



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

Centro de Estudios en Derecho Penal

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2015: APROXIMACIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL (PARTE II)



Director de Investigación:

✚ Prof. Dr. Felipe Villavicencio
Terreros

Integrantes:

- ✚ Burgos Torres, Néstor Adrián
- ✚ López Arenas, Magaly Elizabeth
- ✚ Moreno Nieves, Jefferson
- ✚ Paredes Ríos, Martín Alexander
- ✚ Tasayco Arias, Nelson Saúl





USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO PENAL

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2015: APROXIMACIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL (SEGUNDA PARTE)

Director de Investigación:

Dr. Felipe Andrés Villavicencio Terreros

Integrantes:

Burgos Torres, Néstor Adrián

López Arenas, Magaly Elizabeth

Moreno Nieves, Jefferson

Paredes Ríos, Martín Alexander

Tasayco Arias, Nelson Saúl

LIMA-PERÚ

Noviembre 2016

INDICE

PRESENTACIÓN	2
INTRODUCCIÓN	5
EL DELITO DE INSTIGACIÓN AL SUICIDIO REGULADO EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL	6
EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL	27
LA APLICACIÓN DEL ELEMENTO CONTEXTUAL EN EL DELITO DE TORTURA. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA JUDICIAL PERUANA Y EL GIRO QUE PRESENTA EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL	56
LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	72
EL DELITO DE PECULADO	95

PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP) de la Facultad de Derecho presenta la investigación titulada *“Análisis del Proyecto de Código penal de 2015: aproximaciones desde la dogmática penal y la política criminal (Segunda Parte)”* que he tenido el honor de dirigir y que ha sido elaborada durante el año académico del 2016 por los miembros del Centro: *Néstor Adrián Burgos Torres, Magaly Elizabeth López Arenas, Jefferson Moreno Nieves, Martín Alexander Paredes Ríos y Nelson Saúl Tasayco Arias.*

Como en la anterior oportunidad, con ocasión de la reforma penal en curso que sigue siendo materia de actual debate, la investigación incluyó temas que no habíamos tratados en la entrega anterior y en el desarrollo de las diferentes contribuciones académicas se ha buscado desarrollar una crítica valorativa de la reforma penal con el objetivo de contribuir con el análisis y ejercicio racional del derecho penal.

Néstor Adrián Burgos Torres presenta su trabajo sobre *“El delito de instigación al suicidio regulado en el proyecto de ley del nuevo Código Penal”*. El artículo tiene como objetivo principal comprender las razones por las que en el nuevo proyecto de reforma del código penal, el legislador sigue sancionando la conducta de instigación al suicidio. Para ello, el autor desarrolla el estudio del suicidio, desde diferentes ópticas, además, toma en consideración como la legislación comparada regula este tipo de conductas. También expresa las deficiencias jurídicas contenidas en la redacción de este tipo penal. La investigación permite concluir que el estado criminaliza la participación del tercero en la determinación autónoma del suicida, rompiendo con una de las reglas de la teoría de participación, con la finalidad de proteger la vida, de quien ya no quiere seguir viviendo.

Magaly Elizabeth López Arenas presenta su investigación sobre *“El delito de colusión en el ordenamiento penal peruano: A propósito del proyecto de ley de nuevo Código Penal”*. La autora estructura un recorrido evolutivo del delito de colusión, teniendo en cuenta las diversas problemáticas planteadas como la distinción entre peligro o de resultado en la estructuración del injusto penal, el ámbito de aplicación, así como si era necesaria la exigencia del perjuicio patrimonial para que se vulnere la norma penal; siendo ello determinante para emitir una opinión crítica del referido delito contenido en el art. 617° del Proyecto de nuevo Código Penal.

Jefferson Moreno Nieves nos presenta su investigación sobre *“La aplicación del elemento contextual en el delito de tortura. Análisis de la práctica judicial peruana y el giro que presenta el proyecto de nuevo código penal”*. Moreno nos informa que los delitos contra la humanidad fueron incorporados al Código Penal de 1991 a través de la Ley N° 26926 y uno de los temas objeto de discusión se encuentra centrado en si el elemento contextual “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” constituye un elemento objetivo del tipo penal de tortura recogido en el título XIV-A. El proyecto de Código Penal agrava la problemática, diferenciando el delito de tortura como un delito contra el derecho internacional de los derechos humanos y el tipo penal de tortura como un crimen de lesa humanidad, diferenciándolos precisamente con la no concurrencia del elemento contextual en el primero, pero si en el segundo. Las consecuencias de esta diferenciación llevan a que los casos conocidos por la Sala Penal Nacional tengan que

ser reexaminados por la exigencia de concurrencia o no del elemento contextual en los tipos penales denominados contra la humanidad.

Martín Alexander Paredes Ríos presenta su trabajo sobre *“La problemática del aborto en la reforma del Código Penal”*. Es importante que la labor legislativa se vea sustentada en el trabajo científico y académico, dejando al lado percepciones morales. Señala el autor que en el caso del aborto los juristas se encuentran ante una gran problemática dado que existen sectores de la sociedad que aún mantienen creencias que alejan la solución.

Nelson Saul Tasayco Arias presenta su investigación sobre *“El Delito de Peculado”*. El trabajo tiene como finalidad el análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal de peculado (doloso, culposo, de uso, por extensión) regulado en nuestra actual legislación penal, dónde se evidencian algunos problemas que se han suscitado en nuestra casuística penal y las soluciones que le han dado nuestros Tribunales a estos casos, contrastándolo con la propuesta del Proyecto de Nuevo Código Penal.

Para concluir, felicito a los alumnos integrantes del Centro de Estudios de Derecho Penal a quienes agradezco por su iniciativa y constancia en la elaboración de sus respectivos trabajos de investigación. Como en la anterior entrega, vuelve a merecer un reconocimiento Magaly López Arenas por su valioso trabajo de coordinación. Estas contribuciones académicas muestran el nivel que progresivamente van adquiriendo las investigaciones de naturaleza penal en nuestra Facultad de Derecho. En ellas se observa el buen manejo de las categorías del derecho penal, la política criminal y de la metodología de la investigación. Es importante que estas iniciativas continúen de manera que se promueva y se logre un desarrollo sostenible de la investigación jurídico penal en nuestra Facultad de Derecho.

La Molina, noviembre 2016.

Prof. Dr. Dr. h.c. Felipe Villavicencio Terreros

Presidente del Centro de Estudios en Derecho Penal

Introducción

Las sendas correcciones efectuadas al Proyecto de Ley N.º 3491/2013, no han hecho sino poner de manifiesto la ausencia de una reflexión técnica previa al intento de reformar nuestro Código Penal, ello debido a los diversos desaciertos jurídicos que han generado cierto rechazo de parte de la doctrina nacional. Sin embargo, merece reconocer que el referido proyecto contiene además interesantes propuestas que, pese a ello, requieren también ser discutidas.

El objetivo es claro: el Código Penal debe ser un instrumento legal coherente con la Constitución y eficaz para la lucha contra la criminalidad en el marco de un Estado de Derecho. Ello implica asumir que en la actualidad se exige una política de prevención, en donde el instrumento normativo penal cumpla un rol social que le corresponde, y no sea asumido como la fórmula para resolver por sí mismo los grandes problemas que aquejan.

Con ocasión del Proyecto de Código Penal del 2015 que continúa siendo objeto de debate, el presente trabajo en conjunto contiene temas de investigación que incluyen algunas de sus más importantes figuras. Por la envergadura del trabajo se eligieron determinados puntos vinculados a la parte especial del derecho penal como el delito de Instigación al Suicidio, Aborto, Tortura, el delito de Colusión y Peculado. Así, se ha buscado desarrollar una crítica valorativa del proyecto con el objetivo de contribuir con el análisis y ejercicio racional de la reforma del Código Penal.

**El delito de instigación al suicidio regulado en el proyecto de ley del nuevo
Código Penal**

Néstor Adrián Burgos Torres

EL DELITO DE INSTIGACIÓN AL SUICIDIO REGULADO EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL¹

AIDING SUICIDE REGULATED IN THE BILL OF NEW CRIMINAL CODE

Sumilla: 1. Introducción. 2. El suicidio. 3. Regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio en el código penal de 1991. 4. Regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio en el proyecto del código penal (2005). 5. Legislación comparada. 6. La participación en el código penal. 7. Forma imperfecta de ejecución del delito: la tentativa. 8. Conclusiones. 9. Recomendaciones.

Resumen:

Este artículo tiene como objetivo principal comprender las razones por las que en el nuevo proyecto de reforma del código penal, el legislador sigue sancionando la conducta de instigación al suicidio. Para ello en el presente artículo he realizado un estudio del suicidio, desde diferentes ámbitos; además, he tomado en consideración como la legislación comparada, regula este tipo de conductas. Del mismo modo, expreso las deficiencias jurídicas contenidas en la redacción de este tipo penal. La presente investigación permite concluir que el estado criminaliza la participación del tercero en la determinación autónoma del suicida, rompiendo con una de las reglas de la teoría de participación, con la finalidad de proteger la vida, de quien ya no quiere seguir viviendo.

Palabras clave: suicidio, instigación, ayuda al suicidio, vida humana independiente, tentativa, dominio del hecho, legislación comparada, reforma del código penal.

¹ Artículo elaborado por Néstor Adrián Burgos Torres (nestor_burgos@usmp.pe), alumno del X ciclo de la facultad de derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.

Abstract:

This article has like main target it is to understand the reasons for that in the new project of reform of the penal code, the legislator continues sanctioned the aiding suicide. For it in the present article I have developed have realized a study of the suicide, from different ambiences; also, I have taken in consideration as the compared legislation, it regulates this type of conducts. In the same way, I express the juridical shortcomings contained in the writing of this penal type. The present investigation allows to conclude that the state criminalizes the participation of the third one in the autonomous determination of the suicide, breaking with one of the rules of the participation theory, for the purpose of protecting the life, of whom he does not want already to keep on living.

Keywords: Suicide, instigation, help to the suicide, independent human life, tentative, domain of the fact, compared legislation, reform of the penal code.

1. Introducción

El proyecto de Ley del nuevo código penal, elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, presenta varias reformas al vigente código penal; siendo que en algunos artículos existe una mejor redacción; empero, en algunos aspectos aún existe algunos desaciertos jurídicos.

En el presente artículo, realizare un análisis del artículo 231° del proyecto del nuevo código penal, que sigue regulando el delito de instigación al suicidio; al respecto no podemos soslayar, que en este proyecto de ley, se ha obtenido un avance; en virtud de que, se deja de reprimir la conducta del sujeto que ayuda a otro a suicidarse; así mismo, expondré la justificación del legislador peruano, para seguir regulando el delito en mención, la misma que está dotada de autonomía para seguir sancionando a una persona –entiéndase al instigador- que no tiene el dominio del hecho, ya que, de lo contrario se está rompiendo con una de las reglas de la teoría de la participación; toda vez que, el suicidio es una conducta atípica e impune, por lo que, siendo ello así no se debería sancionar las conductas de los partícipes –que comprende al instigador y cómplice.

Por otro lado, cabe advertir que en la redacción de este tipo penal surge otro desacierto jurídico, toda vez que, se está sancionando con la misma pena, sin distinguir si el suicidio se consumó o quedo en grado de tentativa; es decir, se omite los dispuesto en la parte general del mismo cuerpo normativo, que expresa que cuando el delito quede en grado de tentativa, el juez va reducir prudencialmente la pena.

En este contexto, este presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de la inadecuada redacción de este tipo penal, y para ello, primero desarrollare el tema del suicidio desde diferentes ámbitos. Seguidamente se detalla la regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio en el código penal vigente y en el nuevo proyecto del código penal. Posterior a ello, se alude a la institución de la participación en el código penal y se desarrolla las formas imperfectas de ejecución del delito. Y para un mejor análisis se examina como regulan las legislaciones extranjeras este tipo penal. Finalmente, se esboza una conclusión y recomendación centrada en el análisis jurídico de este tipo penal.

Lo expuesto alcanza su justificación en los inconvenientes que presenta el delito de instigación al suicidio, en virtud de que, aun se sigue sancionando al partícipe –entiéndase al instigador- de una conducta que no es considerada delito; más aún, las incógnitas están orientadas a determinar si se debe sancionar esta conducta cuando no se llegue a consumar el suicidio.

2. El suicidio

2.1. Suicidio desde el punto jurídico

A manera de preludio, cabe mencionar que el suicidio es la conducta por la que un ser humano se quita la vida, la misma que goza de capacidad jurídica de decidir sobre su autoeliminación. La palabra suicidio proviene de las voces latinas “sui” (de sí mismo) y “cidium” (asesinato muerte), esto es, matarse a sí mismo. De allí, que se defina al suicidio como el acto voluntario de quitarse uno mismo la vida. (Salinas Siccha, R., 2015)

Como en el suicidio, el sujeto se quita su propia vida, su conducta no constituye delito, toda vez que, que no se está produciendo la muerte de otra persona, por lo que su conducta no se subsume en ningún tipo penal que protege la vida humana; aunado a ello, se debe tener en cuenta que el estado no se puede inmiscuir en la esfera más íntima del ser humano.

Como apunta Roy Freyre (1986) la no incriminación del suicidio, pues, es de lógica incontestable. Si el sujeto ha consumado su decisión suicida, la que en última instancia solo él controla, pierde todo sentido una sanción post mortem, la misma que de ser posible aplicarla devendría transpersonal e inhumana. Por otro lado, si el suicidio se ha frustrado, la amenaza de la pena tal vez habrá de constituir un motivo más que, agregado a los ya existentes, precipitarían un nuevo intento, en esta oportunidad tomando todas las precauciones para no fallar.

Ahora bien, en nuestro sistema penal sólo cometen el mencionado ilícito las terceras personas que instigan y/o ayudan a otra persona a cometer su propósito de quitarse la vida, teniendo en cuenta que éste es quien voluntariamente decidió quitarse la vida y tiene el dominio de tal hecho.

El profesor Villavicencio Terreros (2014) señala que el legislador penal incrimina el delito de instigación o ayuda al suicidio como un delito autónomo, elevando de este modo a delito la

participación en un hecho no prohibido por ley, dado que si no existiera esta tipificación expresa estaríamos frente a una conducta atípica penalmente.

De lo expuesto anteriormente, se tiene que el estado pretende garantizar el bien jurídico vida, así el titular no tenga la intención de seguir viviendo, y para ello, criminaliza la conducta de personas que puedan prestarle ayuda y/o determinen a otra persona de suicidarse, pero no podemos soslayar que, tal criminalización no cumpliría con su efecto disuasivo, toda vez que, al final quien tiene el dominio del hecho es el propio suicida y no el instigador o el que le presta ayuda, es de verse también, que si éste sujeto ya tomó la decisión de quitarse la vida, buscaría lograrlo de cualquier forma.

2.2. Suicidio desde el punto de vista clínico

Según la guía práctica de paciente con conducta suicida – MINSA, el comportamiento suicida es una condición clínica que se define como el desarrollo del pensamiento suicida pudiendo llegar hasta el acto suicida consumado. Se puede originar esta conducta en función a una decisión voluntaria, motivos inconscientes, en estados psicopatológicos que cursan con alteraciones del afecto, del pensamiento, de la conciencia y de los impulsos. Cabe agregar que, ello se origina en personas de estrato social bajo, relacionado a la frustración y carencias, asimismo, se tiene que en estudios post mortem se muestra que entre el 25% a 75% de suicidios consumados padecían algún tipo de afectación somática, siendo que entre las patologías presente era el SIDA, cáncer. En relación a los trastornos mentales y los intentos de suicidios, encontramos que la depresión es hallada en un 75% de los pacientes. Además, existe estudio en que se encuentra que el riesgo de suicidio en alcohólicos es de 60 a 120 veces mayor en alcohólicos que en la población general. Asimismo, los antecedentes de Maltrato Físico, Sexual y Psicológico, son factores directamente vinculados a las conductas suicidas, ya sea como antecedentes o recientes. Así como conflictos Familiares y/o Pareja, se les considera los estresores psicosociales más fuertemente vinculados con la conducta suicida. Otro factor determinante, es la pérdida Parental, donde se ha encontrado que las féminas son más vulnerables a pérdidas parentales tempranas.

2.3. El suicidio desde el punto de vista religioso.

Desde este punto de vista el suicidio va en contra de la inclinación natural; toda vez que, la razón humana percibe el motivo para amarse a sí mismo y su ordenación hacia Dios: “Matarse a sí mismo va contra la caridad, según la cual cada uno debe amarse a sí mismo”. Asimismo, desde esta concepción se tiene que el suicidio atenta contra las obligaciones que el ser humano tiene para con la sociedad, es decir, desde su punto de vista todo hombre es parte de la comunidad, por lo que, el hecho de matarse procura un daño a la sociedad. Del mismo modo, cabe advertir que la practica suicida viola los derechos de Dios; toda vez que, la muerte no obedece al libre albedrio del ser humano, sino de la potestad divina. Dicho lo anterior, se desprende que la religión, es de la concepción que la muerte de un ser humano depende de la gracia divina de dios, más no de ser el humano.

3. Regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio en el código penal de 1991

3.1. Descripción típica

Artículo 113°.- El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta.

3.2. Bien jurídico protegido:

En el mencionado ilícito penal se protege la vida de quien, paradójicamente, ya no desea seguir viviendo, más allá de su propia voluntad, sancionándose a quien lo instiga al suicidio y a quien lo ayuda a realizarlo. (Bramont, L. y García M., 2015), Como bien se sabe, la doctrina es unánime en afirmar que el bien jurídico es la vida humana independiente.

3.3 Imputación objetiva.

3.3.1 Sujeto activo.

Puede ser cualquier persona, toda vez que estamos frente a un delito común, ya que el tipo no exige una condición o cualidad especial del agente para que cometa el delito.

El sujeto activo será quien participa en el suicidio de otro, ya sea mediante actos de colaboración, ya sea mediante actos de instigación.

3.3.2. Sujeto pasivo.

Solo pueden ser víctimas aquellas personas que tienen capacidad para entender el significado de suicidio, es decir, si la persona no entiende ya sea por la edad, defecto físico o psicológico, el significado de quitarse la vida, no podrá ser sujeto pasivo de las acciones delictivas en comentario. Si la conducta del sujeto activo se dirige a este tipo de personas, cometerá homicidio. (Salinas Siccha, R., 2015)

Se trata de un sujeto pasivo con una decisión adoptada de forma voluntaria y autorresponsable el de no seguir viviendo. (Villavicencio, F., 2014)

3.3.3. Conductas típicas.

Como bien sabemos, el artículo 113° del código penal, regula dos acciones delictivas:

3.3.3.1. Instigación al suicidio

Esta conducta típica de instigar consiste en inducir, incitar, persuadir, convencer o determinar a otro, el titular del comportamiento a suicidarse. (Villa, J., 1997)

Dicho lo anterior, se entiende que el agente debe de valerse de medios y/o argumentos que revistan de seriedad, los cuales deben despertar la intención de matarse, quien no lo tenía planeado, el mismo que voluntariamente pondrá fin a su vida. Cabe agregar, que si la persona ya tenía planeado suicidarse, sin que el instigador tenga una intervención determinante en dicha decisión, su comportamiento sería atípico.

Como apunta Peña Cabrera Freyre, R, (2014) la instigación es concebida en la doctrina como una presión psicológica intensa que ejerce el instigador, sobre el instigado, para que éste último dé concreción material a un hecho punible determinado. Siguiendo este orden de ideas se debe tener en cuenta que el mero consejo y/o sugerencia, no revisten de tal seriedad suficiente como para determinar en otra persona la realización de un hecho criminal.

Siguiendo este orden de ideas, cabe agregar que la instigación es una conducta comisiva, y de ninguna forma cabe de forma omisiva, ello, en razón, que la conducta se instigar supone de actos positivos orientados a determinar psicológicamente a otro la voluntad de suicidarse.

Aunado a ello, cabe anotar que, en tanto la instigación al ser una forma de participación delictiva, para poder sancionar esta conducta resultaría indispensable que el suicida siga conservando el dominio del hecho, lo que implica que, en última instancia, la decisión final respecto a su propia muerte siga dependiendo de su absoluta voluntad.

Entonces, debe quedar claro, que para que se reprima esta conducta delictiva, el agente debe desplegar palabras verbales o escritas, así como fotografías trucadas, las mismas que deben ser categóricas, directas y convincentes, para que influya en la psiquis de quien no tenía en mente suicidarse, y que a raíz de tales actos, toma decisión de dar fin a su vida, sin soslayar, que éste tiene el dominio de tal hecho, por lo que la punición del instigador depende si éste se lograr suicidar o al menos lo intenta.

3.3.3.2. Ayuda al suicidio.

Esta modalidad consiste en ayudar materialmente al suicidio de otro antes o durante su ejecución. Por lo que esta conducta típica se materializa cuando el agente presta auxilio al que ya ha decidido suicidarse, cabe agregar que se permite cualquier forma de participación, la misma que debe ser eficiente para el cometido de tal propósito.

Como señala el profesor, Villavicencio Terreros, Felipe (2014) la prestación de la ayuda al suicidio debe ser eficaz para su realización, el que implica, que la idea suicida ya exista e la cabeza del que se piensa quitar la vida, lo que hace el cómplice es materializar la idea del suicida.

Es más a esto, cabe agregar que la ayuda que presta el agente debe ser uno que sea indispensable y necesario para realizar tal propósito, aunado a ello, no debemos soslayar, que la víctima es quien ejecuta por su propia decisión de suicidarse, caso contrario, de participar en la ejecución no estaríamos frente a este tipo penal, sino de homicidio; entonces debe quedar claro que el suicida debe conservar pleno dominio sobre su propia muerte.

En ese mismo sentido Salinas Siccha, R. (2013) indica que si el agente, además de proporcionarlos instrumentos para el suicidio, también los maneja, ejecutando personalmente la muerte, aparecerá la figura del homicidio, pero jamás la hipótesis en análisis. Resultando condición sine qua non de la hipótesis de ayuda al suicidio que el suicida y no el ayudante tenga el dominio del hecho.

Del mismo modo, cabe agregar que la aportación que realiza el agente debe ser efectiva e idónea para perpetrar el propósito de quien decidió suicidarse, por lo que si el suicida logra su cometido valiéndose de otros medios, no sería punible la intervención del agente, toda vez que no revestía de eficacia para producir el resultado que buscaba dicha persona, aunado a ello, debe tenerse en cuenta que el agente debe tener pleno conocimiento que está ayudando a una persona para que se auto elimine, caso contrario, su conducta puede ser amparada bajo el principio de confianza, lo que resultaría atípica tal conducta.

3.3.4. Circunstancia agravante

Siguiendo al profesor Roy Freyre (1986) quien señala que en este supuesto la motivación que impulsa al agente no puede estar inspirada, para ser delictiva, en un propósito noble o de carácter altruista. Por el contrario, al actor debe proceder movido por un interés mezquino, sea económico, laboral, político, sexual.

3.4 Imputación subjetiva.

Se debe tener en cuenta que para ambas conductas delictivas, el agente debe actuar dolosamente, teniendo en cuenta que el contenido de la voluntad con que actúa el agente es distinta según se actúe en calidad de instigador, donde el agente quiere lograr que en el otro surja la intención de suicidarse, o en calidad de colaborador, donde simplemente sabe y presta ayuda a que otro se quite la vida. (Bramont L. y García, M., 2015)

4. Regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio en el proyecto del código penal (2015)

4.1 Descripción típica

Artículo 231°.- El que instiga a otro al suicidio es reprimido, sólo si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actúa por un móvil egoísta.

4.2. Consideraciones generales.

Si bien es cierto, que en el proyecto de reforma del código penal (2015), el legislador ya no criminaliza la conducta del agente que ayuda al suicidio, siendo que desde mi punto de vista, ha realizado una mejora en la redacción de éste tipo penal; toda vez que, se debe tener en cuenta que la conducta que despliega el agente al cooperar, no reviste de desvalor de acción suficiente, como para considerarla intolerable y que afecte la convivencia pacífica de la sociedad, y ello lo sustento en razón a que sería injustificado sancionar a una persona que solo presta ayuda, a quien ya tomó la plena decisión de quitarse la vida, más aun debemos tener en cuenta, que si dicho agente no lo ayuda, éste se valdrá de cualquier forma para cometer su propósito; aunado a ello, no debemos soslayar que dicho agente no tiene el dominio del hecho; detentando el dominio quien ya decidió matarse; por lo que, a mi parecer esta conducta delictiva siempre va a depender del actuar de quien decidió suicidarse por sí mismo. Por otro lado, cabe mencionar, que dicho tipo penal ha caído en desuso en la praxis judicial, toda vez que, resulta dificultoso en el proceso demostrar la responsabilidad del agente.

5. Legislación comparada

5.1. Código penal de España

ARTÍCULO 143,1 dice: El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Como se desprende del primer párrafo del mencionado artículo, la acción consiste en inducir o determinar a otra persona a que se suicide, debiendo tener en cuenta que tal inducción ha de ser directa y eficaz, siendo indiferente el medio empleado para hacer surgir la determinación de quitarse la vida.

Como apunta Vives (2004) en la inducción se trata de convencer a alguien que no había pensado en suicidarse, de que lo haga. Influir directamente sobre todo, convenciéndole para que lleve a cabo su suicidio, resolución que no hubiera adoptado sin tal influencia exterior. Cabe mencionar, que la comisión de este delito es posible de manera dolosa.

ARTÍCULO 143,2 dice: Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”

Del contenido del segundo párrafo del citado cuerpo legal, es de advertir que el legislador español sanciona con pena leve, cuando el delito ha quedado e grado de tentativa; es decir, realiza una proporcionalidad del daño ocasionado.

En el mismo sentido, VIVES (2004), refiere que la especial punición de la cooperación necesaria se debe a que el sujeto pone una condición que suprimida mentalmente no se produciría el resultado, es decir, sin la cooperación el resultado no se produciría.

5.2 Código Penal de Argentina

ARTICULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Al respecto, FONTÁN (2005), razonando con un criterio jurídico no del todo inexacto, se ha señalado que no constituyendo como delito el suicidio, mal podría pensarse forma alguna de participar en él. Sin embargo, la participación o instigación al suicidio aparece tipificado dentro de un gran número de Códigos contemporáneos, como se puede apreciar en el artículo 83 del Código, donde se considera como figura autónoma la instigación o la ayuda al suicidio, siempre y cuando se haya consumado o exista la tentativa, considerándose como un delito de daño, solo cuando la participación del autor no intervenga directamente en el suicidio, ya que de lo contrario se consideraría como el delito de homicidio, por ello es que la acción penada como se especifica es el instigar a otro, generando un suicidio.

5.3. Código penal de Colombia

Artículo 107. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

6. La participación en el código penal.

Es sabido por todos, que en la comisión de ilícitos penales, intervienen otras personas que contribuyen de alguna manera en la materialización del mismo, es por ello, que nuestro legislador ha regulado dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

Es de advertir, que el partícipe no tiene el dominio del hecho, siendo que sus actos no lesionarán al bien jurídico lesionado o puesto en peligro; empero, su conducta es reprochable penalmente ya que contribuye al autor a lesionar un bien jurídico.

Como señala el profesor Villavicencio Terreros (2014) partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor. Entonces, claro está que el partícipe interviene en un hecho ajeno a él, por lo que es indispensable que exista un autor de un hecho delictivo; caso contrario sería imposible que se reproche la conducta de un partícipe, cuando no exista un autor de tal hecho delictivo.

6.1. Principio elemental para la imputación de la participación

6.1.1. Principio de accesoriadad limitada.-

Este principio hace referencia que el partícipe desarrolla una actividad que se encuentra en dependencia respecto a la del autor; por lo que, la participación no constituye un tipo delictivo autónomo, sino un mero concepto de referencia, cuya responsabilidad depende de determinados presupuestos del acto principal.

La accesoriedad limitada requiere, de un hecho principal realizada por el autor, conducta que debe ser típica y antijurídica, no siendo necesario que sea responsable penalmente (Villavicencio, 2014).

6.2. Formas de participación:

6.2.1. Instigación.-

De acuerdo al artículo 24° del código penal es instigador: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

De la descripción del mencionado artículo se desprende que instigador es aquel que de manera consciente e intencional determina a otro a cometer un hecho delictivo; pero, no participa en la ejecución del mismo, porque de ser así, sería autor de tal hecho.

Asimismo, de acuerdo a Villav. J. (2014), cabe precisar que el instigado es el autor quien por lo demás domina el hecho a diferencia del instigador que no lo domina.; aunado a ello, no se debe soslayar que resulta inviable que se dé una instigación imprudente.

Peña Cabrera (2015) señala que la instigación supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, a diferencia de la autoría mediata, es el hombre de adelante (inducido), quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que solo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal.

Dicho lo antes mencionado, permite afirmar que se trata de una conducta concreta en la que el instigador se dirige hacia una determinada persona, para que éste realice un hecho delictivo. Cabe mencionar, que el instigado no tenía en mente la realización del mismo, sino que el instigador le hace nacer la idea de cometer un ilícito. Debemos tener en cuenta, que el instigado debe cometer un hecho delictivo descrito en el tipo penal o al menos deba quedar en grado de tentativa, en caso de delitos de resultado.

Asimismo, es menester señalar que el instigador se puede valer de cualquier medio; sin embargo, se debe tener en cuenta que el mismo debe ser idóneo, eficaz para generar la idea de realizar un delito.

6.2.2. Complicidad.-

Según lo establecido en el artículo 25° del código penal, es cómplice: El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”

Del mencionado artículo, se desprende que el cómplice si participa activamente en la realización del hecho punible, empero, no tiene el dominio del hecho. En esta forma de participación el cómplice contribuye al autor mediante actos de colaboración para la comisión den un hecho delictivo. Asimismo, es de advertir que la colaboración puede o no resultar indispensable para la perfección de hecho delictiva, siendo necesario que el cómplice deba saber y quiera prestar apoyo y/o ayuda a la materialización de un hecho delictivo ajeno a él.

En consecuencia, como apunta Peña, R. (2015) el cómplice ayuda y auxilia al autor para que este pueda finalmente cometer el delito.

6.2.2.1 Cómplice primario:

Es aquella persona que otorga un aporte esencial al autor de un hecho delictivo; sin el cual no se hubiera realizado el mismo. Entonces es de advertir, que al aporte desplegado debe ser necesario e indispensable para que el autor pueda realizar un hecho delictivo. Cabe mencionar, que el cooperador no responde por el exceso que pudiera cometer el autor.

6.2.2.2 Cómplice secundario:

Es aquella persona que ha contribuido en la realización de un hecho delictivo; pero, dicho aporte no es indispensable para que el autor realice su cometido, el mismo que es reprochado penalmente. En esta forma de participación la intervención del sujeto es tan poco importante que de faltar su aportación, igual se habría cometido el ilícito penal.

7. Forma imperfecta de ejecución del delito: la tentativa.

7.1. La tentativa.

La tentativa constituye un grado de desarrollo del delito, en el cual no se ha llegado a consumar la lesión del bien jurídico; es decir, el agente da inicio a su resolución criminal, pero, no se llega a completar el resultado de su acción típica. Como apunta el profesor VILLAVICENCIO TERREROS (2014) la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendiente a alcanzar la consumación.

Pues como bien, en la doctrina nacional la tentativa forma parte de las fases del delito, el cual es entendido que el sujeto activo empieza a ejecutar su plan criminal, no llegándose a concretar; al respecto, cabe mencionar que las mismas se pueden originar por causas voluntarias o involuntarias. Asimismo, se debe tener en cuenta en los delitos de peligro abstracto es inviable la admisión de la tentativa. Por otro lado, es menester referir que la tentativa tiene efectos resaltantes, porque de la lectura del artículo 16° del código penal, se desprende que en estos casos, el juez al momento de imponer la pena, la reducirá prudencialmente, atendiendo a que existe un menor desvalor respecto al delito consumado.

7.1.1. La tentativa acabada.

Se refiere cuando el agente conforme a su plan criminal ha realizado todos los actos necesarios para su consumación; sin embargo, no se llegó a concretar la misma. Al respecto PEÑA CABRERA (2015) señala que el autor según su representación mental, ha realizado todos los pasos necesarios, para que su plan criminal se concrete materialmente, esto es, se han agotado conductivamente todos los elementos que dan lugar a la realización típica.

7.1.2. La tentativa inacabada.

Estamos frente a ese supuesto cuando el agente no realiza todos los actos necesarios para consumar su delito. Como señala VILLA STEIN (2014) a la tentativa inacabada se le llama tentativa simple y pura o propiamente tentativa, porque el sujeto activo no llega a realizar todos los actos que hubieren sido necesarios al propósito frustrado, de malograr el bien jurídico.

Ahora bien, una vez desarrollado los aspectos generales del código penal, resulta oportuno realizar un análisis de la tentativa en la instigación al suicidio, y se puede afirmar que de la lectura del referido cuerpo legal, se tiene que el agente haya introducido mediante medios idóneos al suicida la idea de quitarse la vida, siendo que éste al haber sido convencido por el sujeto activo, haya empezado a la ejecución de tal hecho, para que el agente responda por este tipo penal. De lo dicho, se aprecia que al legislador no le interesa si se llegó a consumir o no el suicidio, ya que sanciona con las mismas penas el suicidio tentado y consumado; cabe agregar que, el problema se presenta cuando en delito queda en grado de tentativa, ya sea acabada y/o inacabada.

Siguiendo este orden de ideas, cabe agregar que en el supuesto de que el suicida empiece a realizar los actos para concretar su muerte; empero, una vez iniciado dichos actos, éste decida abandonar voluntariamente la ejecución del mismo; pues, en estos supuestos estaríamos frente a un desistimiento en tentativa inacabada y nuestro código penal declara que esta tentativa no es punible. Del mismo modo, en el hipotético caso que el suicida realice todos los actos necesarios para que se produzca el resultado; sin embargo, luego se arrepiente y realiza actos posteriores para evitar que se produzca su muerte, siendo que en este supuesto nuestro código penal también lo considera impune.

Pues bien, como se expuso en el párrafo anterior, cuando estamos en una tentativa acabada y/o inacabada el legislador ha tenido por bien, no reprimir dicha conducta; sin embargo, como se puede advertir de la lectura del tipo penal en análisis, frente a supuestos de tentativa de suicidio se va a reprimir la conducta del instigador; es decir, existe contradicción con lo establecido en la parte general del mismo cuerpo legal.

De lo antes expuesto, me permite enunciar que en la redacción de este tipo penal se rompe con una de las reglas de la teoría de la participación —entiéndase respecto al principio de accesoriadad limitada; dotando de autonomía a las formas de participación en un hecho delictuoso, para que puedan ser sancionados dichos comportamientos de manera independiente; asimismo, resulta pertinente recurrir a la institución de la tentativa, aunque el suicidio no sea considerado un delito; en virtud de que, en la redacción de este tipo penal se omite lo establecido en la parte general, en relación a la tentativa; ya que, nuestro cuerpo legal considera que cuando

la acción quede en grado de tentativa acabada y/o inacabada, no debe reprimirse penalmente, situación que no se evidencia en este tipo penal.

8. Conclusiones

- El proyecto de ley del nuevo código penal, trae consigo una mejora en parte, ya que en su artículo 231° deja de reprimir penalmente la conducta del cómplice – entiéndase de la persona que ayuda a otro a suicidarse-, pues a mi parecer este acierto jurídico es un avance; toda vez que, en el supuesto de colaboración al suicidio, la persona –compréndase al suicida- ya tiene la plena voluntad y decisión de matarse, pues, ante ello no tiene relevancia jurídica criminalizar la conducta de una persona le preste ayuda para realizar tal propósito, porque de cualquier forma va a buscar lograr su cometido, por lo que no se evidencia un desvalor de acción suficiente por parte del cooperador, teniendo en cuenta que el suicida tiene el dominio sobre el hecho que decidió realizar, por lo que no se justificaría su punición.

- El proyecto de ley del nuevo código penal, sigue reprimiendo el comportamiento de la persona que instiga a otro a suicidarse; pues bien, en este supuesto se advierte un mayor desvalor de la acción; ya que, el instigador con su conducta determina que otra persona decida suicidarse, y la justificación se ampara en que la vida es un bien jurídico indisponible; y el Estado adoptando una postura paternalista busca proteger primordialmente la vida humana independiente, aunque esta persona ya no desee seguir viviendo.

- El proyecto de ley del nuevo código penal, sigue reprimiendo la conducta del instigador al suicidio; con la finalidad de que terceros se abstengan de inducir a otras personas a que pongan fin a su vida; y es por ello, que el tipo penal exige que el instigado se haya quitado la vida, o, que al menos haya intentado dar fin a su vida; siendo que en ambos supuestos sanciona con la misma pena.

9. Recomendaciones

1. El proyecto de ley del nuevo código penal, debió reprimir la conducta del instigador en los supuestos en que su inducción determinó que el instigado logre poner fin a su vida, siendo que de no producirse su muerte, dicha conducta del instigador deba ser impune; es decir, no debe caber la tentativa.
2. Asimismo, la conducta del instigador solamente debe ser reprochada penalmente cuando actúa bajo un móvil egoísta, y aprovechándose de las circunstancias y/o móviles, por las que está atravesando el instigado; las mismas que coadyuvan a que este considere tomar decisiones negativas para con su propia vida, evidenciando ello, un desvalor de la acción.

10. Referencias bibliográficas

- Bramont Arias Torres, L y García Cantizano, M (2015). Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Perú. Editorial SAN MARCOS.
- Fontan Balestra, C (2008). Derecho Penal – Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Guía práctica de paciente con conducta suicida–MINSA. Recuperado el 25.08.2016 de:<ftp://ftp2.minsa.gob.pe/.../GUIA%20DE%20PRACTICA%20CONDUCTA%20SUICI>
- Hurtado Pozo, J (1995). Manual de Derecho Penal – Parte Especial 1. Perú. Ediciones Juris.
- Peña Cabrera Freyre, A (2015). Curso Elemental de Derecho Penal Parte General. Perú. Ediciones Legales.
- Peña Cabrera Freyre, A (2015). Derecho Penal Parte Especial. Perú. Editorial IDEMSA.
- Roy Freyre, L (1986). Derecho Penal – Parte Especial – Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud. Perú.
- Salinas Siccha, R. (2015). Derecho Penal Parte Especial. Perú. Editorial IUSTITIA.
- Villa Stein, J. (1997). Derecho Penal Parte Especial. Perú. Editorial San Marcos.
- Villa Stein, J. (2014). Derecho Penal Parte General. Perú. Editorial ARA EDITORES.
- Villavicencio Terreros, F (2014). Derecho Penal Parte Especial. Perú, Editorial GRIJLEY.
- Villavicencio Terreros, F (2014). Derecho Penal Parte General. Perú. Editorial GRIJLEY.
- Vives Antón, T (2004). Derecho Penal: Parte Especial. Valencia. edita TIRAND LO BLANCH.

**El delito de colusión en el ordenamiento penal peruano: A propósito del
proyecto de ley de nuevo Código Penal**

Magaly Elizabeth López Arenas

**EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO: A
PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL²**

**THE CRIME OF COLLUSION IN THE PERUVIAN LAW: A PURPOSE OF THE
BILL OF NEW CRIMINAL CODE**

SUMILLA: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Evolución normativa del delito de colusión en el código penal de 1991. 4. Jurisprudencia nacional. 5. El delito de colusión en el proyecto de ley del nuevo Código Penal. 6. Legislación comparada. 7. Conclusiones. 8. Recomendaciones, 9. Referencias bibliográficas.

Resumen:

En el presente artículo la autora estructura un recorrido evolutivo del delito de colusión, teniendo en cuenta las diversas problemáticas planteadas como la distinción entre peligro o de resultado, el ámbito de aplicación, así como si era necesaria la exigencia del perjuicio patrimonial para que se vulnera la norma penal; siendo ello determinante para emitir una opinión crítica del referido delito contenido en el art. 617° del Proyecto de nuevo Código Penal.

Palabras clave: Corrupción, colusión, defraudación, concertación, administración pública, entidades públicas, funcionario público, servidor público.

Abstract:

In this article the author systematizes an evolutionary path of the crime of collusion, in which it developed if its contents were directed to a crime of danger or result, the scope and whether the requirement of financial loss was necessary to that the criminal law is violated; this being crucial to issue a critical opinion of the offense referred contained in art. 617° of the draft new Penal Code.

Keywords: Corruption, collusion, defrauding, agreement, contracts, acquisitions, public administration, state, public entities, public server.

² Artículo elaborado por Magaly Elizabeth López Arenas (magaly_lopez@usmp.pe), alumna del X ciclo de Derecho en la especialidad de Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres. Integrante del Centro de Estudios en Derecho Penal de la misma casa de estudios.

1. Introducción

A partir del año 2001 se formó en el Perú el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios, con el objetivo de combatir la impunidad frente a sucesos revestidos de gran corrupción dentro de las instituciones del Estado. A través de este sistema, se buscó investigar, procesar y castigar conductas que fueron descubiertas a final de la década del noventa, gracias a los mundialmente conocidos *vlaividivdeos*. Sin embargo, este panorama esperanzador se ha visto oscurecido debido a los sucesos de corrupción acontecidos en los últimos años, los cuales han originado en nuestras autoridades la gran necesidad de reestructurar los tipos penales funcionariales.

En ese contexto y continuando con el análisis del proyecto de ley del nuevo código penal al cual se orienta nuestra actividad investigativa, en el presente artículo la autora realiza un análisis de los tipos penales de Colusión simple y agravada, contenidos en el artículo 617° del proyecto de ley de nuevo Código Penal, cuya versión última fue publicada en mayo del presente año.

2. Antecedentes

2.1. Código Penal de 1863

Diversos autores afirman que el antecedente normativo del tipo penal bajo análisis se encuentra en el Código Penal de 1924. Sin embargo, el referente más lejano de este delito lo encontramos en el Código Penal de 1863, el mismo que de acuerdo al profesor Villavicencio Terreros (2014), estuvo influenciado por el Código Penal español de 1850, Código brasileño de 1830, francés de 1810 y napolitano de 1819.

Al respecto, la autora Iñesta Pastor (2005) refiere que el legislador peruano, siguiendo el modelo español, reguló con gran detalle los delitos cometidos por los empleados públicos dedicándole un total de 39 artículos en la Sección Quinta del Libro II. Entre los distintos delitos funcionariales con influencia española se encontraba el tipo penal *de los fraudes y exacciones*.

En cuanto a este delito, el texto español de 1850 lo contenía en su artículo 323°, cuya pena era la de “presidio correccional e inhabilitación perpetua especial”, distinto a lo establecido por

nuestro antiguo legislador en su art. 200°, que fijó como pena a la reclusión en tercer grado (tres años), de la siguiente manera:

*SECCIÓN QUINTA
DE LOS DELITOS PECULIARES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
TÍTULO X
DE LOS FRAUDES Y EXACCIONES*

*Art. 200.- El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, **defraudare** al Estado, **concertándose** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá reclusión en tercer grado.*

Así también, en concordancia con el art. 37° de nuestro antiguo Código, a la pena de reclusión se le sumaron la inhabilitación absoluta e interdicción civil en igual término, redacción distinta a la versión española de 1850, que reunía en el citado art. 323° tanto la conducta como las consecuencias jurídicas aplicadas por su comisión. En relación a estas últimas consecuencias, tenemos que la inhabilitación fue recogida por el art. 79°, produciendo los siguientes efectos:

- 1) La pérdida del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;
- 2) La incapacidad de obtener empleos públicos durante la condena;
- 3) La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos; y,
- 4) La suspensión durante la condena del derecho de solicitar jubilación, cesantía u otro goce análogo, por servicios anteriormente prestados.

En cuanto a la interdicción civil, conforme al art. 83°, ésta consistía en: “*Privar, durante la condena, del derecho de patria potestad, de la representación material que le conceden las leyes civiles, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos inter vivos, salvo los casos en que la ley limita estos efectos.*”

No fueron consideradas como penas adicionales a este delito el *arresto, suspensión o multa*, las cuales sí se aplicaron para otras figuras delictivas como el *Abuso de autoridad, Prevaricato, Insubordinación de empleados públicos, Negociación Incompatible, y Concusión*. Por su parte,

los delitos con pena de reclusión, al igual que la colusión, aunque en menor grado fueron la *Infidelidad en la custodia de documentos*, de primer grado (un año); *Revelación de secretos agravada*, de segundo grado (dos años).

En el caso de los tipos penales de *Peculado de uso* e *Infidelidad en custodia de presos*, estos superaron cuantitativamente la pena conminada para el tipo penal de colusión, pues fueron sancionados con reclusión de hasta quinto grado (cinco años).

A palabras de VITERBO ARIAS (1898) la justicia que entrañaba el art. 200° era desmoralizadora, por cuanto se sancionaba en aquel entonces con una pena invariable de tres años para un delito cuya entidad estaba sujeta a numerosos cambios por la magnitud del daño ocasionado, posibilitando que el mal empleado público se desinterese por las pequeñas defraudaciones, pero no las que puedan enriquecerle súbitamente.

Cuánta razón tuvo el acotado autor, pues comparándolo con los textos que le sucedieron, incluyendo el vigente, demostró escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los quantums de penas solo para determinados delitos.

2.2.Código Penal de 1924

Sesenta y un años más tarde, influenciado por la experiencia codificadora suiza (anteproyectos de 1915 y 1916, y proyecto de 1918), el Código Penal de 1924, también conocido como Código Penal de Maúrtua, recogió de manera similar la conducta defraudatoria del empleado público, debido a que se mantuvo inalterable el objeto de protección (*convenios, ajustes, liquidaciones y suministros*); pero, se incorporó de manera disyuntiva el término *funcionario público*. Así también, tenemos que en esta segunda versión, el legislador adoptó la nomenclatura “Concusión”, el cual fue recogido de la siguiente manera:

*SECCIÓN DÉCIMA CUARTA
DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE FUNCIÓN Y LOS DEBERES
PROFESIONALES*

TITULO II

Art. 344°.- Concusión

El funcionario público o empleado público que en los contratos en que interviniere, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes,

liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27, por tiempo no menor de cinco años.

Posteriormente, su redacción fue modificada por el art. 5 del Decreto legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981 en los siguientes términos:

Art. 344°. El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniere por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27° por tiempo no menor de cinco años.”

Como se puede apreciar, desaparece la expresión empleado público y aparece la denominación servidor público. En cuanto a la consecuencia jurídica, la pena de prisión se amplió hasta un máximo de seis años, a la cual, de manera expresa se le sumó la inhabilitación, en esta ocasión por un tiempo no menor de 5 años, ciertamente con el ánimo de proteger al Estado incluso hasta tiempo después de cumplida la pena por parte del funcionario o servidor público. Los efectos de esta sanción, conforme al art. 27°, fueron:

- 1) La pérdida de mandato, cargo, empleo o comisión que ejercía el penado, aunque haya provenido de elección popular;
- 2) La privación de los derechos de elegibilidad, de elección y de cualquier derecho político,
- 3) La incapacidad para obtener mandatos, cargos empleos y comisiones públicas.

En cuanto a las modalidades de contratación, se incluyeron, en la segunda versión, los *contratos, suministros, licitaciones, subastas*, junto con la expresión “*o en cualquier otra operación semejante*”, evidentemente, el legislador amplía el objeto de protección a fin de asegurar una sanción frente a conductas ilícitas desplegadas por los funcionarios públicos en distintas actividades económicas del Estado. Así también, el sujeto pasivo dejó de ser simplemente el

Estado, incorporándose en su redacción además las empresas, sociedades de economía mixta y organismos sostenidos por el Estado.

3. Evolución normativa del delito de colusión en el Código Penal de 1991

El delito de colusión resulta ser uno de los tipos penales funcionariales que más correcciones ha tenido, al igual que los delitos de *Peculado*, *Cohecho pasivo específico*, y *Cohecho activo específico*, seguido del delito de Enriquecimiento Ilícito, con cinco modificaciones. La primera versión de su redacción fue la siguiente:

*Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda** al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, **concertándose** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

Es notoria la copia de esta primigenia redacción de la anterior versión del Código Penal de 1924, tanto en la ausencia de denominación, las distintas clases de sujetos intervinientes, como las modalidades de contratación.

Posteriormente, debido a que el Perú suscribió y ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción, se modificó el acotado artículo mediante la Ley N° 26713 publicada el 27 de diciembre de 1996, quedando su redacción como sigue:

*Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, **concertándose** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

Al respecto, el autor Rojas Vargas (199) consideró que para su redacción no se observó una adecuada técnica legislativa, pues estuvo compuesta de innecesarias repeticiones. Es importante resaltar que en el mismo texto legal se tipificó desde un inicio la formación de un cártel de

licitación (artículo 241°), que a palabras de Abanto Vásquez (2014), contenía un supuesto de práctica colusoria. Se penaba a los competidores en un remate, licitación o concurso que “concertaren entre sí con el objeto de alterar el precio”. Se trataba pues de un delito destinado a los particulares que actuaren como agentes económicos. Sobre la base del inciso 3 se daba el supuesto en que si en una licitación fraudulenta, hubiera intervenido un funcionario público, con los tipos vigentes entonces se hubiera llegado a una situación en la que el funcionario público podía intervenir como participe en el delito del art. 241, y como autor en el delito del art. 384; y los particulares podían intervenir en el primer delito como autores y en el segundo delito (más grave) como partícipes necesarios, sobre la base de los mismos hechos. Es por esta razón que el tercer inciso del articulado en comento, fue derogado por el Decreto Legislativo 1034, del año 2008.

A finales del periodo del entonces presidente Alan García Pérez, precisamente en el año 2011, surge una la modificación de los estándares punitivos en los delitos de corrupción de funcionarios, entre ellos el más criticable: el del artículo 384°, el mismo que, de acuerdo a la modificación hecha por la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011, pasó a denominarse simplemente **colusión**. Así también, la citada ley modificó el art. 384° para establecer que el delito de colusión era necesariamente de resultado, por lo que se requería de un perjuicio de carácter económico para su configuración, de tal forma que la descripción del tipo pasó a ser la siguiente:

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**.*

Nótese que desde el año 1863, se hacía referencia al delito comprendido en el art. 384° a aquel que defraudara una expectativa del Estado en una determinada modalidad de contratación. Sin embargo, a partir de la Ley N° 29703, se añadió el término *patrimonialmente*, lo que significaba que la denominada colusión era en síntesis una defraudación patrimonial.

Tal situación produjo un cambio desde el punto de vista del daño causado al objeto de la acción, toda vez que el art. 384°, dejó de ser un delito de peligro y pasó a ser uno de resultado. La crítica

inmediata a esta modificación evidentemente fue que para la configuración de este delito, debía acreditarse el perjuicio real económico en cualquier modalidad de contratación o negociación de índole pública. Es por esta razón que, el entonces Fiscal de la Nación, José Peláez Bardales planteó acción de inconstitucionalidad contra el artículo modificado.

Mientras tanto, nuestros magistrados, en cumplimiento del art. 138° de la Constitución Política, y el art. 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, administraron justicia conforme a la redacción del tipo penal de colusión, así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante R. N. N° 1105-2011, resolvió de la siguiente manera:

“Que, el delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la “concertación”, que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los interesados privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública; que el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. [...]

Que, es importante resaltar que se ha llegado a determinar que se entregaron las dos capillas de primera para su reparación por disposición verbal de la Gerente Elena Isabel Cabrera Pacheco sin informe técnico que lo sustente, se hizo intervenir a las empresas Función Artesanal Flores y Fundesa, cuya razón social de la primera no existe y la segunda no tenía el giro comercial para el que fuera convocado, entre otras irregularidades administrativas, que por lo demás se acredita en autos que fueron investigados y sancionados en sede administrativa, **sin embargo no se acreditó un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada.** [...] Por estos fundamentos declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia (...)”

Algunos autores señalan que, lo peligroso de tal modificación era que el término *patrimonialmente* implicaba que el sujeto condenado solo por defraudar, en aplicación del principio de retroactividad benigna, tenía que salir en libertad debido a la creación de un marco

punitivo más favorable. Sin embargo, a nuestro juicio, la promulgación de la acotada Ley N° 29703, no hizo más que plasmar lo que nuestros magistrados venían resolviendo: para la configuración del delito de colusión no bastaba únicamente la concertación (acuerdo bajo la mesa entre el funcionario público y el extraneus o particular), sino que este se perfeccionaba con el perjuicio patrimonial al Estado, aun sin tener esa expresión contenida en la redacción del tipo, veamos:

Sala Penal de Junín

Exp. N° 4274-2001, de fecha 10 de abril del 2002:

*[...] Que, con relación a la responsabilidad penal de los encausados Eusebio Gómez Ames, Rolando Antonio Tapia Lazo, Oscar David Mendoza Socualaya, Seran Ambrosio Ramos y Gonzalo Galván Astete, a quien se les incrimina el delito de colusión desleal, previsto por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal y contra Fredy Pacheco Chamorro, por los delitos de colusión, (...) se encuentran acreditados, pues en su condición de funcionarios y servidores de la referida entidad edil, permitieron en forma concertada la consumación del delito, con el haberse girado el cheque bancario correspondiente y la guía de remisión, órdenes de compra y la pecosa respectiva, **obteniendo con ello un beneficio patrimonial ilícito [...]**”*

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Expediente N° 559-2002

Amazonas

*“[...] Que, del estudio de autos, aparecen suficientes elementos de prueba que acreditan la comisión de los ilícitos instruidos, como la responsabilidad de los encausados inicialmente nombrados, cuyo **perjuicio al Estado se acredita con la pericia contable de fojas setecientos veintitrés [...]**”*

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

R. N. N° 4873-2001, de fecha 27 de agosto del 2003:

*“[...] CONSIDERANDO: Que, el delito contra la Administración Pública-Colusión ilegal (...) en agravio de la Municipalidad de La Victoria se encuentran plenamente acreditado con la actuación de los medios de prueba establecidos en nuestro ordenamiento procesal, que efectuada la valoración de los mismos se ha determinado la responsabilidad penal de los sentenciados Cesar Francisco Pajares García, José Francisco Limón Bringas, Carlos Luis Camaño Castro, quienes pese a ocupar cargos de regidores los dos primeros nombrados y el ultimo Alcalde de la Municipalidad de La Victoria, constituyeron una Asociación Civil de Serenazgo y actuando dolosamente contrataron bajo la modalidad de prestación de Servicios de Seguridad ciudadana a su propia asociación para brindar al Municipio agraviado, siendo que el procesado José Limón Bringas, **cobró transferencias para la Asociación por la suma de un millón treintitrés mil ciento un nuevos soles sin haber prestado servicio de serenazgo, lo que se ha acreditado [...]**”*

Pese a ello, su redacción no prosperó porque el legislador derogó la referida ley, y no siendo suficiente con ello, el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional mediante STC N° 0017-2011-PI, y sentó como posición el perjuicio potencial y la exclusión de las interpretaciones patrimoniales, conforme se aprecia a continuación:

*“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** (fundamento 28).”*

Luego, con la modificación hecha mediante la Ley N° 29758 del 21 de julio del 2011, se establecieron dos tipos penales en el art. 384°, la colusión en sus modalidades simple y agravada,

las que se diferencian teniendo en cuenta la defraudación patrimonial que se produzca en contra del Estado:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, **concesiones** o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para **defraudar** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de seis años**.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, **concesiones** o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, **defraudare patrimonialmente** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de quince años**.*

Así también, con la referida redacción el delito de colusión amplió su objeto de protección; ya no eran únicamente las contrataciones y adquisiciones de obras bienes o servicios, sino también las *concesiones*, y las *operaciones a cargo del Estado*. Respecto a la *concesión* como objeto de protección, el Congreso de la República decidió incorporarla en esta redacción tras al escándalo de corrupción en el proceso de concesión de lotes petroleros en el que estuvieron implicadas las empresas postoras, la petrolera Discover Petroleum Company de Noruega y Petroperu, ocurrido el 5 de noviembre del 2008.

En cuanto a la imposición de penas, la colusión simple reguló una figura de peligro abstracto a través del término “defraudar”, cuya pena era no menor de tres ni mayor de seis años; y la colusión agravada, con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de 15 años. Tal situación generó un problema para el juez en la imposición de sanciones, pues el sujeto condenado a 15 años (pena máxima en la anterior redacción) solo por “defraudar”, con la nueva modificación, correspondía adecuar su pena de acuerdo al artículo 6º del Código Penal.

A palabras de García Caveró (2011,03,19) El delito de colusión: con esta modificación se pretendió aligerar el estándar probatorio, de tal manera que con el tipo penal simple no importaba la acreditación de un pago de dinero del particular al funcionario público, y por tanto lo único que se va a exigir era la existencia de un acuerdo entre ambos para perjudicar (potencialmente) al Estado en un proceso de contratación.

Esta reforma se mantiene, tan solo se ha modificado a través del artículo único de la Ley N° 30111, del 26 de noviembre del 2013, con la incorporación de la pena de multa, de 180 a 365 días multa para la colusión simple y de 365 a 730 días multa en caso se cometa colusión agravada:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En relación al *nomen iuris* de este delito, nuestro Código Penal conserva el término de *colusión* aun cuando existen propuestas teóricas para su modificación al de *fraude a la Administración pública*, por ejemplo la sostenida por el profesor ABANTO VASQUEZ (2014), dado que el descarte del adjetivo “ilegal” no es suficiente, así el citado autor afirma que “tampoco es exacto como descripción del injusto contenido en el tipo, porque lo que tiene suficiente contenido del injusto penal no es la colusión por sí mismo, sino aquella que tiene por objeto o lleva a la *defraudación*, o sea el *perjuicio económico*, a la administración pública” (p. 957).

De esta manera, el injusto que se sanciona en el tipo penal del artículo 384 del CP, es la defraudación al Estado, producto de un acuerdo ilícito entre funcionarios y particulares, con lo

cual el legislador bajo los parámetros constitucionales de protección de los intereses estatales sanciona a los intervinientes en el acuerdo defraudatorio. Así Castillo Alva (2008) refiere que el objetivo político criminal de esta tipificación es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del Estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la concertación con los interesados.

En cuanto al sujeto activo del delito, la comisión del delito de colusión no puede ser efectuada por un sujeto cualquiera, sino requiere que el agente delictivo tenga características especiales en concreto, se trate de un funcionario o servidor público, es así, que, siguiendo a Sanchez-Vera-Gomez-Trelles (2002) estos delitos ingresan dentro de la categoría de delitos de infracción de deber que tiene como eje los deberes derivados de las instituciones positivas, en el caso de corrupción tal institución es la Administración Pública, y los deberes infringidos se encuentran generalmente establecidos en las normas administrativas; de esta manera García Cavero (2008) señala que “en la medida que los delitos de funcionarios se estructura sobre la lógica de la infracción de un deber positivo, es necesario que el funcionario público que actúa como autor tenga atribuido el deber específico que sustenta el tipo especial” (p. 33)

Para su configuración es necesario que concurren los elementos que señala el tipo penal, tanto objetivos como subjetivos, en este caso, el funcionario o servidor público debe intervenir directa o indirectamente, por razón de su cargo en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier tipo operación a cargo del Estado, concertándose con los interesados para defraudar al mismo, ya que según la construcción del tipo penal, la concertación es el medio que el agente utiliza para defraudar al Estado, siendo así, el perjuicio en sus intereses patrimoniales como consecuencia directa de la concertación, y no, por otras razones, constituye otro de los elementos objetivos del tipo.

Además resaltar que para la comisión de este delito se requiere que el agente tenga conocimiento que lo que está realizando producirá un perjuicio económico al Estado y además de ello lo quiere hacer (existencia de dolo).

Dicho todo esto, veamos cómo los operadores de justicia analizan en la actualidad los elementos que definen el delito de colusión en la actualidad, el sujeto activo: funcionario o servidor público, el perjuicio patrimonial (peligro real y peligro potencial).

4. Jurisprudencia nacional

4.1.El sujeto activo del delito:

La determinación del deber resulta importante porque aquellos sujetos que no posean el deber funcional en las contrataciones del Estado objeto del delito de colusión no podrían ser autores, salvo los casos en que se imputa a funcionarios de hecho o por delegación, con las restricciones establecidas para el primero que es el denominado *nombramiento de hecho por delegación*, con las restricciones establecidas para el primero que es el denominado *nombramiento defectuoso*; mientras que para el segundo solo si la función es delegable, de lo contrario estaríamos ante un supuesto de atipicidad.

La Corte Suprema analizó el concepto de funcionario público de la siguiente manera:

Recurso de Nulidad N° 1458-2012 ICA:

*[...] Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal, dado que, no cualquier persona puede ser autor, sino **exclusivamente los funcionarios públicos**, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el art. 384 del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia antes reseñada” (el resaltado es voluntario)*

Luego, el 28 de octubre del 2013, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia recaída en el Exp. 0148-2012, en el que desarrolla el concepto de funcionario público de la siguiente manera:

“El delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos, se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o

servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo esta una norma de reenvío.”

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

*“Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, **bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones.**”* (el resaltado es voluntario).

Así también, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 634-2015 Lima, decide lo siguiente:

*“Que, en consecuencia, cabe entender que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, **es funcionario público para los efectos penales**, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y por ende, los cómplices –con es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi- lo son de ese delito.*

La excepción de improcedencia de acción por estos fundamentos debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad constitucional y/o legalidad ordinaria material.

[...] Por estas razones: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el encausado Cicconi contra el auto de vista [...] que confirmando el auto de primera instancia declaró infundada la excepción de improcedencia de acción [...]

4.2. La prueba de concertación en el delito de colusión

Mediante Expediente N° 00185-2011-7-1826-JR-PE-03, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, desarrolla lo siguiente en relación a la prueba indiciaria:

[...] Por otro lado, la prueba indiciaria o indirecta, tiene suficiente entidad para enervar la presunción de inocencia, que como derecho fundamental le asiste a todo imputado. Prueba que se define como aquella que directamente lleva al convencimiento al órgano judicial sobre la verdad de hechos periféricos o de aspectos del hecho penalmente relevante que no están directamente referidos al procesado, pero que en atención a leyes científicas, reglas de lógica, máxima de la experiencia permiten tener razonablemente por cierta la intervención del procesado en el hecho penalmente relevante.

[...] En este extremo, debe considerarse en la argumentación que en cuento al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de “pactos ilícitos, componendas o arreglos, “acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito” o “acuerdo subrepticamente”, incluso puede ser conocida o publica dentro de la entidad estatal o el circuito económico, sino de factores objetivos tales como una inadecuada o simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- *Concurrencia de uno solo postor o de presuntos postores idóneos.*
- *Precios sobrevaluados o subvaluados.*
- *Inexperiencia comercial de los postores.*
- *Plazo de la garantía de los postores.*
- *Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores –respectivamente- a los requeridos.*

- *Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.*
- *Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta.*
- *La no correspondencia de calificación técnica económica con la experiencia o especialización del postor.*
- *Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.*
- *La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.*
- *Apariencia de ejecución de la contratación*
- *Reintegro a los terceros interesados.*
- *Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.*

Factores objetivos que jurisprudencialmente la Corte Suprema admite para construir la prueba indiciaria en este tipo de delitos, y que deben merecer una respuesta del órgano jurisdiccional si son postulados por el titular de la acción penal. Advirtiéndose que en este caso se han enunciado diversas irregularidades, indicios a criterio del Ministerio Público [...]”

En atención a este pronunciamiento, debe tenerse en cuenta que para fundamentar una condena por este delito contra un individuo, se debe contar con pruebas suficientes que acrediten la existencia de una concertación ilegal, esto no significa que lo que se presente sean solo supuestas irregularidades administrativas, que en todo caso serían supuestos indicios, sino que además, se requiere estrictamente que los indicios mediante las reglas de la experiencia lleguen a una conclusión, lo cual es trascendental establecer el nexo causal para tener por probada una supuesta concertación.

Por ello, la acreditación de la existencia del referido acuerdo subrepticio es considerada por el Supremo Tribunal, de la siguiente manera:

Sala Penal Permanente

R. N. N° 2421-2014 Cajamarca

“ [...] Que, consecuentemente, no existiendo medio probatorio suficiente que produzca certeza respecto a la existencia de un concierto de voluntades entre el representante legal de la empresa “Ferretera Agrícola Sociedad Anónima” y los procesados Arbildo Quiroz y Casas Casas, no se ha destruido la presunción de inocencia que a estos les asiste, de conformidad con el literal e, inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde revertir el fallo condenatorio dictado en su contra y dispone su absolución.” que como se ha dicho deben ser evaluados en conexión con la legislación sobre contratación pública [...]”

Por su parte, respecto de la importancia de la determinación de la naturaleza defraudadora, la Sala Penal Permanente, con fecha 22 de mayo de 2012, en el Recurso de Nulidad N° 1397-2011 Ayacucho, afirma lo siguiente:

“En el caso de autos, de lo actuado no se advierte la realización de actos de concertación defraudadora entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa “A & A Distribuidores”; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas fotocopiadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; dicha conducta por sí sola, no se llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión y más bien, se trataría de una irregularidad de carácter administrativa [...]”

5. El delito de colusión en el proyecto de ley del nuevo Código Penal

El proyecto de ley del nuevo Código Penal (en adelante Proyecto) ha recibido sendas críticas por parte del sector académico y profesional del derecho, precisamente, por la ampliación del objeto de protección sumada a la desproporcionalidad de las penas aplicadas. La política de estado que ha venido incrementando el rango punitivo de diversos tipos penales, sobre todo al

vinculado a los cometidos por funcionarios y servidores públicos, y ello parte de la problemática actual que le preocupa al Estado. Al respecto, durante los últimos cinco años existen tres ejes centrales que están en agenda del Estado: la lucha contra la criminalidad organizada, la disminución de los índices de inseguridad ciudadana y la lucha frontal contra la corrupción; y sobre ellas transitan todas las reformas legislativas tanto en la ley penal como en normas complementarias.

En el proyecto de ley del nuevo Código Penal, el delito de colusión se encuentra regulado en el art. 617° de la siguiente manera:

TITULO II

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

CAPÍTULO II

CONCUSION Y DEFRAUDACION AL ESTADO

Artículo 617. Colusión simple y agravada

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de **cinco** ni mayor de **diez** años, inhabilitación conforme a los **literales a, b y n** del artículo **41** y con **ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa**.*

*Si, como consecuencia de la concertación fraudulenta, se lesiona el patrimonio del Estado por un monto que supere las tres unidades impositivas tributarias, la pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de quince años, inhabilitación conforme a los **literales a, b y n** del artículo **41** y con **trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa**.*

La primera observación planteada es la ubicación del delito de colusión en el Proyecto: en la versión vigente este delito se encuentra en la Sección III de Concusión, por su parte, en el proyecto se encuentra en un capítulo cuya denominación es Concusión y Defraudación al Estado. En relación a la expresión concusión, de acuerdo a Fidel Rojas (2016), este término no guarda relación con el delito de colusión, pues si en la concusión el componente es la *inducción*, en la colusión resulta ser la *concertación*, verbos que difieren por completo.

Ahora, observemos que sumado al término Concusión se añade la expresión Defraudación al Estado, entendiéndose por defraudación: i) la privación con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho. ii) Frustrar, desvanecer la confianza o

la esperanza que se ponía en alguien o en algo, iii) Acción y efecto de defraudar, especialmente en el pago de impuestos o contribuciones. Esta expresión se vincula de mejor manera con el delito de colusión, por lo que resulta adecuada.

El primer párrafo del artículo 617 del Proyecto, se encarga de regular la figura base del delito de colusión, en la que no exige ningún perjuicio para su configuración, lo que configura un delito de mera actividad, similar a la regulación española en su art. 436:

“Art. 436.- La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años“

Queda descartado entonces el criterio orientador fijado por la Ley N° 29703, ya expuesta, referente a la distinción entre delito e infracción administrativa, en razón a la presencia del perjuicio patrimonial.

Ahora bien, en cuanto al marco que engloba el *qantum* de penas, es clara la intención por parte de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de elevar el estándar punitivo de las consecuencias jurídicas para este delito, porque la pena máxima propuesta en el Proyecto, para la colusión simple, es de 10 años. En cuanto a la pena por el delito de colusión agravada (segundo párrafo) el marco punitivo alcanza los 15 años. Menester es considerar que en el mismo proyecto, la pena para el delito de Cohecho pasivo impropio, puede ser en su modalidad agravada, no menor de cinco ni mayor de 10 años. Nótese que este último delito se encuentra revestido de mayor corrupción que la colusión simple, tipo penal que solo se necesita acreditar la simple concertación por parte del funcionario público con el interesado extraneus, sin mediar la entrega o recepción directa de donativos o ventaja indebida.

Entonces, tratándose de un delito que no tiene la relevancia propiamente de un acto de corrupción, se tiene que la referida propuesta no sigue criterios de proporcionalidad, dado que para la configuración del delito simplemente un acuerdo entre funcionario público y particular para perjudicar al Estado. Desde esa perspectiva, es discutible la penalidad que se plantea en el

delito de colusión, tanto simple como agravada, lo que además en términos de prescripción genera casi la imprescriptibilidad del delito.

Por otro lado, la parte general del Código Penal, prevé la sanción de inhabilitación para todos los delitos de corrupción cometidos por funcionarios o servidores públicos; sin embargo, en este nuevo Proyecto de Código Penal, el legislador hace mención expresa de esta medida. Esto ciertamente puede resultar ocioso tomando en cuenta que este tipo de sanción ya se encuentra regulado en la parte general del Código Penal, sin embargo, es una forma de uniformizar la interpretación judicial sobre la materia ya que en algunas ocasiones los jueces no imponían esta sanción de inhabilitación simplemente porque no lo contenía de manera expresa, obviando lo establecido en la parte general.

6. Legislación comparada en la actualidad

España (Ley Orgánica 10/1995)

Capítulo VII

De los fraudes y exacciones ilegales

Art. 436. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

Chile (Aprobado el 12/11/1874)

Título V: De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos

6. Fraudes y exacciones ilegales

Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior. Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.

Argentina (Ley 1117, del 30/09/1921)

Capítulo IX Exacciones ilegales

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

Art. 265. Sera reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

Bolivia (1972)

Capítulo I

Delitos cometidos por funcionarios públicos

Art. 150. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesase y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta y operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales, por razón de su oficio, intervinieren y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto a los bienes pertenecientes a sus pupilos, curadores, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos.

Anteproyecto del Código de Sistema Penal de Bolivia

CAPÍTULO XI

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE JUSTICIA

SECCIÓN I

CORRUPCIÓN

ARTÍCULO 350.- (NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS).

La servidora o el servidor público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene en razón de su cargo, será sancionado con privación de libertad de CINCO a DIEZ años y multa de TREINTA a QUINIENTOS días.

Colombia (Ley 906 del 31/08/2004)

Capítulo IV

De la celebración indebida de contratos

Art. 409. Interés indebido en la celebración de contratos

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Ecuador (Código Orgánico Integral Penal 2014)

Sección tercera

Delitos contra la eficiencia de la administración pública

Artículo 285.- Tráfico de influencias.

Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros [...].

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

7. Conclusiones

1. El delito de Colusión, es un delito funcional que se enmarca dentro de la actuación pública, concretamente dentro de la sección de delitos contra la Administración Pública, tipificado en el art. 384 del vigente Código Penal.
2. El delito de colusión, solamente es posible que se cometa en el ámbito de las adquisiciones o contrataciones públicas; por lo que cualquier otro tipo de contratación, como la privada, o procedimiento que se derive de una contratación pública queda excluida de dicho tipo penal.
3. A través de esta regulación normativa se busca sancionar dos conductas delictivas: i) la concertación ilegal entre el funcionario o servidor público con el o los interesados, y; ii) la defraudación patrimonial del Estado, como consecuencia de la concertación en operaciones de adquisición y contratación pública de bienes o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Este delito ha sufrido diversas modificaciones: el sujeto activo, objeto de protección y las consecuencias jurídicas.
4. El artículo 617° del Proyecto, que contiene el tipo base y agravado de colusión amplía el marco punitivo, en la modalidad simple pasó de: no menor de tres ni mayor de 6 años, a no menor de cinco ni mayor de 10 años. En cuanto a la modalidad agravada, cambió de ser no menor de seis ni mayor de 15 años, a no menor de ocho ni mayor de 15 años.

Recomendaciones

1. Se recomienda replantear el marco punitivo propuesto en el presente tipo penal, toda vez que en la actualidad este delito resulta ser el medio más accesible para imputar responsabilidad penal cuando se propician delitos cometidos contra la Administración pública, más aun si se tiene en cuenta que de ello derivan dos ventajas político criminales: no resulta necesaria para su configuración la concurrencia de un suceso de corrupción, sino que solo basta la existencia de un acuerdo colusorio que defraude o no el patrimonio del Estado.
2. Entender que el Derecho Penal es de última ratio, por ende, solo debe sancionar conductas que tengan mayor desvalor tanto de acción como de resultado. El establecimiento de penas cada vez más altas no garantizan que el índice de corrupción en las contrataciones y licitaciones públicas disminuya.
3. Tomar en cuenta que ante actuaciones en la cuales el funcionario se colude con el interesado sin perjudicar patrimonialmente al erario público, existen vías idóneas como el Derecho disciplinario, mediante el cual se puede sancionar con la destitución o inhabilitación.

8. Referencias bibliográficas

- Abanto Vásquez, M. A. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Perú: Palestra Editores (P. 233-272).
- Abanto Vásquez, M.A. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2da edición. Lima: Palestra Editores.
- Abanto Vásquez, M. A. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- García Cavero, P. y Castillo Alva, J. L. (2008). *El delito de colusión*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Rojas Vargas, F. (1999) *Delitos contra la Administración Pública*. Análisis jurídico-doctrinario, legislación extranjera, sumillados, ejecutorias supremas. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Editorial Nomos & Thesis.
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- VITERBO ARIAS, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo N° 2. Imp. Torres Aguirre, Union 150, Lima, 1898. Disponible en: <https://archive.org/details/exposicincoment00perugoog>
- **Artículos:**
- García Belaunde, D. (1966) *Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924*. Disponible en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/47957>
- Iñesta Partor, E. (2005). *La reforma penal del Perú independiente: El Código Penal de 1863*. *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano*. España: Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>
- Rodríguez Vásquez, Julio. *Comentario Jurisprudencial*. Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA. Concepto de Funcionario Público. Proyecto Anticorrupción del

IDEHPUCP. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-devida.pdf>

- **Códigos:**

- Código Penal peruano de 1863. Edición oficial. Recuperado de: <https://archive.org/details/cdigopenaldelpe00pergoog>

- Código Penal español de 1850. Recuperado de: https://books.google.com.pe/books?id=PwLtUHqMS0EC&printsec=frontcover&source=gb_s_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

La aplicación del elemento contextual en el delito de tortura. Análisis de la práctica judicial peruana y el giro que presenta el proyecto de nuevo código penal

Jefferson Moreno Nieves

LA APLICACIÓN DEL ELEMENTO CONTEXTUAL EN EL DELITO DE TORTURA. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA JUDICIAL PERUANA Y EL GIRO QUE PRESENTA EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL

THE APPLICATION OF CONTEXT ELEMENT IN CRIME OF TORTURE. ANALYSIS OF JUDICIAL PRACTICE AND TURNING PERUVIAN PRESENTING THE DRAFT NEW PENAL CODE

Jefferson G. Moreno Nieves³

Sumilla: 1. Introducción, II. La aplicación discriminatoria injustificada del elemento contextual como elemento típico de los delitos contra la humanidad. III. Conclusiones, IV. Recomendaciones.

Resumen

Los delitos contra la humanidad fueron incorporados al Código Penal de 1991 a través de la Ley N° 26926 y uno de los temas objeto de discusión se encuentra centrado en si el elemento contextual “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” constituye un elemento objetivo del tipo penal de tortura recogido en el título XIV-A. El proyecto de Código Penal agrava la problemática, diferenciando el delito de tortura como un delito contra el derecho internacional de los derechos humanos y el tipo penal de tortura como un crimen de lesa humanidad, diferenciándolos precisamente con la no concurrencia del elemento contextual en el primero, pero si en el segundo. Las consecuencias de esta diferenciación llevan a que los casos conocidos por la Sala Penal Nacional tengan que ser reexaminados por la exigencia de concurrencia o no del elemento contextual en los tipos penales denominados contra la humanidad.

Palabras claves: Tortura, lesa humanidad, funcionario, servidor, población.

³ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (jefferson_moreno@usmp.pe). Estudios de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Estudios sobre Derecho Procesal Penal Acusatorio y Litigación Oral en la Universidad de California Western School of Law y Universidad de Medellín.

Abstract

Crimes against humanity were incorporated into the Penal Code of 1991 through No. 26926 Law and one of the topics under discussion is centered on whether the context element "widespread or systematic attack against a civilian population" is an objective element the crime of torture collected in title XIV-a. The draft Penal Code aggravates the problem, differentiating the crime of torture as a crime against international law of human rights and the crime of torture as a crime against humanity, differentiating them precisely with the non-attendance of contextual element in the first but if in the second. The consequences of this differentiation lead to that known by the National Criminal Court cases have to be re-examined by the requirement of concurrence or not the contextual element in the criminal called against humanity.

Keywords: Torture, crimes against humanity, public server, population.

I. Introducción

En 1998, mediante Ley N° 26926, el legislador peruano decidió incorporar al Código Penal de 1991 los llamados “Delitos Contra la Humanidad”, tal cual se puede apreciar del título XIV-A de este Código sustantivo.

A partir de la entrada en vigencia de este título, muchos problemas han surgido en su aplicación, problemas que han merecido arduos debates tanto en la dogmática, como en la jurisprudencia nacional que aún no termina por adoptar una posición unánime; así por ejemplo, se puede encontrar la discusión entre el respeto al principio de legalidad y el llamado *ius cogens* o costumbre internacional; ello, para el juzgamiento de hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de este título bajo el *nomen iuris* de “delitos de lesa humanidad”.

En nuestro país, resulta competente para conocer de la comisión de Delitos Contra la Humanidad, el Sub Sistema Penal Nacional, que en el conocimiento de estos delitos viene confundiendo las categorías y como consecuencia, violando derechos fundamentales.

La Sala Penal Nacional viene sosteniendo que los Delitos Contra la Humanidad requieren, como un elemento del tipo objetivo, un elemento contextual para su configuración; esto es, “*un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*”.

El título XIV-A del Código Penal de 1991 establece en cinco capítulos como Delitos Contra la Humanidad a los siguientes: a) Genocidio; b) Desaparición Forzada; c) **Tortura**; d) Discriminación; e) Manipulación Genética. De este catálogo, los de mayor concurrencia son la Desaparición Forzada y la Tortura, en ellos estará centrado el análisis. (Novak y Salmon, 2000, p. 101)

La Sala Penal Nacional, en el conocimiento de estos delitos, sostiene que un elemento típico necesario, además de los propios de cada tipo penal, lo configura el elemento contextual “*un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*”; sin embargo, en la emisión de su jurisprudencia, las conclusiones son contradictorias, ya que requiere tal elemento objetivo, solo para algunos de los delitos contra la humanidad.

Así, cuando la Sala conoce de un delito de Desaparición Forzada, exige como un elemento del tipo penal objetivo la concurrencia del elemento contextual; ergo, cuando conoce de la comisión de un delito de Tortura no exige como elemento del tipo penal objetivo la concurrencia del elemento contextual.

Con esta práctica, en un mismo título, XIV-A Delitos Contra la Humanidad, que entendemos tienen la misma naturaleza, existen delitos que si requieren elemento contextual y otros que no. Ello sin duda genera una práctica judicial discriminatoria, y genera la pregunta ¿los delitos contra la humanidad requieren o no elemento contextual como elemento objetivo del tipo penal?

La Sala Nacional sostiene que al Delito Contra la Humanidad – Desaparición Forzada le es requisito de tipicidad la probanza del elemento contextual “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”, sin este elemento el delito no se configura; sin embargo, para el delito contra la humanidad – Tortura, no ha pronunciado ni un ápice de fundamento, del porque para este delito derivado del mismo título, no es elemento típico el elemento contextual señalado. Esta es la realidad al día de hoy.

Ante esta problemática planteábamos dos posibles soluciones, **a)** establecer que los Delitos Contra la Humanidad tipificados en el título XIV-A del Código Penal de 1991 no requieren del elemento contextual “*ataque generalizado y sistemático contra una población civil*” o **b)** establecer que todos los Delitos Contra la Humanidad tipificados en el título XIV-A del Código Penal de 1991 requieren del elemento contextual “*ataque generalizado y sistemático contra una población civil*”.

No puede existir una posición como la defendida por la Sala Nacional: “el elemento contextual se exige solo para algunos delitos contra la humanidad y para otros no”.

En ambas soluciones, las consecuencias podrían resultar devastadoras; **a)** Si se establece que los Delitos Contra la Humanidad *no requieren de un elemento contextual*, todas aquellas personas condenadas por la comisión del delito de Desaparición Forzada, en cuyos procesos se exigió a este como un elemento del tipo objetivo, reclamarían la nulidad por violación del principio de legalidad penal. **b)** Si se establece que los Delitos Contra la Humanidad *requieren de un elemento contextual*, todas aquellas sentencias emitidas por la comisión del delito de Tortura, que no exigieron la concurrencia del elemento típico contextual habrían sido emitidas

favorablemente al sentenciado al no verificar la concurrencia de un elemento típico necesario para la comisión del delito.

Estas consecuencias devastadoras adoptan un tono mucho más trágico con la emisión del último dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos – Texto sustitutorio de la Ley del Nuevo Código Penal, cuando este realiza una diferenciación de los tipos penales de tortura como delito contra el derecho internacional de los derechos humanos y el tipo penal de tortura como un crimen de lesa humanidad.

En esta diferenciación hecha por el último Proyecto de Nuevo Código Penal se establece una clara diferenciación de aplicación del elemento contextual ataque generalizado y sistemático contra una población civil.

Es decir, se reconoce que solo la consideración de tortura como delito de lesa humanidad requiere como elemento objetivo del tipo al elemento contextual señalado.

Veamos cómo es que la legislación peruana regula el delito de tortura y cuál sería el cambio con el proyecto de nuevo Código Penal:

Código Penal de 1991:

Título XIV-A: Delitos contra la humanidad

Capítulo III: Tortura

Artículo 321.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

Proyecto de Nuevo Código Penal:

Título II: Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Artículo 161: Tortura

161.1. El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que inflija dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva, como medio discriminatorio o con cualquier otro fin, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.

161.2. La pena prevista en el párrafo 161.1 se impone al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento y aquiescencia de aquel que someta a la víctima a cualquier método tendente a menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

161.3. Si como consecuencia de cualquiera de las conductas previstas en los párrafos 161.1 y 162.2 se disminuye gravemente la capacidad física o mental de la víctima, se anula su personalidad o se produce una lesión grave y el agente pudo prever cualquiera de esos resultado, la pena es privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años.

161.4. Si como consecuencia de cualquiera de las conductas previstas en los párrafos 161.1 y 162.2 se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinticinco años.

Título III: Crímenes de Lesa Humanidad

Artículo 165. Disposiciones comunes aplicables a los crímenes de lesa humanidad

Para la comisión de los delitos previstos en el presente título, se requiere que:

- a. La conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o plan sistemático dirigido contra una población civil.*
- b. El autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o plan sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.*

Artículo 171. Tortura como crimen de lesa humanidad

El que comete cualquiera de los actos de tortura previstos en el artículo 161 es reprimido hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto para cada uno de los supuestos.

II. La aplicación discriminatoria injustificada del elemento contextual como elemento típico de los delitos contra la humanidad.

Con la diferenciación realizada por el último proyecto de ley del nuevo Código Penal queda claro que sólo el delito de tortura como delito de lesa humanidad requiere como un elemento objetivo del tipo penal al elemento contextual “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”.

Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia nacional, específicamente, la emitida por el Sub Sistema Penal Nacional, viene discriminando en cuanto a la concurrencia del elemento contextual “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”, y sin mayor explicación jurídica, sostiene que por ejemplo, para el delito de desaparición forzada si es necesaria la concurrencia del elemento contextual, ergo, para el delito de tortura no; aun cuando ambas tienen la misma categoría: “Delitos Contra la Humanidad”.

Para analizar este problema, es necesario recordar que en el derecho penal internacional, al igual que el derecho penal interno, se ha construido una parte general y una parte especial, que tienen como base al delito o crimen de derecho internacional, que es de 3 tipos: a) delitos de lesa humanidad, b) delitos de guerra, y c) delitos de agresión. (Werle, 2005, p. 349)

Los delitos de derecho penal internacional tienen una estructura diferente a los delitos del derecho penal interno.

El elemento determinante que convierte al hecho en un delito de derecho internacional es “el contexto de la violencia organizada”; éste elemento contextual está contenido en cada tipo de delito de derecho internacional. Por ejemplo en los delitos de lesa humanidad el elemento contextual, a palabras de AMBOS (2004), consiste en el ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global); y en los delitos de guerra el elemento contextual es el conflicto armado, ello permite diferenciar distintos elementos típicos en los delitos internacionales, como los de lesa humanidad y guerra.

Los Delitos de Lesa Humanidad siempre son realizados dentro de un contexto; esto es, “un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”.

La tortura, prevista y penada en el artículo 321° del Código Penal de 1991, es un delito contra la humanidad, y con ello, no sería necesaria la concurrencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil como elemento contextual.

Es necesario practicar una interpretación de la ley penal, para determinar si el elemento contextual es o no un elemento de la tipicidad propio de los delitos contra la humanidad y si es concurrente en todos los delitos del mismo título, si es posible discriminar en los elementos típicos o es posible que los “delitos contra la humanidad” se configuren sin necesidad de acreditar un elemento contextual, a diferencia de los “delitos de lesa humanidad”.

La mejor diferenciación la hace el proyecto de nuevo código penal cuando establece que existen dos categorías diferentes respecto al delito de tortura, una como delito contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y otra como delito de Lesa Humanidad.

La categoría regulada al día de hoy, la constituiría el delito de tortura como delito contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por tanto, tal como establece el proyecto, no sería necesaria la exigencia del elemento contextual para su concurrencia, en ninguno de los delitos contra la Humanidad.

Como es sabido, es el derecho penal internacional el umbral del cual surgen los delitos contra la humanidad, esto es, la tortura, el genocidio y la desaparición forzada, por mencionar algunos.

Una característica esencial de este tipo de delitos, está referida a la grave afectación de bienes como la seguridad y la paz mundial; se trata de acciones que generan zozobra en la humanidad y que la afectan a través de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil determinada, las reglas mínimas de convivencia humana; tienen como objeto de protección, no solo a la víctima, sino a la humanidad en su conjunto; ello en cuanto a los Delitos de Lesa Humanidad, los mismos que tiene fuente en el Estatuto de Roma a partir la creación de la Corte Penal Internacional. (Nakasaki, 2003)

De ahí que el proyecto de Código Penal realice, consideramos que oportuno, la regulación de esta categoría lesa humanidad y de manera explícita el requerimiento de concurrencia del elemento contextual “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”

El Título XIV-A al Código Penal de 1991, a través de la Ley N° 26926 intentó adecuar la legislación interna al derecho penal internacional, o si se prefiere al derecho de los derechos humanos. Sin embargo, el genocidio y la desaparición forzada ya se encontraban recogidas en la legislación, pero por cierto, con otro objeto de protección penal. Bajo este título se incorporaron otros delitos como la Tortura. (Hendler, 2006, p. 19-20)

Solo a partir de ahí, es posible sostener alguna diferencia entre los Delitos de Lesa Humanidad, cuya fuente corresponde al Estatuto de Roma; frente a los Delitos Contra la Humanidad cuya fuente se encuentra en el Código Penal de 1991. Esta diferenciación queda clara con el proyecto de ley de Nuevo Código Penal.

El elemento contextual se erige como un elemento diferenciador de ambas categorías, Delitos Contra la Humanidad y Delitos de Lesa Humanidad.

A palabras de CARO CORIA (2001), la “*ratio legis*” de los delitos contra la humanidad fue introducir a la legislación penal peruana las más graves violaciones a los derechos humanos, dando cumplimiento a las normas internacionales como:

- a. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzadas de Personas.
- b. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- c. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- d. La Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas, o Degradantes.
- e. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de las Naciones Unidas. (p. 170-171)

La Sala Penal Nacional reconoce el fundamento internacional del tipo penal de tortura; como una forma de cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; así se aprecia en las siguientes sentencias:

- a. Sentencia del 26 de enero del 2007, Expediente N° 51-05, Considerando Noveno, Páginas 73 y 74.
- b. Sentencia del 2 de noviembre del 2010, Expediente N° 04-05, Considerando Noveno, Párrafo 9.5., Página 44.
- c. Sentencia del 21 de septiembre del 2011, Expediente N° 049-09, Considerando Séptimo, Página 58.

Si algo es claro de la tipificación de los Delitos Contra la Humanidad actualmente es que no ha traído consigo la incorporación del elemento contextual: “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”, por lo menos no como un elemento típico establecido en la ley; lo que si sucede en el caso de los Delitos de Lesa Humanidad reconocidos por el Estatuto de Roma, en él, se señala de manera expresa la obligación de concurrencia del elemento contextual: hecho que sería lo novedoso del proyecto de nuevo Código Penal, al reconocer tal análisis de manera explícita.

La Sala Nacional, sin entender la diferenciación que el proyecto de Nuevo Código Penal hoy hace, ha sostenido que el delito de tortura, tal como se encuentra previsto en el Código Penal de 1991 no requiere de la verificación de un elemento contextual.

El problema se presenta cuando en delitos como la desaparición forzada que se encuentra dentro del mismo título ha actuado diferente, requiriendo en estos casos la concurrencia del elemento contextual.

En las diversas sentencias, la Sala Nacional omite considerar al elemento contextual como parte de la estructura típica del delito de tortura, por cierto, sin que en ningún caso se haya explicado por qué:

NÚMERO DE EXPEDIENTE	COLEGIADO	FECHA DE SENTENCIA
37-2005	-Juez Superior Talavera Helguera (P y DD) -Juez Superior Loli Bonilla -Juez Superior Sánchez Espinoza	25 de enero del 2006
15-2005	-Juez Superior Loli Bonilla (P) - Juez Superior Sánchez Espinoza (DD) -Juez Superior Cayo Rivera Schreiber	26 de octubre del 2006
51-2005	- Juez Superior Benavides Vargas (P y DD) - Juez Superior Rivera Vásquez - Juez Superior Mendoza Ayma	26 de enero del 2007
33-2005	- Juez Superior Bendezú Gómez (P) - Juez Superior Amaya Saldarriaga. - Juez Superior Vidal La Rosa Sánchez (DD)	8 de junio del 2007

62-2005	- Juez Superior Loli Bonilla (P y DD) - Juez Superior Sánchez Espinoza. - Juez Superior Cayo Rivera Schreiber.	18 de julio del 2007
04-2005	-Juez Superior Sánchez Espinoza (P). -Juez Superior Bendezú Gómez (DD). -Juez Superior Cano López.	2 de noviembre del 2010
049-09	- Juez Superior Sánchez Espinoza (P). - Juez Superior Montoya Peraldo. - Juez Superior Cano López (DD).	21 de septiembre del 2011
021-10	- Juez Superior Sánchez Espinoza (P) - Juez Superior Bendezú Gómez - Juez Superior Cano López (DD)	13 de enero del 2012

Queda claro hasta aquí, que los delitos contra la Humanidad no requerirían de la concurrencia del elemento contextual, lo que haría la diferenciación en cuanto a los “Delitos de Lesa Humanidad” regulados por el Estatuto de Roma. La pregunta es, ¿Qué sucede con aquellos casos en los cuales si se requirió la concurrencia del elemento contextual, aun siendo, delitos contra la humanidad?

Con base en lo especificado por el proyecto de Nuevo Código Penal, ningún delito Contra la Humanidad requeriría de la presencia del elemento contextual, ya que este se encontraría reservado para los denominados delitos de lesa humanidad.

III. Conclusiones

1. La Sala Penal Nacional, con competencia para conocer de la comisión de los delitos contra la humanidad, en la determinación del delito de Desaparición Forzada, exige como un elemento del tipo penal objetivo la concurrencia del elemento contextual; sin embargo, cuando conoce de la comisión de un delito de Tortura no exige como elemento del tipo penal objetivo la concurrencia del elemento contextual
2. Los delitos de derecho penal internacional tienen una estructura diferente a los delitos del derecho penal interno.
3. El elemento determinante que convierte al hecho en un delito de derecho internacional es “el contexto de la violencia organizada”; éste elemento contextual está contenido en cada tipo de delito de derecho internacional.
4. La diferencia entre los Delitos de Lesa Humanidad y los Delitos Contra la Humanidad, corresponde a la fuente, el primero corresponde al Estatuto de Roma, mientras que los segundos corresponden al Código Penal de 1991.
5. El proyecto de Nuevo Código Penal, realiza una diferenciación explícita entre los Delitos cometidos contra el derecho internacional de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad.
6. El proyecto de Nuevo Código Penal, solo exige la concurrencia del elemento contextual ataque generalizado o sistemático contra una población civil, cuando se trate de la conducta del delito de tortura como un delito de lesa humanidad.

IV. Recomendaciones

1. Análisis inmediato de los casos conocidos por la Sala Penal Nacional en los cuales se haya exigido o no la concurrencia del elemento contextual “ataque generalizado sistemático contra una población civil”.

V. Referencias bibliográficas

- Caro Coria, D. C. (2001). *La Tipificación de los Crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en La Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú*". Lima, Perú: Obra Colectiva, Fondo Editorial PUCP, p. 170-171.
- Hendler, E. (2006) Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, p. 19-20.
- Novak F. y Salmon E. (2000). *Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2000.
- Nakasaki Sservigon, C. A. (2003), *Algunos Apuntes de Derecho Internacional Penal a propósito del procedimiento de supervisión de sentencia ante la CIDH generado a partir de la emisión de la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Barrios Altos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Werle, G. (2005) Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, p. 349.

La problemática del aborto en la reforma del Código Penal

Martín Alexander Paredes Ríos

LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL⁴

THE PROBLEM OF ABORTION IN CRIMINAL CODE REFORM

Sumilla: 1. Introducción, II. Los antecedentes históricos del delito de aborto en el Perú, III. La problemática del aborto terapéutico en el Perú, IV. Los sistemas legales para la despenalización del aborto en el Derecho Comparado, V. El problema de las penas simbólicas y el nulo análisis social por parte del legislador para el Proyecto de Ley para la reforma del Código Penal. VI Conclusiones, VII. Recomendaciones, VIII. Referencias bibliográficas.

Resumen

Es importante que la labor legislativa se vea sustentada en el trabajo científico y académico, dejando al lado percepciones morales. En el caso del aborto los juristas se encuentran ante una gran problemática, dado que existen sectores de nuestra sociedad que aún mantienen creencias que nos apartan de la solución.

Palabras claves

Aborto, despenalización, sobrecriminalización, aborto terapéutico, aborto eugenésico.

Abstract

It is important that the legislative work be supported by the scientific and academic work, leaving aside moral perceptions. In the case of abortion jurists they are faced with a big problem, since there are sectors of our society that still hold beliefs that keep us from the solution.

Keywords

Abortio, decriminalization, overcriminalization, therapeutic abortion, eugenic abortion.

⁴ Artículo elaborado por Martín Alexander Paredes Ríos (martin_paredes3@usmp.pe), alumno del XII ciclo de la especialidad de Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres. Alumno miembro del Centro de Estudios en Derecho Penal de la misma casa de estudios.

1. Introducción

En el desarrollo de este breve artículo se podrá ver el avance histórico de la figura del delito del aborto en el Perú, desde los códigos penales primogénitos hasta el actualmente vigente. Bajo un análisis de la legislación internacional, se desarrolla los distintos sistemas de despenalización de aborto que existe actualmente en países de la región y del mundo. Finalmente, bajo una mirada crítica se realiza el análisis de la legislación vigente y del contexto de nuestra sociedad, con la finalidad que el legislador peruano pueda tomar conciencia de la necesidad de reformas que esta figura necesita.

1.- Los antecedentes históricos del delito de aborto en el Perú

1.1.- Código Penal de 1863

Luego de lograr la independencia y entrar en la época republicana, nuestras autoridades de entonces tuvieron varias iniciativas con la finalidad de realizar la primera codificación normativa en el Perú. Este inestable camino comienza con José de San Martín quien dicta el Reglamento Provisional de Huara del 12 de febrero de 1821 y el Estatuto Provisional de Lima del 08 de octubre del 1821. Con estas disposiciones se buscaban solucionar ciertos conflictos que acaecían en dicha época en nuestra sociedad. Debido al desorden legislativo que se daba, el 31 de diciembre de 1825, Simón Bolívar dispone la elaboración del Código Civil y del Código Penal a una comisión presidida por Manuel Alonzo Vidaurre, la misma que no logró cumplir con su labor. Luego de varios años de intentos y fracasos, en el año 1836, el Perú opta por adoptar el Código Penal de Bolivia de 1831 (también llamado Código de Santa Cruz, algunos historiadores la consideran como el primero Código Penal de nuestra época republicana, dejando al lado su origen boliviano). Vigencia que culmina en 1838, año en que la Confederación peruana-boliviana se da por concluida.

Luego de varios intentos de codificación fallidos, el 6 de setiembre de 1956 se da inicio a la realización de nuestro primer Código Penal. En dicha fecha la llamada Convención Nacional nombra a una comisión para que proceda a la revisión de la legislación penal y a la elaboración del Código de Procedimientos en Materia Criminal. Meses después, el 6 de abril de 1957, se nombra como miembros de dicha comisión a José Simón Tejada, José Gálvez, Santiago Távara, Ignacio Novoa y Benavides y a Tomás Lamas. Dicha comisión no termina por realizar el trabajo encomendado; por lo que, el 8 de mayo de 1861 el Congreso de la República nombra a una Comisión Codificadora formada por Manuel Macedo, José Silva Santisteban, Juan de la Cruz Lizárraga, José María Pérez, Epifanio Serpa, Isaac Saero y Evaristo Gómez Sánchez, quienes terminan su labor el 23 de setiembre de 1862. El código realizado por la Comisión fue promulgado el 5 de enero de 1863.

En dicho código el delito de aborto se encontraba tipificado en los Arts. 243°, 244° y 245°. El Art. 243° regulaba la modalidad básica en que se sanciona a la mujer embarazada que de forma dolosa se cause el aborto (auto aborto) o consintiera que otro se lo realice. En el segundo párrafo

de dicho artículo nos encontrábamos ante una modalidad atenuada: *“Si fuere de buena fama, y cometiere el delito obcecada por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajará un grado de la pena”*.

Al respecto, en el Código Penal de 1863 las penas se encontraban divididas por grados, es así que, a mayor culpabilidad del delincuente, nos encontrábamos a un mayor grado de sanción. En este rubro teníamos a la pena de cárcel que se encontraba dividida en 1° con 3 años de sanción, en 2° con 6 años de sanción, en 3° con 9 años de sanción, en 4° con 12 años de sanción y en 5° con 15 años de sanción. Las modalidades atenuadas se encontraban en un grado inferior a la modalidad básica. En el caso de la modalidad básica del aborto la sanción era 4°, es decir, de 12 años de sanción; mientras que la modalidad atenuada descrita en el segundo párrafo del Art. 243° se encontraba en el 3°, es decir, tenía una sanción de 9 años.

Como se puede apreciar, el contexto social de la época obligaba a que la política criminal esté sometida a la moral conservadora y clasiciata de la época, dado que si la mujer realizaba el aborto con la finalidad de evitar manchar el nombre de su familia o la reputación de la misma, ésta era sancionada con mayor benevolencia. En el Art 244° se sancionaba el aborto no consentido, el aborto consentido y el aborto preterintencional, siendo ésta última la de menor reproche penal, dejando en claro la posición sexista de dicho código. En el Art. 245° se encontraba regulada el aborto agravado por la condición especial del sujeto activo. En este artículo se sancionaban con cárcel de 5° a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaban de su ciencia para causar el aborto. Así mismo se sancionaban con cárcel de 3° a las personas que comercializaban bebidas que estén destinadas a causar el aborto. Con esto podemos concluir que en el Código Penal de 1863 el aborto estaba sancionado en todas sus modalidades.

1.2.- Código Penal de 1924

En su exposición de motivos, el legislador de la época expone la urgencia de una reforma penal dado a que los criterios criminológicos y los principios del Código de 1863 habían quedado obsoletos, motivo de los cambios sociales de la época.

El delito de aborto se encontraba comprendido en el título segundo de la sección primera del libro segundo, mencionada conducta y sus diferentes formas delictuales se encontraba tipificada desde el Art. 159° al Art. 164°.

El auto aborto se encontraba contenido en el Art. 159°, mientras que el aborto consentido estaba tipificado en el Art. 160°. Los Art. 161°, 162° y 164° contenían de forma respectiva el aborto no consentido, el aborto realizado por un médico, cirujano, partera, farmacéutica u otro profesional sanitario que abuse de su ciencia para realizar un aborto, y el aborto preterintencional. La gran innovación del Código Penal 1924 fue el aborto terapéutico, la misma que no era reprimida en caso el médico lo haya practicado con el consentimiento de la mujer en caso no hubiera otro medio para salvar la vida de la gestante o con la finalidad de evitar en su salud un mal grave y permanente.

En este último punto es importante precisar que para que el agente que realice el aborto terapéutico quede exculpado de responsabilidad penal era necesario que tenga calidad de médico. Aquí se genera una confusión dado que en el Art. 162° se hace mención al *“médico, cirujano, partera, farmacéutica y cualesquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias”*, generándose una confusión en la interpretación sistemática, teniendo en cuenta que para el legislador el cirujano no contiene la calificación del médico, con lo cual, un cirujano no podría quedar exculpado de responsabilidad penal si realiza un aborto con el consentimiento de la mujer en caso no hubiera otro medio para salvar la vida de la gestante o con la finalidad de evitar en su salud un mal grave y permanente. Nosotros consideramos que el legislador había cometido un error en la redacción de dichos artículos, dado que es evidente que un cirujano tiene calidad de médico, por lo cual, en caso se presentase las condiciones dispuestas en el Art. 163°, éste quedaría exonerado de responsabilidad penal.

1.3.- Código Penal de 1991.

Conforme a lo indicado en el Título Preliminar del Código vigente, nuestro legislador ha considerado al aborto dentro del título que comprende los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud considerando que se debe proteger el derecho a la vida del ser en formación, amparado

constitucionalmente (artículo 2 inc. 1) pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuando le favorece.

En este último punto es importante hacer una precisión. Consideramos errónea la intención del legislador en indicar que *“el que está por nacer se le considera nacido para todo cuando le favorece”*. Suponemos que la conclusión indicada por el legislador parte de extender la interpretación de lo indicado en el Art. 2 Inc. 1 de nuestra Constitución cuando se indica que el concebido es sujeto de derecho en todo cuando le favorece.

Según lo dicho en dicho párrafo del Título Preliminar del Código Penal, el que está por nacer tiene la misma condición jurídica que el nacido, es decir, la persona humana y eso es ontológicamente erróneo. Lo indicado en nuestra Constitución es claro, sí se le reconoce derechos al concebido, pero en ningún caso se le da una ponderación similar al de la persona humana. Y esto parte de una verdad jurídica relativamente básica: Para tener la calidad de sujeto de derecho no es necesario ser una persona humana, dado que también son sujetos de derecho las personas jurídicas. A pesar de parecer ociosa dicha precisión, consideramos pertinente la aclaración dado a lo indicado por nuestro legislador.

Siguiendo esa misma lógica, Castillo Alva (2008) al referirse sobre el criterio de absoluta igualdad del concebido y de la persona indica que *“Una tesis como esta debería coherentemente terminar abogando la supresión e incorporación de una figura en otra, pues si el concebido es igual a una persona no tiene sentido tener que regular el delito de aborto, pues bastaría con el delito de homicidio.”* (p. 899)

Bajo los parámetros antes señalados, el legislador del 91 tipificó al delito de auto aborto en el Art. 114° indicando que *“La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.”* En este artículo se mencionan dos figuras de aborto, el realizado por la misma gestante y el realizado por un sujeto a una gestante con su consentimiento. Esta última figura se ve complementada con el Art. 115° al sancionar al agente que cause el aborto con el consentimiento de la gestante siendo sancionado hasta con 4 años de pena privativa de libertad, habiendo una figura agravada en caso sobrevenga la muerte de la mujer habiéndose podido prever dicho resultado.

La diferencia entre al menor reproche penal de la mujer que se causa el aborto a la del agente que realiza el aborto por pedido de la gestante, se da porque en el primer supuesto *se aprecia un menor grado de culpabilidad de la mujer, ya que le es menos exigible el respeto a las normas que protege la vida humana prenatal, cuando ve condiciona su libertad, su autonomía, y en definitiva, su forma de vida; situación que no se presenta respecto de los terceros que carecen de motivos tan intensos para infringir las normas penales; por tal motivo ante injustos valorativamente equivalentes la mujer recibe un reproche menos que cualquier tercero en virtud de sus circunstancias personales.* (Gálvez Villegas y Rojas León, 2011, p. 577)

El Art. 116° sanciona al agente que realiza un aborto a una mujer sin el consentimiento de ésta, siendo reprimido hasta con 5 años de pena privativa de libertad, y en caso la mujer muera en el procedimiento, el agente podrá ser sancionado hasta con 10 años de pena privativa de libertad.

En referencia del Art. 117° nos encontramos a una condición de agravación dado a la calidad del sujeto activo, dándole un mayor reproche penal que incluye la pena de inhabilitación para el ejercicio de su profesión. El Art. 118° regula el aborto preterintencional dándole una sanción penal de máximo dos años de pena privativa de libertad o con la prestación de servicio comunitario. Continuando con la innovación legislativa del Código del 1924, el Art. 119° regula el aborto terapéutico, agregando la condición que en caso la gestante sea menor de edad su representante legal sea quien autorice el procedimiento de aborto.

Finalmente, el Art. 120° nos encontramos con el aborto sentimental y eugenésico, una de las figuras que mayor controversia ha generado en nuestra realidad. Esta figura sanciona con una pena insignificante el aborto practicado en dos supuestos i) cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente y ii) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

2.- La problemática del aborto terapéutico en el Perú

Fue el Código Penal de 1924 la última en sancionar el aborto terapéutico en el Perú, es decir, dicha práctica se encuentra consentida por el legislador desde hace 92 años. Lapso de tiempo que termina por ser absurda al considerarse que recién hace dos años dicha práctica fue reglamentado por el Ministerio de Salud. Esto quiere decir que el Estado peruano demoró 90 años en establecer las pautas para que los ciudadanos, los centros de salud y los médicos tratantes tengan las pautas para el desarrollo adecuado de dicho procedimiento.

En este punto es importante aclarar que la reciente iniciativa estatal es producto de una orden del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), producto de la violación a los Derechos Humanos de una adolescente de 13 años que, como consecuencia de un intento de suicidio motivo de un embarazo producto de una violación sexual, quedó en un estado grave que urgía un intervención quirúrgica, la misma que fue negada por los médicos responsables, dado que dicha intervención requería que se le practique un aborto. Como consecuencia de dicha inobservancia médica, la menor quedó en estado de paraplejia.

Vale recordar que, a pesar de la orden del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Ministro de Salud de entonces, Alberto Tejada, indicó que la reglamentación del aborto terapéutico no era una prioridad. (Diario La República, 2011, 8 de noviembre)

2.1.- La Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal

Mediante Resolución Ministerial Nro. 486-2014/MINSA de fecha 27 de junio del 2014, se aprueba el reglamento para la aplicación del aborto terapéutico en el Perú. Conforme lo indicado en dicho reglamento, para que se realice el aborto terapéutico en una gestante es necesario que i) el período de embarazo sea menor a las 22 semanas, ii) sea con el consentimiento de la gestante; y iii) **sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.** El lapso desde que la gestante solicita formalmente el aborto y el inicio de la intervención no debe exceder de seis (6) días calendarios.

- i. En referencia al requisito que el período de embarazo sea menor a las 22 semanas, el médico que realizará el procedimiento de aborto deberá determinar la existencia de un embarazo y el tiempo de duración de éste. Asimismo, todo el procedimiento deberá realizarse teniendo en consideración las necesidades de la gestante, teniendo en cuenta el respeto al derecho a la información completa, veraz, imparcial y útil; respeto a su dignidad como persona, privacidad y confidencialidad, a la libertad de conciencia y expresión, el respeto a la voluntad y libre elección; y el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en conformidad con el art. 15 de la Ley General de Salud.
- ii. Para que la gestante pueda brindar su consentimiento del procedimiento a realizarse, es necesario que el personal médico brinde la información necesaria a la gestante o su representante legal sobre el diagnóstico y el procedimiento a realizarse. Esto conforme al **Art. 6.2: Procedimientos Administrativos asistenciales**. Para ello es necesario que, en caso el médico tratante llegue a advertir durante el embarazo la existencia de un riesgo a la vida de la embarazada o la posibilidad de un peligro que pueda causar a la salud de la gestante un mal grave y permanente, deba informar a la gestante sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan. De esta forma la gestante podrá tomar la decisión voluntaria e informada de continuar o de poner fin a su embarazo mediante la realización de un aborto terapéutico.

En caso la gestante tome la decisión voluntaria e informada de ponerle fin a su embarazo, el médico tratante solicitará de forma escrita la aplicación del aborto terapéutico a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia del nosocomio respectivo, informando también a la Dirección General del establecimiento de salud. La Jefatura del Departamento de Gineco obstetricia, una vez recibida la solicitud, convoca a una Junta Médica, la misma que evaluará el caso en concreto.

Conforme a lo indicado en el Art. 6.3 de la guía, la Junta Médica estará constituida por tres profesionales médicos asistenciales, debiendo contar por lo menos con un Gineco obstetra, quien la presidirá y dos médicos cirujanos, uno de ellos especialista o médico relacionado con la patología de fondo que afecta a la gestante. Este punto es muy

importante, dado que al ser requisito esencial que necesariamente la Junta Médica esté conformada por un cirujano o médico relacionado a la enfermedad/condición que provoca el riesgo en la gestante, como se verá más adelante, es necesario que los nosocomios donde se practiquen los abortos terapéuticos tengan por lo menos 10 especialistas de distinta especialización que puedan ser parte de la Junta Médica.

Hecha la solicitud de aborto terapéutico por el médico tratante, la Junta Médica recibirá el informe médico respectivo, evaluará el caso, ampliará la anamnesis, realizarán un nuevo examen de la paciente o, de ser el caso, solicitar exámenes auxiliares si así lo. Una vez realizadas todas las pruebas médicas, en no más cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad, deberán responder a la solicitud de aborto terapéutico.

En caso concluyan que es recomendable proceder a la interrupción terapéutica del embarazo, se comunicará a la gestante o a su representante legal para que suscriba el formulario para el consentimiento informado y la autorización del procedimiento. En caso la Junta Médica concluye que no es recomendable proceder a la interrupción terapéutica del embarazo, el médico tratante comunicará a la gestante la decisión y las razones para ello. La gestante tiene el derecho de solicitar al Director General del nosocomio que se realice una nueva Junta Médica con otros médicos, la misma que deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas. En este caso el Director General deberá constituir por última vez a una segunda Junta Médica, pudiendo además convocar otros especialistas médicos tanto del sector público como del sector privado.

Tomada la decisión por la Junta Médica, el médico tratante informará a la gestante o al representante legal, la decisión de dicha oficina. Si en caso la Junta Médica haya aprobado la interrupción del embarazo, la gestante o el representante legal deberán necesariamente firmar un documento donde se acredite que han sido debidamente informados y en la que también autorización la realización del procedimiento del aborto terapéutico.

Con todo el procedimiento descrito anteriormente, es el Estado quien asume la responsabilidad de evitar la realización de abortos terapéuticos desinformados o contra la voluntad de la gestante.

- iii. Respecto a la determinación de que la realización de aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o que sea el único medio que pueda evitar en la salud de la gestante un mal grave y permanente, el reglamento indica que conforme a la publicación del *“Taller de Sociedades Médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico”* del año 2005, trabajo realizado de forma conjunta por el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Gineco Obstetricia, la Sociedad Peruana de cardiología, la Sociedad de Gastroenterología del Perú, la Sociedad Peruana de Hipertensión Arterial, la Sociedad Peruana de Enfermedades Infecciosas y tropicales, la Sociedad Peruana de Nefrología, la Sociedad Peruana de Neumología, la Asociación peruana de Diabetes y la Asociación Psiquiátrica Peruana; se considera las siguientes condiciones clínicas de la gestante como meritorias para la evaluación de un aborto terapéutico: 1) Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical, 2) Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno, 3) Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal, 4) Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia, 5) Insuficiencia cardiaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento, 6) Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco, 7) Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo, 8) Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento, 9) Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco, 10) Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85%.y con patología grave; y 11) Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.

Es importante señalar que, conforme al numeral 6.3.6, en los casos de Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical y Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo

materno no será necesario llevarse a cabo una Junta Médica, por lo que, el procedimiento se podrá realizar con mayor rapidez.

- iv. Uno de los puntos esenciales de dicha guía, es el tratamiento médico post procedimiento a la que tiene derecho la gestante. Conforme lo indica el numeral 6.9 del reglamento, a la gestante se le debe realizar una consulta a la semana para asegurar la evolución normal post intervención, así como también recibir apoyo emocional y de consejería en salud sexual y reproductiva.

2.2.- La aplicación del protocolo del aborto terapéutico

Conforme a datos del Ministerio de Salud, desde la aprobación del protocolo hasta abril del 2016 solo se habían realizado 24 abortos terapéuticos. Mientras tanto para el Colegio de Médicos del Perú se habrían realizado más de 100 abortos terapéuticos en dicho lapso de tiempo. Según el gineco obstetra Miguel Gutiérrez, especialista en temas de salud sexual y reproducción del Colegio de Médicos del Perú, dicha diferencia se da porque los médicos tratantes no registran dicho procedimiento como “aborto terapéutico” sino con otros nombres como 'aborto incompleto' o 'aborto retenido', que son otras formas de diagnóstico. Según lo indicado por el especialista *"lo que está pasando es que los médicos están procediendo con el aborto terapéutico, pero no lo registran por razones de estigma, por temor, por vergüenza al qué dirán sus colegas"* (diario La República: <http://larepublica.pe/impres/sociedad/759342-aborto-terapeutico-2-anos-despues-aun-hay-barreras-para-su-aplicacion>).

2.3. El riesgo permitido en el protocolo del aborto terapéutico

2.3.1. La sociedad de riesgo y el riesgo permitido

Motivo de los diversos fenómenos inherentes a ella, la sociedad actual ha sido catalogado como una sociedad del riesgo. Es así que producto de los grandes avances tecnológicos, las estructuras políticas y económicas, y diversos factores adicionales, han generado una dinámica en la sociedad que ha contribuido a la generación constante de factores riesgo. En este punto podemos encontrarnos ante varios ejemplos, uno de ellos sería los delitos cometidos con los medios de pago electrónicos, ilícitos que hace 30 años no existían, los mismos que además han generado

un riesgo en la sociedad sobre las operaciones bancarias realizadas en internet o en los distintos aparatos electrónico de pagos. Pero el ejemplo dado nos queda corto al querer profundizar los llamados *riesgos permitidos*.

Esta figura se presenta en condiciones en que la sociedad extiende su margen de permisión con la finalidad de dar continuidad a actividades de carácter esenciales que conlleven a que se asuman los peligros inherentes a ella. Esto se da en varios tipos de actividades, como por ejemplo en actividades de carácter médico. Mediante los riesgos socialmente permitidos, el médico que realiza su labor científica tiene un margen de permisibilidad mayor a un ciudadano cotidiano, siempre y cuando su acción se mantenga dentro de los parámetros establecidos socialmente. Ahora bien, en caso la actuación del médico haya excedido los márgenes tolerables de riesgo aceptados por la sociedad, es susceptible a ser imputado penalmente. Como se puede desprender de lo dicho, son los delitos culposos o imprudentes los que se presentan cuando el agente realiza actos que rebasan el riesgo socialmente permitido.

Sobre este punto el profesor Felipe Villavicencio hace referencia en que *“Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá el riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo”* (Villavicencio Terreros, 2007, revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/2951/2855).

3.- Los sistemas legales para la despenalización del aborto en el Derecho Comparado

Por complicaciones morales y éticas, el delito de aborto ha tenido variado tratamiento normativo en los distintos países de la región. A partir de esta diversidad, se ha podido evidenciar dos tipos de sistemas de despenalización del aborto. La primera, la asumida por nuestra legislación y que se profundizará más adelante, es el llamado **Sistema de indicaciones**. En este sistema solo se permite el aborto por causales expresamente indicadas en la ley. Estas causales se pueden dar en distintitas variantes, desde las médicas hasta las morales. En cambio, en otros países se tiene el **Sistema de plazos**, donde rige la voluntad de la mujer embarazada y el tiempo de gestación de ésta. En este tipos sistemas la mujer tiene la libertad de poder interrumpir su embarazo pero solo en el plazo fijado expresamente en la ley.

3.1.- España

El Código Penal español de 1995 tiene en el Capítulo II del Libro II las sanciones referidas para el aborto, siendo más precisos, son los Arts. 144°, 145°, 145° bis y 146° los que regulan esta figura. Grandes reformas se dieron en el código español desde la entrada en vigor de la *Ley orgánica 2/2010 de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, teniendo como pilar la “autodeterminación consciente” de la mujer.

A partir de la vigencia de esta ley, en España se ha adoptado un sistema al que podríamos llamar mixto, dado que a pesar de la evidente existencia de un sistema de indicaciones, con la vigencia de la *Ley de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, se ha dado a un paso un sistema de plazos.

Es en el Título II de la *Ley de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* en la que se desarrolla lo referente a la interrupción voluntaria del embarazo. En el Art. 12° nos encontramos con que el legislador explícitamente dispone que “*se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley*”, dejando en evidencia la existencia de la vertiente del sistema de indicaciones. Lo mismo lo podemos notar en el Art. 15° donde se describen las causales médicas para la interrupción del embarazo: “a) *Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen;* b) *Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija;* c) *Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”*

En líneas arriba nos referíamos que consideramos que, a partir de la vigencia de *Ley de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, España ha asumido un

sistema mixto, donde el legislador indica las causales médicas en que la interrupción del embarazo es totalmente legítima, pero el legislador español ha dejado en la autodeterminación consciente de la mujer la potestad de poder realizarse el aborto legítimamente, pero dando un plazo determinado para su realización (14 semanas). En este último es donde nos encontramos ante las aristas de un sistema de plazos.

Consideramos que la aplicación del sistema mixto español es acertada, dada que, si bien es cierto da preferencia a los derechos de la mujer y a su desarrollo personal, no deja en desamparo legal al feto, tal como lo indica en su Preámbulo: *“La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención.”*

3.2 Uruguay

A diferencia de lo que quizá muchos pueden llegar a creer por las recientes noticias sobre el tratamiento legal que tiene la interrupción del embarazo en Uruguay, el aborto es una figura sancionablemente penalmente en dicho país. En el capítulo IV del Título XII es donde se encuentra tipificadas dichas figuras. El Art. 325° sanciona el auto aborto y el aborto consentido. En el Art. 325° bis se sanciona la figura de la participación. El Art. 325° ter se sanciona la agravante específica en caso se realice el aborto sin consentimiento de la gestante. En el Art. 326° y 327° nos encontramos ante las figuras agravadas. Finalmente, es el Art. 328° la que describe las causas atenuantes y eximentes. Por méritos de nuestro tema en desarrollo, consideramos importante adentrarnos en los incisos 2 y 4 de dicho artículo.

En el Inc. 2 del Art. 328° se indica que: *“Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo.”*

Mientras que en el Inc. 4 del Art. 328° se hace referencia que: *“En el caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena.”*

- **Ley de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley Nro. 19.987)**

En el año 2012 el legislador uruguayo dispuso que los Arts. 325° y 325° bis de su Código Penal no sean aplicables para las mujeres que hayan cumplido los requisitos que dicha ley regula y dentro de las doce primeras semanas de gravidez. Es importante aclarar que dichos artículos no queda sin efecto totalmente o que son derogados por referida ley, solo quedan sin efecto en ciertas determinadas circunstancias.

Para que la gestante pueda voluntariamente interrumpir su embarazo, aparte de realizarlo durante las primeras doce semanas de gestación, deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud de dicho país, con la finalidad de comunicar al médico tratante las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso. Una vez informado por la gestante, el médico tratante inmediatamente consultará con equipo multidisciplinario, el mismo que estará conformado con un médico especialista en ginecología, un especialista psíquico y otro en área social.

Luego de tomar conocimiento del caso, el equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, informará a la gestante de la norma aplicable a su caso, de las características médicas del procedimiento a practicársele y el riesgo del mismo. El equipo interdisciplinario no solo informará legal y médicamente a la gestante sobre el procedimiento solicitado por ella, sino que también le informará sobre las alternativas que el Estado uruguayo le brindará en caso no decida practicarse el aborto, incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como también la posibilidad de dar al recién nacido en adopción. Consideramos muy importante esto último, dado que, a diferencia de lo que muchos sectores pretenden concluir, esta norma no tiene como finalidad que la gestante proceda a abortar a como dé lugar, sino que tiene como objetivo el de brindarle seguridad médica a la gestante y también de ofrecerle todas las

posibilidades que tiene el Estado en caso no desee continuar con el procedimiento del aborto. De esta forma, la gestante podrá libremente decidir si procede a una interrupción de su embarazo o si continúa con su gestación de forma informada, voluntaria y segura.

Una vez el equipo interdisciplinario haya informado a la gestante sobre lo dicho en el párrafo anterior, ésta dispondrá de un período mínimo de cinco días para que reflexione sobre la medida a tomar. En caso la mujer continúe con su decisión de realizarse el aborto, el médico tratante procederá a realizar el procedimiento inmediatamente.

4.- El contexto social

Nuestra realidad social nos ha obligado a considerar al Derecho Penal como fuente de solución de cada conflicto de intereses que surja, llevando al legislador en emprender un proceso de sobrecriminalización que parece no tiene un límite. El aborto es un problema social y no es un problema del Derecho Penal. La función de esta rama del derecho es subsidiaria a las otras ramas del Derecho, teniendo en consideración además que el Derecho solo justifica su intervención cuando los otros ámbitos de control social no hayan cumplido el objetivo de evitar conductas antisociales.

La pobreza, el bajo nivel educacional y el mal sistema de salud estatal son uno de los tantos motivos que genera que alrededor de 300 mil mujeres al año decidan por practicarse un aborto.

4.1.- La pobreza y el aborto

Según cifras la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar realizada por INEI, es en la zona rural donde se presenta la mayor cantidad de embarazos adolescentes (Ver gráfico 1). Cifras que evidencian que el mayor caso de embarazo juvenil se da en zonas de pobreza y de extrema pobreza. Estas zonas se caracterizan por la poca presencia estatal a nivel educacional y en salud, dejando casi a total desamparo a la población. Debido a esas condiciones, las adolescentes se ven obligadas a continuar con su embarazo, y eso se evidencia aún más cuando es el 60% que no deseaba tener un hijo o no se encontraba con la intención de tenerlo. (Ver gráfico 2).

4.2.- La educación y el aborto

Junto a la pobreza va a la par la nula o la mínima instrucción educacional de las madres adolescentes. Como se puede apreciar en los datos del INEI, el 35% de las madres adolescentes se encontraban en la primaria al momento de quedar embarazadas (Ver cuadro 3). Cifra realmente alarmante, dado que con dichas condiciones, las mujeres no solo quedan obligadas a continuar un embarazo no deseado (ver cifras del Cuadro 2) sino que no tienen las capacidades suficientes para poder salir de la condición en la que se encuentran.

4.4.- El problema de las penas simbólicas y el nulo análisis social por parte del legislador para el Proyecto de Ley para la reforma del Código Penal

Se nos hace inexplicable la forma en que el legislador peruano en el Proyecto de Ley para la reforma del Código Penal presentado en el año 2014 no haya considerado todas las alarmantes cifras sobre reproducción sexual, embarazos adolescentes, deserción escolar por causas de éstos y la poca efectividad que tiene nuestro sistema penal para la prevención de este tipo de delitos. Como se ha indicado anteriormente, ha quedado demostrado que la sobrecriminalización del aborto ha terminado por ser dañina no solo para las mujeres que contra su voluntad continúan gestando, sino también contra la sociedad peruana. El legislador peruano optó por no proponer realizar ni una sola modificación sobre el tema del aborto respecto al Código Penal de 1991, es decir, para el legislador peruano durante 23 años no ocurrió ningún cambio social que originó una evaluación de la tipificación del delito de aborto.

Como se mencionó en líneas anteriores, la realización del aborto terapéutico en el Perú está condicionada a estigmas del personal de nuestro sistema de salud. Muchos de los médicos capacitados para la realización de abortos, no realizan el mismo por temor a sanciones penales y administrativas. En general, al encontrarnos a sanciones penales no tan graves, el mayor caso de ellos no se efectivizan con penas de cárcel sino con otras penas alternativas. En esta idea es importante profundizar un poco más. Según cifras del Ministerio Público, son muy pocos los casos de denuncias por el delito de Aborto, los mismos que se reducen si consideramos los procesos judicializados y terminan siendo aún más ínfimas si consideramos los casos sentenciados. En general el delito de Aborto no cuenta con una punibilidad efectiva, quedando casi como un delito con penas simbólicas que en pocos casos se efectivizan.

Por otro lado, la función preventiva de este delito ha fracasado estrepitosamente, dado que la amenaza de pena no ha generado un cambio en las mujeres que deciden abortar, considerando que las penas que pueden recibir son muy reducidas, si es que nuestro sistema judicial llega a acreditar su responsabilidad penal. Pero esta situación se hace complicada cuando las mujeres deciden realizarse dicho procedimiento de forma clandestina sin contar con supervisión médica adecuada. Es decir, mantener esta figura no reducirá el índice de abortos en el Perú pero si ocasiona que las mujeres realizan dicho procedimiento en condiciones inadecuadas. Con lo dicho se ha dejado en claro que no hay motivo técnico alguno para mantener esta figura en el ámbito penal

5. Conclusiones

Lamentablemente el legislador peruano al momento de realizar su labor no se caracteriza por su alto análisis crítico y científico, sino más bien legisla según los pedidos mediáticos y posiciones morales y religiosas del momento. Dentro este pobre contexto, la problemática del aborto parte primero en el escaparate del pobre nivel social, político y jurídico de nuestro país. Consideramos necesario una nueva visión por parte de nuestro legislador que encamine una real reforma penal bajo un correcto estudio del análisis criminológico y dogmático, dejando a un lado apreciaciones morales y religiosas.

6. Recomendaciones

1. Encaminar la labor político criminal estatal en estudios criminológicos y dogmáticos.
2. Intentar, dentro lo posible, que la labor del legislador se mantenga al margen del clamor popular y de los preceptos religiosos.
3. Frenar el proceso de sobrecriminalización que se vive en la actualidad.
4. Perfeccionar y diversificar los medios de control social estatal, dejando al margen el concepto erróneo de primera ratio del Derecho Penal.
5. Enfatizar la labor estatal de control de natalidad, educación sexual y planificación familiar en la población.

Apéndices

Gráfico 1

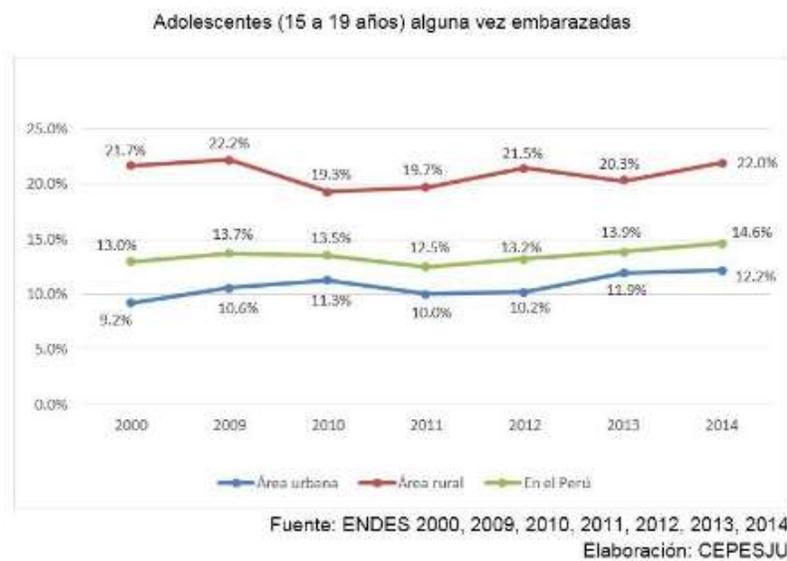


Gráfico 2

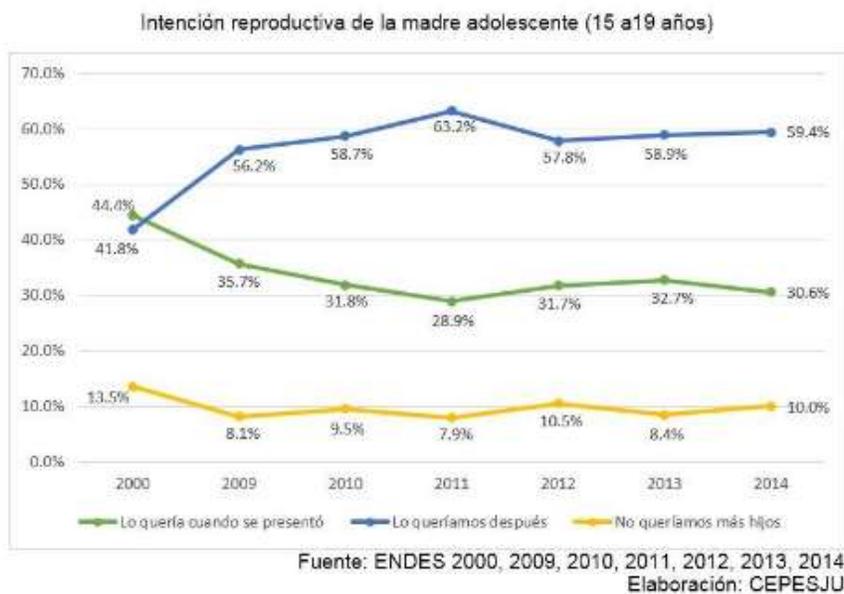
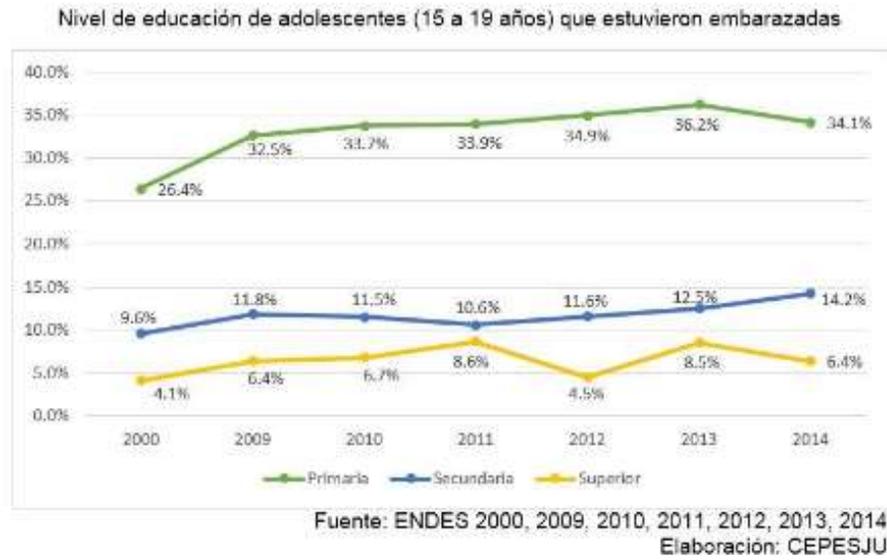


Gráfico 3



7. Referencias bibliográficas

- Castillo Alva, J. L. (2008). *Derecho penal – Parte especial I*. Lima: Grijley
- Gálvez Villegas, T. & ROJAS LEÓN, R. C (2011). *Derecho Penal – Parte especial. Tomo I*. Lima: Jurista editores
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Derecho Penal – Parte General I*. Lima: Grijley
- Villavicencio Terreros, F. (2007). *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Revistas PUCP*.

Referencias legales

- Código Penal y legislación complementaria (2016) España. Recuperado de <https://boe.es> › Legislación › Códigos electrónicos
- Código Penal (1863) Perú
- Código Penal (1924) Perú
- Código Penal (1991) Perú
- Ley 9.155 (1933). Uruguay. Recuperado de www.wipo.int
- Ley Orgánica 2/2010 (2010). España. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>
- Ley 18.987 (2012). Uruguay. Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9251284.htm>

EL DELITO DE PECULADO

Nelson Saul Tasayco Arias

EL DELITO DE PECULADO

EMBEZZLEMENT CRIME

Por: Nelson Saúl Tasayco Arias*

nelson_tasayco@usmp.pe

SUMILLA: 1. Introducción, 2. Concepto y antecedentes, 3. El delito de peculado en el Código Penal de 1991, 4. Bien jurídico protegido, 5. Tipicidad objetiva y subjetiva. 6. ¿Es posible hablar de un peculado por uso de mano de obra de funcionarios o servidores públicos?, 7. El tribunal constitucional respecto al uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal del funcionario o servidor público. 8. ¿es posible hablar de peculado cuando no se hace una rendición de cuentas por los viáticos otorgados a un funcionario o servidor público?, 9. El delito de peculado por extensión. 10. El delito de peculado en el proyecto de nuevo Código Penal. 11. comparación entre el proyecto del nuevo código penal y el código penal vigente de 1991. 12. Conclusiones. 13. Recomendaciones, 14. Referencias bibliográficas.

Resumen

La presente investigación tiene como finalidad el análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal de peculado (doloso, culposo, de uso, por extensión) regulado en nuestra actual legislación penal, dónde se evidencian algunos problemas que se han suscitado en nuestra casuística penal y las soluciones que le han dado nuestros Tribunales a estos casos, contrastándolo con la propuesta del Proyecto de Nuevo Código Penal de 2015.

Palabras clave: Funcionarios Públicos, Servidor Público, Administración Pública, Caudales, Delito Pluriofensivo, Viáticos, Principio de legalidad, Prohibición de analogía.

* Alumno del XII ciclo de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Abstract

The purpose of this research is to analyse the embezzlement crime from both an objective and subjective perspective (intentional, fault, usage, by extension). This crime is regulated by our current criminal law, where problems from our penal casuistry and solutions given by our Courts have been outlined. To be said, this was compared to the proposal about the project given by the 2015 New Penal Code.

Keywords: Civil Service, Public Servant, Public Administration, Wealth, Multi offensive crime, Supply, Principle of legality, Analogy Prohibition.

1. Instrucción

En la actualidad, los casos de corrupción y delitos que atentan contra la Administración Pública y la Administración de Justicia vienen en aumento y se convierten en el pan de cada día. Aunado a ello, el crimen organizado que se ha ido posicionando dentro de los procesos sociales, económicos, políticos y culturales de nuestra sociedad evidenciando que estos grupos delictivos organizados han abandonado la marginalidad y se han posicionado dentro de nuestros sistemas políticos y económicos ,afectando la Administración Pública.

En base a esta realidad, en el proyecto del Nuevo Código Penal de 2015, podemos advertir algunos cambios con respecto al tipo penal de peculado, en donde lo más resaltante es el marco punitivo que resulta siendo un poco más severo a diferencia de lo que establece el Código Penal de 1991; este cambio no sólo resulta evidente en el delito de Peculado, sino en los diversos delitos contra la Administración Pública en general.

Si bien en este nuevo proyecto el legislador ha integrado nuevas fórmulas legales, nuevas modalidades típicas, a su vez ha suprimido otras que existen en el Código penal de 1991 como la eximente por el uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo, lo cual fue materia de revisión por El Tribunal Constitucional dejando en claro el marco punitivo para esos casos y que en este nuevo proyecto no se encuentra regulado, lo cual podría generar grandes controversias.

2. Concepto y antecedentes

El vocablo peculado es una palabra compuesta que deriva de dos vocales latinas pecus (ganado) y latus (hurto). El ganado era considerado uno de los bienes más preciados en la Roma monárquica y republicana que servía como medio de cambio y a su vez definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano.

Siguiendo a Rojas Vargas (2016), el delito de peculado no es un delito novedoso, no es algo que recién ha surgido, sino que es una conducta que ha ido evolucionando con el pasar del tiempo y es uno de los más antiguos delitos de función que conoce la historia del derecho

penal. Fue severamente castigado en el derecho ateniense y romano. En la época prehispanica el delito de peculado era penado inclusive con la muerte.

En el Siglo XIX se tenían regulados una serie de modalidades sobre la base de dos ejes principales: el peculado propio o básico y el peculado por extensión o impropio. El primero de ellos era cometido por funcionarios o servidores públicos que se apropiaban o sustraían bienes públicos, que por razón de sus atribuciones inherentes a su cargo, eran poseídos material o jurídicamente por dichos sujetos; mientras que en el segundo caso, el tipo penal extiende su tipicidad comprendiendo a una serie de sujetos particulares los cuales resultan reputados normativamente funcionarios públicos que por encargo o delegación administran bienes públicos destinados o empleados en fines sociales. (Rojas Vargas, 2016, p. 233)

El peculado propio, regula a su vez, una modalidad dolosa y otra culposa, los que a su vez pueden básicos o agravados. El peculado doloso registra las siguientes modalidades:

- a. Por apropiación
- b. Por sustracción
- c. Por utilización o distracción genérica
- d. Por distracción o uso específico
- e. Por aplicación distinta o malversación
- f. Por aprovechamiento del error de otro
- g. Por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado
- h. Por demora injustificada en los pagos ordinarios
- i. Por rehusamiento a la entrega de bienes

De todas estas modalidades, el Código Penal peruano no regula el peculado por sustracción, por aprovechamiento del error ajeno y el peculado por aprovechamiento de trabajos o servicios remunerados por la administración pública. (Rojas Vargas, 2016, p. 234)

3. El delito de peculado en el Código Penal de 1991

En un primer momento, el art. 387° del Código Penal fue modificado por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993, cuyo texto era el siguiente:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Luego, fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, cuyo texto era el siguiente:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, o consciente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años''.

El mismo año, se modificó nuevamente este tipo penal con la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011, de la siguiente manera:

*''El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, **para sí o para otro**, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

*Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será **no menor de ocho ni mayor de doce años**.*

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años''.

Finalmente, en el año 2013, se volvió a modificar este tipo penal conforme lo establecía el artículo único de la Ley N° 30111, el cual incluyó además de la pena privativa de libertad, la pena de multa; es así que, este texto se regulo de la siguiente manera:

*“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y **con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.***

*Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y **con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.***

*Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y **con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.***

*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y **con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa**”.*

Como podemos apreciar el delito de peculado se ha ido actualizando y desarrollándose, intensificando las penas e incluyendo penas de multa; sin embargo, el modelo peruano de peculado se ha caracterizado por incluir en un solo tipo penal las figuras dolosa y culposa de peculado.

Asimismo en el art. 388° del Código Penal, se regula el delito de Peculado de uso, conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 (anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011; y por el artículo 1° de la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio de 2011) cuyo texto es el siguiente:

“El funcionario o servidor Público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo. ”

Como se puede apreciar, en el tercer párrafo del art. 388° se regula una excepción al tipo penal de peculado de uso lo cual lo exime de pena en el caso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

4. Bien jurídico protegido

En el delito de peculado podemos encontrarnos con dos vertientes. Por un lado se asume una posición patrimonialista que privilegia la tutela del patrimonio público y por otro lado se sigue con la tradicional defensa de los deberes de lealtad del funcionario para con la gestión de los recursos públicos. (Rojas Vargas, 2016, p. 236)

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia europea se han inclinado por considerar al delito de peculado como un delito pluriofensivo, en tanto busca asegurar la protección no sólo del patrimonio público sino también la lealtad del funcionario o servidor público para la gestión de los recursos públicos.

La Corte Suprema de la República ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección 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.

En nuestra jurisprudencia nacional, nuestros tribunales se han manifestado en los siguientes términos:

Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 11-2011, del 8 de agosto de 2006 (CASO CROUSILLAT)

“Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público”.

Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° AV-23-2001, del 23 de julio de 2009. (CASO CTS MONTESINOS)

“El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización d acaudales o efectos públicos (...) siendo su

nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensivo. En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los interés patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad''.

5. Tipicidad objetiva y subjetiva

De acuerdo a Rojas Vargas (2016) el **sujeto activo** en el delito de peculado es el funcionario o servidor público que por razón del cargo posee (directa o jurídicamente) caudales o efectos. Es decir, se ha restringido la calidad de autor del delito de peculado, de modo tal que no es suficiente tener la calidad de funcionario o servidor público, sino que este tiene que estar vinculado funcionalmente con los caudales o efectos de los cuales se apodera, de no ser así no estaría cometiendo peculado sino sencillamente un hurto común o, de ser el caso, apropiación ilícita. Si bien para que un funcionario pueda ser considerado autor del delito de peculado, no es necesario que los recursos o caudales públicos tengan que encontrarse bajo su tenencia material directa; lo que se exige es que el funcionario cuente con disponibilidad jurídica. La disponibilidad jurídica implica que el agente tenga, por efecto de la ley, libre disposición sobre los bienes, caudales o recursos. Es decir, el funcionario debe tener una competencia específica sobre los recursos públicos, adquirida por efecto del cargo público que desempeña y esta competencia, como bien señala Montoya Vivanco (2015), debe consistir en tener la facultad para poder disponer de los recursos sin necesidad de mantenerlos, materialmente, bajo su custodia. Este tema ha quedado esclarecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116. El **sujeto pasivo** viene siendo el Estado, ya que se protege el patrimonio del Estado y la función pública.

El **comportamiento típico** del peculado doloso admite dos modalidades: el peculado por apropiación y el peculado por utilización. En el primer caso, estamos frente al funcionario o servidor público que incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico. En el segundo caso, el agente no tiene la intención de hacerse propietario de un bien, sino lo que busca es aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad de apoderamiento definitivo o ingreso del bien a su esfera de dominio patrimonial o de tercero; en este caso se utiliza el caudal o efecto lo cual supondría un apoderamiento temporal sin fines de apropiación. (Rojas Vargas, 2016, p. 241-242)

El **objeto material del delito** son los caudales o efectos. Los *caudales* comprenden fundamentalmente al dinero u otros objetos dotados de valor económico y los *efectos* comprenden a los documentos de crédito – valores en papel, título, sellos, estampillas – emanados de entidad estatal, que representan valores económicos y tienen carácter de negociables. (Ejecutoria Suprema RN N° 4174-96 Junín)

En el ámbito de la **imputación subjetiva** el peculado es un delito que puede ser cometido a título de dolo o culpa. En lo que respecta al *peculado culposo*, este tipo penal se presenta cuando el funcionario o servidor público permite con sus imprudencias que terceras personas se lleven los bienes, es decir, lo que está en juego aquí no es la honradez la probidad del funcionario sino una correcta administración del patrimonio público y preservar la intangibilidad de ese patrimonio. (Rojas Vargas, 2016, p. 256)

A entender del profesor Rojas Vargas (2016), la redacción utilizada por el legislador para regular el delito de peculado culposo resulta técnicamente desafortunada, dado que circunscribe el núcleo de la acción en el hecho de que sean terceros los que sustraigan el bien por descuido del funcionario o servidor público, y no que este sea el que se apropie por culpa; en otras palabras, el autor de la sustracción no es propiamente el sujeto público, vinculado por razón del cargo con el bien público, sino terceras personas (extraneus), y por lo tanto, haber hecho descansar el núcleo del ilícito en la apropiación negligente de los bienes o caudales por actos directos del sujeto público, habría sido una aplicación

maximalista del derecho penal con más desventajas que méritos para la administración pública, dado que para ello resulta suficiente el derecho administrativo disciplinario.

6. ¿Es posible hablar de un peculado por uso de mano de obra de funcionarios o servidores públicos?

Como es sabido, con el pasar del tiempo van surgiendo nuevas figuras delictivas por lo cual los tipos penales deben irse modificando o actualizando, integrando nuevos tipos penales o complementando los que ya existen y en este sentido, el Estado no se debe mantener neutral ante esta realidad social, sino que está orientado a crear las condiciones sociales reales que favorezcan el desarrollo de las capacidades del individuo. (Mir Puig, 1994: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-jurisprudencial-1.pdf>).

Es por ello, que el estado protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Apropiarse o hacer un uso indebido de los recursos públicos con la finalidad de satisfacer un interés particular conduce a obstruir y poner en peligro el correcto desenvolvimiento de la Administración Pública en un Estado Social de Derecho.

En este caso, lo que se pretende proteger en el delito de Peculado es la funcionalidad pública de los recursos del Estado. Es a partir de esta base que se debe analizar los elementos contenidos en la norma penal que prohíbe el delito de peculado y la posibilidad de que se impute un peculado por utilización de mano de obra. (Rodríguez Vásquez: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-jurisprudencial-1.pdf>)

En primer lugar debemos tener claro qué se entiende por caudal y efecto público ya que son el objeto material del delito de peculado. Muñoz Conde (2007), afirma que los *caudales* abarcan todo recurso y bien mueble que tiene un valor económico apreciable. Por otro lado, Abanto Vásquez (2003), señala que los *efectos* son documento de crédito negociable emanado por la administración pública. Ahora bien, se debe tener en cuenta que estos caudales o efectos deben estar bajo la disposición jurídica de la administración pública.

Ahora bien ¿Es posible que la mano de obra se interprete como caudal público?, teniendo en cuenta que el caudal público es un recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la administración pública; partiendo desde este punto, es posible considerar la mano de obra como caudal público y por lo tanto, el funcionario que utiliza la mano de obra de un servidor público, que está a su cargo, para satisfacer intereses privados está realizando un comportamiento que se adecua al tipo penal establecido en el art. 387°, debido a que dicho comportamiento estaría poniendo en peligro el rol legal y prestacional de la administración pública, en el supuesto que se estaría usando a un empleado contratado por el Estado para realizar labores particulares de un funcionario público en horas en que deba prestar sus Servicios a la Institución Pública donde trabaja.

7. El tribunal constitucional respecto al uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal del funcionario o servidor público

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante STC 04298-2011-PA/TC del 17 de abril del 2013, ha señalado que el uso personal del vehículo, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso “familiar” o “amical” del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. Si bien el vehículo oficial del alto funcionario, no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso); sin embargo, tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica ya que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente

circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable.

Falta de congruencia entre los fundamentos de la solicitud cautelar y lo que resolvió el juez constitucional

En el caso del Ex Alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles, en el cual se manifestó el Tribunal Constitucional donde el tema de fondo era *saber si el hecho de haber cedido en uso la camioneta de la municipalidad a sus hijos para que vayan al Jockey Club de Chiclayo a sus clases vacacionales de verano se subsume o no en el tipo penal de peculado de uso*, lo cual resulta improcedente en sede de un proceso constitucional, dado que el alcalde debió plantearlo a su debido momento, mediante una excepción de improcedencia de acción y agotar todas las instancias correspondientes en caso el resultado de tal defensa le hubiese sido adversa.

Se le crítica al Tribunal Constitucional, haberse excedido groseramente respecto a los extremos argumentados por el solicitante, los cuales fueron dos, y que conciernen a las supuestas violaciones del principio de legalidad y de la garantía del juez natural.

En lo que concierne al principio de legalidad penal y de la prohibición de analogía e interpretación extensiva, el alcalde alegó lo siguiente:

‘‘El artículo 388° del Código Penal establece claramente que no están comprendidos en este artículo los vehículos asignados al uso personal. Es decir, basta con que la camioneta haya sido asignada a mi uso personal para que no sea aplicable el tipo penal de peculado de uso, independientemente de que en los hechos concretos se afirme que el vehículo haya estado siendo utilizado por mi persona o mis hijos’’.

Se puede apreciar de este planteamiento que, el tema de la motivación pasa a un segundo plano ya que para el alcalde, lo único que importa es el hecho de que la camioneta se le

asignó a su cargo y que el tipo penal no tipifica como delictuosa la conducta de cederla en uso a terceras personas. (Balcazar Quiroz, 2012, p. 148)

Respecto a la violación de la garantía del juez natural, el juez constitucional no dio el más mínimo argumento de por qué, en efecto, el juez natural era el Juez Superior Provisional Wilson Vitalino Medina Medina, por lo que su resolución cautelar deviene en manifiestamente nula. Aunado a ello, existió otra extralimitación por parte del juez constitucional, ya que en ningún extremo de la solicitud cautelar el alcalde se refirió a la supuesta reunión del Presidente de la Sala Penal de Apelaciones con un tercero que sería “allegado” a la primera regidora de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, ni aparecen de los anexos de la petición cautelar las aludidas fotos y/o notas de prensa, lo que pone de manifiesto una cierta parcialidad por parte del juez constitucional y, en último término, configuraría un delito de prevaricato.

El juez constitucional fundamentó su resolución en notas periodísticas, los cuales no obraban en el cuaderno cautelar, lo cual evidencia una vulneración de las principales garantías de la función jurisdiccional: de la seguridad jurídica y del principio de la necesidad de la prueba. En otras palabras, el juez constitucional fundamentó su resolución en hechos no alegados por el amparista incorporando irregularmente a la relación procesal un hecho no alegado por el alcalde. Además, cabe mencionar que el juez constitucional carecía de jurisdicción en dicho asunto porque la discusión acerca de la aplicación del principio de legalidad penal y de la tutela judicial efectiva corresponde de al juez penal a través del proceso de hábeas corpus. El artículo 4 párrafo 2 del Código Procesal Constitucional es muy claro: “El Habeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. ”

8. ¿Es posible hablar de peculado cuando no se hace una rendición de cuentas por los viáticos otorgados a un funcionario o servidor público?

Los viáticos aún son considerados un elemento problemático; sin embargo, los viáticos representan un límite de la tipicidad del delito de peculado doloso. Se entiende por **viático** un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública

con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, es la asignación en dinero o en especie, fuente de financiamiento; por viajes dentro del país (o fuera del país), al que perciba el comisionado por cualquier concepto de viajes en comisión de servicio oficial o capacitaciones autorizadas. (Guimaraymori y Hassenteufel, 2015, p. 109)

Es así que, los viáticos entregados al funcionario o servidor público para gastos de movilidad, alimentación, hospedaje, etc., se producen en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre **sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas**, ya que la finalidad de estos viáticos es ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales. (Guimaraymori y Hassenteufel, 2015, p. 109)

El problema que surge en la doctrina y jurisprudencia radica en determinar si el no reintegro de saldos no utilizados por parte del funcionario público que recibe los viáticos constituye un delito de peculado por apropiación o por utilización (distracción) o si, por el contrario, dicho hecho no tiene relevancia penal, teniendo en cuenta que en ciertas instituciones públicas, los viáticos no se encuentran sometidos a rendición de cuentas efectiva y se basan en el principio de confianza y la declaración del propio funcionario público, lo cual determinaría la imposibilidad material de apreciar actos de apropiación de viáticos; y por otro lado existen instituciones públicas donde el régimen legal de los viáticos es más estricto y se intensifican los controles administrativos, incrementándose las posibilidades efectivas de atribuir al funcionario o servidor público actos de distracción de caudales públicos.

La norma que regula los viáticos en casos de viajes al extranjero, el Reglamento de la Ley N° 27619 (Decreto Supremo N° 047-2002-PCM) establece en su artículo 6 que la obligación de sustentación documental de gastos por parte de los funcionarios o servidores públicos que realicen viajes al exterior debidamente autorizados, se limita al 70% de los viáticos asignados en tanto que el 30% restante podrá ser sustentado mediante declaración jurada. Esta fórmula se repite continuamente en diversas normas administrativas que regulan la cuestión en otros sectores de la Administración Pública, como por ejemplo la Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE.

A nuestro entender, el hecho de que el funcionario o servidor público tenga la obligación de rendir cuentas y devolver el dinero que no ha gastado, el no hacer esta rendición no genera la concreción del delito de peculado, pero si la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral y en consecuencia se incurrirá en una falta administrativa mediante un proceso administrativo por no haber devuelto lo que no utilizó para efecto de sus gastos personales pero no se configura el tipo penal de peculado.

Distinto sería el caso en que el funcionario público encargado de entregar este monto dinerario en calidad de viáticos a otro funcionario o servidor público, decide no hacerlo y apropiarse de ese monto.

“(…) Realiza el tipo penal del delito de peculado el agente, empleado del Instituto Nacional Penitenciario encargado del pago de los viáticos al personal de esa entidad, que suplanta la firma de uno de los beneficiarios de dicho pago con la finalidad de lograr su propósito de apropiarse de ese monto de dinero (…)” (Castilla Alva, 2006, p. 420)

Por lo tanto, lo importante es determinar si este delito de peculado se cometería por la apropiación del dinero recibido en calidad de viáticos o por su indebida utilización. Sin embargo, el dinero entregado al funcionario en calidad de viáticos, son entregados “en propiedad”, es decir, un agente público, no podrá apropiarse de algo que ya se encuentra dentro de su esfera patrimonial. En este sentido, considero que la no devolución del saldo no utilizado de los viáticos entregados no constituye un delito de peculado. En conclusión, es necesario precisar que la administración desleal o el uso indebido de estos viáticos no constituyen una apropiación en sí.

Sin embargo, Reyna Alfaro (2011) señala que debido a que los viáticos son asignados al funcionario público para realizar actos de función específicos – los relacionados a las actividades que debe desempeñar fuera de la localidad -, es posible sostener la existencia de una *relación funcional específica* entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los

delitos funcionariales: La *infracción del deber*. En este sentido, es posible afirmar que los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función de su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del delito de peculado.

9. El delito de peculado por extensión

El legislador ha regulado el delito de peculado por extensión o también denominado peculado impropio en el art. 392° del Código Penal, los cuales guardan concordancia con los delitos de peculado (doloso, culposo y de uso) y malversación de fondos.

Artículo 392.- Extensión del tipo

“Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.”

Lo que resulta insólito es el hecho de que el legislador haya incluido o considerado en este tipo penal a un determinado grupo de personas que no son funcionarios públicos desde la perspectiva del Derecho Administrativo; máxime si tenemos en consideración que tanto el delito de Peculado como el de Malversación de Fondos se tratan de delitos especiales, donde el sujeto activo como mencionamos anteriormente, solo puede ser un funcionario o servidor público que por razón del cargo posee directa o jurídicamente caudales o efectos provenientes de la Administración Pública.

Sin embargo, en este tipo penal no solo abarca a personas ajenas a la Administración Pública, sino también al patrimonio afectado donde se incluye la protección del patrimonio privado con una determinada connotación pública.

Podemos advertir, respecto al sujeto activo que no existe el rol especial o deber que surge del ejercicio de la función pública, ni el vínculo funcional de disposición de los bienes puestos a su administración, sino más bien surge un eventual compromiso con un patrimonio con el que se vincula voluntariamente y que nace de una disposición de la autoridad competente o del carácter asistencial del mismo. (Urrutia Oré, 2012, p. 181)

Por lo tanto, no estamos frente a una nueva conducta, sino ante una ampliación del campo de autores y del ámbito de protección al patrimonio privado que excepcionalmente también se da el caso de que se trate de patrimonio público.

Esta calidad de funcionario o servidor público se encuentra regulada en el inc. 4) del art. 425° del Código Penal donde se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración Pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente.

En el supuesto de los depositarios o administradores de dineros o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, dichos sujetos, y específicamente los depositarios judiciales, tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confían a dichos sujetos particulares la administración, custodia o el depósito de los bienes o dinero.

CASTRO MORENO/OTERO GONZALES (2014), son de la idea que el tipo penal de peculado por extensión resulta distorsionador del peculado, por tres motivos: i) Este tipo penal no solo extiende el círculo de autores sino también las penas del delito de peculado a sujetos que no son funcionarios ni servidores públicos, ii) La búsqueda de un bien jurídico común que dote de contenido a toda esta sección resulta una tarea imposible de solventar debido a la disparidad de conductas, sujetos y objetos materiales contemplados, iii) Presenta serios problemas de deslinde con diversos preceptos del Código Penal, concretamente con los artículos 425.4, 190 segundo párrafo y 209 del CP. Por todo ello concluyen que este tipo penal es de escasa importancia y utilidad en el ordenamiento jurídico-penal peruano, proponiendo de lege ferenda su supresión del Código Penal.

A su vez Rojas Vargas (2007), considera que es injusto aplicar las penas de los sujetos públicos a particulares que no tienen deberes especiales de garante para con el Estado. En esta misma línea, Hugo Alvarez (2006), ha expresado su disconformidad con la ampliación del tipo a los agentes particulares porque significa un retroceso en la evolución del tipo y olvida realidades como que el delito de peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo; que las normas están referidas a los funcionarios o servidores públicos y no a los particulares; que el bien jurídico tutelado es el correcto desarrollo de la administración pública, y el particular no viola dicho bien jurídico.

En lo que respecta a la legislación comparada, podemos hacer mención del anterior Código Penal Colombiano que también regulaba el delito de peculado por extensión; sin embargo, el actual Código Penal Colombiano, traslado esta figura al delito de abuso de confianza calificado, donde en la Exposición de Motivos de la Ley 599 de 2000, el legislador penal colombiano expresó lo siguiente:

«Se creó el delito de abuso de confianza calificado –art. 243- que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señalados en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el relato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de un verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado sin relación alguna con la función pública. El llamado actualmente peculado por extensión se consagró como un tipo autónomo denominado abuso de confianza tal y como se explicó en el acápite correspondiente» (Abello Gual, 2014, p. 61).

Por otro lado, en la doctrina argentina, Donna (2002) entiende que el sentido de esta equiparación de los caudales embargados, secuestrados o depositados por orden de autoridad competente obedece a que el Estado pretende proteger a los propietarios o titulares de algún derecho respecto de estos bienes que han entrado en la órbita especial de protección legal por motivos jurídicos. Está claramente presente la idea de servicio público extendida a la esfera judicial (p. 302).

Como podemos apreciar, existen diversas posturas a favor y en contra del tipo penal de peculado por extensión, donde la crítica recae siempre en la calidad del sujeto activo donde existe un rechazo absoluto de considerar a determinados particulares como funcionarios o servidores públicos.

10. El delito de peculado en el proyecto de nuevo código penal

En el proyecto del nuevo código, el delito de peculado se encuentra regulado en los artículos 620, 621 y 622:

Art. 620°. PECULADO

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos y cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación no menor de diez años conforme a los literales a,b y n del art. 41 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En los casos en que el valor de los caudales o efectos públicos no sobrepase una unidad impositiva tributaria, siempre que no se trate de los funcionarios públicos señalados en el art. 99 de la Constitución Política, el agente es reprimido con inhabilitación conforme a los literales a,b y n del art. 41 no mayor de cinco y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, inhabilitación conforme a los literales a,b y n del art. 41 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Iguales penas se aplican si los caudales o efectos, independientemente de su valor, están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. ”

Art. 621°. PECULADO POR IMPRUDENCIA

*“El funcionario o servidor público que, por imprudencia, da ocasión a que se efectúe por otro la apropiación o utilización de caudales o efectos es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con multa de sesenta a ciento veinte días – multa. SI los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de ocho años e **inhabilitación de conformidad con los literales a,b, e, i del art. 41°.**”*

Art. 622°. PECULADO POR USO

“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o **aprovecha**, o permite que otro use o **aproveche** vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo o **servicios destinados al cargo público que ejerce**, afectando el servicio o la función encomendada, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, **inhabilitación no menor de seis años conforme a los literales a,b y n del art. 41° y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.**

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública o se hallan bajo su guarda, independientemente del grado de afectación de la obra. ”

11. Comparación entre el proyecto del nuevo código penal y el código penal vigente de 1991

Como se puede apreciar en este Nuevo Proyecto de Código Penal, se amplía el marco de punibilidad ya que se incluye también el uso de servicios destinados al cargo público que ejerce, haciendo referencias al uso de algún servidor para que realice otra actividad ajena a su cargo, es decir, el legislador pretende culminar con la problemática de interpretación existente en el vigente código penal de 1991, incluyendo al uso de mano de obra de

funcionarios o servidores públicos como delito de peculado, lo cual no se encontraba claramente regulado en el código penal de 1991.

La parte general del Código Penal, prevé la sanción de inhabilitación para todos los delitos de corrupción cometidos por funcionarios o servidores públicos; sin embargo, en este nuevo Proyecto de Código Penal, el legislador hace mención expresa de esta medida en cada uno de los tipos penales de corrupción. Si bien esto puede resultar redundante tomando en cuenta que este tipo de sanción ya se encuentra regulado en la parte general del Código Penal, es una forma de uniformizar la interpretación judicial sobre la materia ya que en algunas ocasiones los jueces no imponían esta sanción de inhabilitación simplemente porque el tipo penal no lo prevé, obviando lo que se establecía en la parte general del Código Penal.

Este nuevo proyecto de código penal faculta al juez a eximir de pena al culpable del delito de peculado, cuando el monto de lo apropiado o sustraído sea menor a una unidad impositiva tributaria; planteando una excepción a esta eximente la cual no será aplicable a todos los autores del delito, pues los funcionarios públicos de más alta jerarquía no podrán beneficiarse con esta medida. De otro lado, aun cuando la pena privativa de libertad no sea aplicable, la obligación de reparación civil será plenamente ejecutable. Esta medida se sustenta en criterios de economía procesal debido a que en muchos casos se activaba o se ponía en funcionamiento a todo el aparato de justicia por unos pocos soles, lo cual no resultaba muy razonable.

Sin embargo, el legislador deja abierta la posibilidad de que el juez decida imponer la pena aun cuando el monto apropiado no sobrepase la unidad impositiva tributaria, pues se entiende que en algún caso, los hechos ameritarán actuar en ese sentido. Por lo tanto existen casos en los que si existen criterios materiales que sancionan el delito de peculado sin tomar en cuenta el monto utilizado o apropiado, como por ejemplo cuando se trate de caudales o efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Con lo cual, todos los casos de peculado por debajo de una unidad impositiva tributaria que no versen sobre programas asistenciales tendrán la misma naturaleza, y si existe alguna forma de

distinguirlos será por cuestiones subjetivas, con lo cual volveríamos al “derecho penal de autor”.

Asimismo, podemos apreciar que el legislador ha excluido la exención normativa que si se encontraba regulado en el código penal de 1991 en el tercer párrafo del art. 388° en el cual no están comprendidos vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo. En razón de esta modificación, podrían surgir algunos problemas de interpretación ya que por un lado los ordenamientos jurídicos prevén que cuando la ley no establezca el destino que hay que dar al bien, el funcionario debe darle el destino que es conforme al “bien común” y en este sentido se podría decir que el vehículo otorgado al funcionario público en razón de su cargo pueda salir de su esfera de uso personal ya que la norma no dice nada respecto al uso de dicho vehículo otorgado en razón de su cargo; sin embargo, también puede surgir la idea de que al no haberse regulado dicha eximente, el simple hecho de que el funcionario público permita que otra persona ajena a él utilice el vehículo pueda configurar el delito de peculado de uso, apartándose de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional al señalar que si bien el vehículo oficial del alto funcionario, no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso); sin embargo, tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica ya que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él.

12. Conclusiones

- En conclusión, el legislador no ha realizado cambios sustanciales para este tipo penal de peculado, se ha enfocado más en intensificar las sanciones para los delitos de corrupción en general; ha incorporado nuevas modalidades típicas, pero por otro lado ha eliminado otras figuras existentes en el Código Penal de 1991, lo cual no resulta tan razonable.
- La intensificación de las penas por parte del legislador se basan en un sentido de política criminal, lo cual en cierta forma resalta la ineficacia del Estado para crear mecanismos alternos de control o prevención de la corrupción ya que el tiempo nos ha enseñado que la actividad delictiva no se reduce cuando las penas son agravadas.

13. Recomendaciones

1. Tratándose el delito de peculado de un delito vinculado con el patrimonio de la Administración Pública, es razonable la idea del legislador de intensificar este tipo penal; sin embargo, intensificar las penas de un tipo penal no siempre es la mejor salida sino viene acompañado de una estructura típica óptima. En este sentido, lo que el legislador debe buscar es adecuar la normativa nacional a las diversas modalidades delictivas que presenta el delito de peculado.
2. Si bien el legislador ha incluido una nueva modalidad típica que en el código penal de 1991 no se encontraba regulado, estamos hablando del uso de algún servidor para que realice otra actividad ajena a su cargo, es decir, se incluye el uso de mano de obra de funcionarios o servidores públicos; para lo cual diversas opiniones doctrinarias proponían incluir esta modalidad como delito de peculado de uso. Sin embargo, el legislador ha incluido nuevas modalidades típicas y por otro lado ha eliminado una eximente del delito de peculado de uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal del funcionario o servidor público, lo cual genero mucha controversia y ahora el legislador ha optado por eliminar dicha eximente, que sin lugar a dudas va a seguir generando mucha controversia en los casos que se susciten.

14. Referencias bibliográficas

- Abanto Vásquez, M. (2003) *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, p. 349.
- Abello Gual (2010) El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad empresarial por administración de fondos parafiscales en las EPS en Colombia, en *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. XIII.
- Álvarez Hugo (2006) El delito de peculado, Lima: Gaceta Jurídica, 1ª Ed. p. 374.
- Álvarez, Hugo. (2006) El delito de peculado, Lima: Gaceta Jurídica, 1ª Ed., p. 374.
- Balcázar Quiroz, J. (2012) *El delito de peculado de uso: Comentario a la Sentencia que condena al Alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles*. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 36, pg. 148.
- Castro Moreno/Otero Gonzales. (2014) Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano», en *Tratado de derecho penal: Desafíos del derecho penal contemporáneo*. Normas Legales, Trujillo, p. 592 y ss.
- Donna, E. A. (2002) *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 302.

- Guimaraymori, Erick y Hassenteufel Salazar, Oscar (2015) Acerca del sustento de punición y del sistema de participación criminal en el delito de peculado peruano y boliviano. Citado por Montoya Vivanco, Y. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, pg. 109.
- Mir Puig, S. (1994) *El derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, Citado por RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Peculado por uso de mano de obra de funcionarios públicos*. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-jurisprudencial-1.pdf>
- Montoya Vivanco, Y. (2015) *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Perú: IDEHPUCP, pg. 108.
- Muñoz Conde, F. (2007) *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia, Tirante Lo Blanch, pg. 999. Citado por Rodríguez Vásquez, J. *Peculado por uso de mano de obra de funcionarios públicos*. Recuperado de: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-jurisprudencial-1.pdf> [Visto: 19-08-16]
- Reyna Alfaro, L. M. (2011) *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. Gaceta penal & Procesal penal. Tomo 29, ps. 121-122.
- Rodríguez Vásquez, J. *Peculado por uso de mano de obra de funcionarios públicos*. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-jurisprudencial-1.pdf>

- Rojas Vargas, F. (2007) Delitos contra la Administración Pública, Grijley, 4ª edición, Lima. pg. 589.
- Rojas Vargas, F. (2016) Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Perú: Editorial Nomos & Thesis EIRL, pg. 233.
- Rojas Vargas, F. (2016) Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Nomos & Thesis EIRL, pg. 233.
- R.N. N° 2622-2003 – Lambayeque. CASTILLO ALVA, J. L. (2006), Lima: Jurisprudencia penal, Grijley, T. III, p. 420.
- Urrutia Oré, J. L. (2012) El delito de Peculado por extensión: análisis y crítica. Gaceta penal y Procesal Penal, tomo 31, pg. 181.