penalmente relevantes aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes. Conforme a la antigua redacción de la norma, así como la de la norma que reemplazó a la disposición en cuestión, se prevé expresamente:

“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...” (subrayado agregado).

33. Como es de verse, la demanda en este extremo está dirigida a cuestionar la despenalización del supuesto consistente en el tráfico de influencias simuladas. Al respecto, el único fundamento aportado por la parte demandante para cuestionar la constitucionalidad de la modificación del delito de tráfico de influencias operado a través de la ley en cuestión es la pretendida disconformidad con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sin aportar argumento alguno. Al respecto, cabe señalar que es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que al impugnar una norma con rango de ley, se identifique la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas así como ofrecer los argumentos jurídico-constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha afirmado que “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 115).

34. Lo que se cuestiona en el presente caso es la descriminalización de un supuesto de tráfico de influencias. Así, habiéndose tipificado desde un principio el tráfico de influencias reales, como el de influencias simuladas, se cuestiona que por efecto de la ley impugnada el tráfico de influencias simuladas no pueda ser perseguido penalmente. Como se sabe, y conforme a lo ya señalado en la presente sentencia, puede resultar inconstitucional no solo una ley penal que constituye 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 al 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. Además de la existencia de un bien constitucional deberá determinarse que la falta de persecución penal para este supuesto lo deja en indefensión. Para ello, como ya se señaló es necesario el concurso de la parte demandante, quien debe aportar argumentos constitucionales que permitan a este Tribunal dilucidar la pretensión, lo que no se ha dado en el presente caso.

35. En cuanto al único argumento esgrimido por la parte demandante atinente a que la exclusión del supuesto de tráfico de influencias simuladas no es conforme con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cabe señalar que el referido tratado internacional no contiene en estricto un mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias. Este no es el caso, por ejemplo, de los artículos 16, 17 y 23 de la Convención, referidos a la obligación de reprimir soborno de funcionarios públicos extranjeros, la desviación de bienes y blanqueo del producto del dinero, respectivamente, que sí contienen un mandato imperativo para el Estado Peruano. Así, en cuanto al soborno de funcionarios públicos extranjeros se prescribe que: “cada estado parte adoptará las medidas legislativas (...) para tipificar como delito (...)”, en cuanto a la desviación de bienes: “cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otras índole

que sean necesarias para tipificar como delito”, en relación al blanqueo del producto del dinero: “cada Estado Parte adoptará (...) las medidas legislativas (...) que sean necesarias para tipificar como delito..”. En cambio, para el caso del tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe que “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito...”. (subrayado nuestro). De este modo, el Tribunal Constitucional no considera que de dicho tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas.

36. Ahora bien, cabe señalar que la desestimatoria de este extremo de la demanda atinente al cuestionamiento de la descriminalización del tráfico de influencias simuladas no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional. En efecto, en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la **despenalización** de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.

#### **Efectos de la presente sentencia**

37. Si bien el control constitucional de normas legales que han sido derogadas pero producen efectos no resulta inusual en la jurisprudencia constitucional, es preciso que este Tribunal Constitucional despeje cualquier duda que pudiera surgir en los operadores judiciales sobre los efectos de la presente sentencia. Como se sabe, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (...)”. A su vez, ello se ve complementado por la retroactividad benigna de la ley penal. Desde luego, ello está sujeto a que la norma cuya aplicación se solicita sea válida, conforme se dijo en el fundamento 52 de la STC N.º 00019-2005-PI/TC, “la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos”. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, cuando, en el marco de un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384º del Código Penal en su versión modificada por Ley N.º 29703, los jueces del Poder Judicial podrán aplicar dicha disposición siempre que -conforme a lo previsto en la presente sentencia- no se incluya el término “patrimonialmente” en dicho texto normativo.

#### **V. FALLO**

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384º del Código Penal a través de la ley N.º 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”.
2. En consecuencia, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo precisado en el fundamento N.º 37 de la presente sentencia, cuando se invoque la referida disposición no podrán considerar el término “patrimonialmente”.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA  
URVIOLA HANI  
VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ**

**UNIDAD III: EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL  
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO  
PENAL PERUANO**

3. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de las cortes superiores del 21 06 2008 (enriquecimiento ilícito).

**CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL PENAL**

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional <sup>Nacional</sup> ~~Regional~~ Penal con sede en Lima, conformada por los señores Magistrados: Doctora Elvia Barrios Alvarado, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; Doctor Iván Sequeiros Vargas, Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, Doctor Ruben Duran Huaranga Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Doctor Heraclio Munive Olivera Vocal de la Corte Superior de Justicia de Junín, Doctor Carlos Escobar Antezano Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; dejan constancia que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores Magistrados Participantes provenientes de las Cortes Superiores de Justicia de Ancash, Amazonas, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cañete, Callao, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Huarura, Ica, Junín, Lambayeque, La Libertad, Lima, Lima Norte, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Puno, Piura, Del Santa, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

**TEMA I****CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POSTULATORIOS Y DE ACUSACION DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

**1. ¿Es admisible la devolución de la denuncia Fiscal por parte del Juez Penal, si el Ministerio Público no ha individualizado debidamente los cargos?**

**PONENCIA 01:** No es admisible la devolución de la denuncia fiscal por parte del Juez Penal, quien debe emitir la Resolución que corresponda.

**PONENCIA 02:** Si es admisible la devolución de la denuncia fiscal por parte del Juez Penal, quien debe emitir Resolución disponiendo que el Fiscal se pronuncie conforme a Ley.

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 01 votos.**

Por la posición número dos: **Total 73 votos.**

Abstenciones: **01 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número dos que enuncia lo siguiente: Si es admisible la devolución de la denuncia fiscal por parte del Juez Penal, quien debe emitir Resolución disponiendo que el Fiscal se pronuncie conforme a Ley.

2. **¿Puede el Juez en el acto jurisdiccional de calificación de la denuncia fiscal, modificar la propuesta de tipificación del Ministerio Público?**

**PONENCIA 01:** El Juez no puede modificar la calificación jurídica que propone el Ministerio Público.

**PONENCIA 02:** El Juez si puede modificar la calificación jurídica que propone el Ministerio Público.

**PONENCIA 03:** El Juez debe devolver la denuncia al Ministerio Público para que modifique los términos de la calificación penal.

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 20 votos.**

Por la posición número dos: **Total 32 votos.**

Por la posición número tres: **Total 25 votos.**

Abstenciones: **00 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número dos que enuncia lo siguiente: El Juez si puede modificar la calificación jurídica que propone el Ministerio Público.

3. ¿Producida la acusación fiscal (etapa intermedia), la Sala Penal, esta vinculada con dicha acusación o puede ejercer facultades jurisdiccionales de control.

**PONENCIA 01:** Producida la acusación Fiscal, la Sala Penal solo puede dictar auto de enjuiciamiento.

**PONENCIA 02:** Producida la acusación Fiscal, la Sala Penal debe ejercer facultades Jurisdiccionales de control.

De optar por la postura dos, que facultades de control puede realizar la Sala Penal.

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 00 votos.**

Por la posición número dos: **Total 75 votos.**

Abstenciones: **01 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número dos que enuncia lo siguiente: Producida la acusación Fiscal, la Sala Penal debe ejercer facultades Jurisdiccionales de control..

## PODER JUDICIAL TEMA II ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. ¿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?

**Ponencia 1.-** 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.

**Ponencia 2.-** No es necesaria la determinación de una relación causal entre el resultado (enriquecimiento) y el cargo desempeñado por el funcionario público bastando con establecer la condición de funcionario en el periodo del enriquecimiento?

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 57 votos.**

Por la posición número dos: **Total 07 votos.**

Abstenciones: **01 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: 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.

2. **¿Quién tiene la carga de la prueba en la determinación de la existencia o no de un enriquecimiento ilícito?**

**Ponencia 1.** El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición.

**Ponencia 2.-** El enriquecimiento ilícito es un delito de no justificación, por lo que el imputado debe justificar razonablemente la relación entre sus ingresos y egresos.

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 57 votos.**

Por la posición número dos: **Total 07 votos.**

Abstenciones: **01 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición.

### TEMA III PRUEBA DE OFICIO

**PONENCIA 1:** ¿Es admisible la actuación de la prueba de oficio?

De ser afirmativa:

¿Que criterios de oportunidad y modo pueden utilizarse para su introducción y actuación?

**PONENCIA 2.** No es admisible la actuación de prueba de oficio.

#### 1. POSICIONES

Luego del debate plenario se pudieron extraer las siguientes posiciones:

**Posición número uno:** Si es admisible la actuación de prueba de oficio bajo los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, complementariedad (prueba por prueba) sobre los hechos propuestos materia de debate y deben ser sometidos a contradicción.

**Posición número dos:** No es admisible la actuación de prueba de oficio.

1. **VOTACIÓN:** Acto seguido, la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número uno: **Total 70 votos.**

Por la posición número dos: **Total 03 votos.**

Abstenciones: **00 votos.**

2. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: Si es admisible la actuación de prueba de oficio bajo los principios de excepcionalidad, subsidiariedad,

complementariedad (prueba por prueba) sobre los hechos propuestos materia de debate y deben ser sometidos a contradicción.

#### TEMA IV

#### DETERMINACION DE LA PENA

#### 1.- ¿Qué criterios se deben utilizar para determinar la pena en el caso de la Reincidencia y la Habitualidad?

##### 1. PROPUESTA

Los señores magistrados luego de la deliberación respectiva propusieron lo siguiente:

Que las conclusiones de los grupos de trabajo deben ser consolidadas por la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la República para su consideración en el Pleno Casatorio Penal a llevarse a cabo en el mes de Julio del año en curso.

2. **VOTACIÓN:** Sometido a debate al propuesta efectuada se obtuvo el siguiente resultado:

Por su aprobación: Total 73 votos.

En contra de su aprobación: Total 00 votos.

Abstenciones: 01 votos.

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORIA** el Pleno acuerda aprobar la siguiente propuesta: Que las conclusiones de los grupos de trabajo deben ser consolidadas por la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la República para su consideración en el Pleno Casatorio Penal a llevarse a cabo en el mes de Julio del año en curso

Lima, 21 de junio de 2008.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

DURAN HUARINGA

SEQUEIROS VARGAS

MUNIVE OLIVERA

ESCOBAR ANTEZANO

The image shows several handwritten signatures and scribbles in black ink. At the top, there is a signature that appears to be 'Eduardo...' followed by a large, sweeping flourish. Below this, there is a signature that looks like 'Duran' with a horizontal line through it. Further down, there is a signature that appears to be 'Sequeiros' with a large, sweeping flourish. Below that, there is a signature that looks like 'Munive' with a large, sweeping flourish. At the bottom, there is a signature that looks like 'Escobar' with a large, sweeping flourish. The signatures are written over the printed names of the judges.