

# DERECHO PENAL Y APORTES PENSIONARIOS: LA NECESIDAD DE UNA LEY SOBRE DELITOS PREVISIONALES

---

CÉSAR ABANTO REVILLA<sup>(1)</sup>

---

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TEMA PENSIONARIO

---

La seguridad social es un concepto complejo, pues puede tener diversas definiciones, según el ámbito desde el cual sea enfocada.

Para el ciudadano común, se trata de un derecho fundamental; para la economía, constituye un factor de redistribución de la renta; para la Administración, es un servicio público; y, para el Estado, es una herramienta de la política social.

Desde el punto de vista jurídico, partiendo de la definición de Fajardo<sup>(2)</sup>, consideramos que es un sistema de protección del ser humano frente a las contingencias que se presenten durante el desarrollo de su vida que pueden afectar –de manera transitoria o permanente– su capacidad de trabajar, y tiene por finalidad conservar su nivel socio-económico, buscando el bienestar –y el equilibrio– de la colectividad a través de la redistribución de los ingresos.

Si bien la seguridad social pretende –en teoría– brindar dicha protección durante toda la vida del individuo –desde la cuna hasta la tumba–, en la

---

(1) Profesor de Derecho Previsional y Seguridad Social. Maestrías de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de San Martín de Porres.

(2) FAJARDO CRIVILLERO, Martín. *Teoría General de la Seguridad Social*. Luís Alfredo Ediciones, Lima, 1992, p. 21.

medida en que se trata de un derecho socioeconómico su efectividad estará condicionada a la capacidad financiera del Estado, por lo cual la tutela a todas las personas que integran una nación se producirá progresivamente.

En países como el nuestro –en vías de desarrollo– la seguridad social no puede proteger aún a todas las personas (universalidad), ni todas las contingencias (integralidad), por ello, podemos identificar como principales prestaciones a las de salud (atenciones médicas) y a las pensiones (pago dinerario –generalmente vitalicio– que se otorga al cumplir todos los requisitos legales).

En este trabajo nos centraremos en las pensiones, prestación que es materia de estudio por el Derecho Previsional, rama autónoma del Derecho de la Seguridad Social.

La pensión es una prestación dineraria que se otorga al trabajador asegurado<sup>(3)</sup> en alguno de los regímenes existentes, ante la ocurrencia de contingencias como la vejez (jubilación), cumplir una cantidad de años de servicios (cesantía) o la invalidez. También se reconoce a favor de ciertos familiares<sup>(4)</sup>, si al momento del fallecimiento del causante (asegurado o pensionista con derecho a una prestación) los derechohabientes cumplían todos los requisitos legales.

En el Perú existen –desde diciembre de 1992– dos regímenes de pensiones de manera paralela: el público y el privado. El régimen público está conformado –a su vez– por tres regímenes<sup>(5)</sup>:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP)<sup>(6)</sup>

---

(3) En el Perú tenemos un régimen contributivo o de seguro social, en el cual es necesario –para acceder a una pensión– que la persona esté inscrita y haya aportado en alguno de los regímenes vigentes. Desde el 2011 se ha incorporado un régimen no contributivo de carácter gradual denominado “Pensión 65”, que fuera creado mediante Decreto Supremo N° 081-2011-PCM como un programa de asistencia solidaria, que otorga una prestación a los adultos mayores de 65 años en estado de pobreza extrema.

(4) Los derechos pensionarios no están sujetos a las reglas del Derecho Sucesorio o Hereditario, por tanto, no basta con ser descendiente del asegurado (trabajador activo) o del pensionista (trabajador pasivo que ya percibe la prestación) para tener derecho automático a percibir una pensión de sobrevivencia.

(5) Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de octubre de 2003), los servidores y funcionarios diplomáticos contaban con un régimen de pensiones especial, regulado por el Decreto Legislativo N° 894 (sus antecedentes: Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), que se mantiene solo para aquellos que antes de su derogatoria cumplieron los requisitos correspondientes.

(6) El SNP es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal que a partir del 1 de enero de 1994 –en la práctica, desde 1995– reemplazó al antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) en el manejo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 19990.

- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos<sup>(7)</sup>  
El régimen privado (Sistema Privado de Pensiones: SPP) fue creado<sup>(8)</sup> el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el modelo chileno de inicios de los ochenta por el cual se traslada la administración de las aportaciones y pensiones de los trabajadores a empresas privadas – denominadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)-, las mismas que funcionan bajo la supervisión del Estado<sup>(9)</sup>.

En tal sentido, todo trabajador –público o privado– que inicie su actividad laboral de manera dependiente o independiente<sup>(10)</sup>, deberá elegir entre el SNP o el SPP.

El SNP funciona bajo el sistema financiero de reparto, es decir, que es un fondo común al cual aportan todos los trabajadores actualmente asegurados a dicho régimen, del cual se pagarán las pensiones de quienes hoy son sus beneficiarios, de la misma forma que –en el futuro– la prestación de aquellos será pagada con los aportes de quienes entonces sean los asegurados: modelo de recambio generacional (*pay as you go*).

El SPP, por el contrario, funciona bajo el sistema financiero de capitalización individual, en el cual cada trabajador asegurado (o afiliado) tiene una cuenta personal en la que se depositan su aportación mensual, la rentabilidad que genere la AFP al invertir dichos fondos en el mercado bursátil y financiero, nacional e internacional, y el bono de reconocimiento que corresponda a quien trabajó y aportó previamente para el SNP, pero luego decidió trasladarse al SPP.

En la actualidad ambos regímenes presentan serios problemas en la recaudación de los aportes –porcentaje de la remuneración mensual del trabajador que debe ser entregada a la entidad que recauda o administra cada régimen–<sup>(11)</sup>, en especial de quienes trabajan de manera dependiente para un empleador, quien se constituye en el agente retenedor de dichas cotizaciones.

---

(7) Régimen cerrado de manera definitiva a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por Ley N° 28389. En la actualidad es administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, que ha delegado en la ONP y en algunas entidades estatales –con pensionistas a su cargo– la calificación y pago de las respectivas prestaciones, bajo su supervisión.

(8) Cabe recordar que el 11 de noviembre de 1991 fue originalmente creado –por Decreto Legislativo N° 724– un SPP previo, pero bajo las reglas fijadas por la Constitución de 1979, razón por la cual no llegó a entrar en funcionamiento en ese momento.

(9) A través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que reemplazó a partir del 25 de julio de 2000 (Ley N° 27328) a la extinta Superintendencia de AFP (SAFP).

(10) De acuerdo a los parámetros establecidos por la Ley N° 29903 y sus normas complementarias.

(11) En el SNP el porcentaje de la remuneración mensual del trabajador que se paga por aportación es

Para acceder a una pensión en el SNP –sea de jubilación, invalidez o sobreviviente– o a ciertos beneficios en el SPP –como la pensión mínima, el bono de reconocimiento o la desafiliación–, el asegurado debe acreditar una cantidad determinada de años de aportación, por tanto, cuando el empleador re tiene la cotización (aporte) para pensiones pero no cumple con pagarla, sea a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), en el caso del SNP<sup>(12)</sup>, o a la AFP, en el caso del SPP, se afecta al fondo que permite el acceso a una pensión futura.

El artículo 70<sup>(13)</sup> del Decreto Ley N° 19990 establece que se consideran años, meses y días de cotización o aporte los trabajados por el asegurado, por tanto, este solo está obligado a probar que laboró, aunque su empleador no haya pagado dicho concepto.

Esta situación de morosidad –presente y pasada– ha generado que mensualmente se tenga que recurrir al Tesoro Público para cubrir la planilla de pensionistas del SNP con un promedio de US\$ 50 millones, además de reconocer pensiones de asegurados que seguramente laboraron, pero cuyo empleador no entregó ni un Sol al Estado, lo cual produce un forado financiero en los fondos previsionales que debe cubrirse con los impuestos de toda la colectividad, que podrían destinarse a otros fines: salud, educación, infraestructura, etc.

En el caso de las AFP, la pensión se pagará con cargo al ingreso que se tenga registrado en la cuenta personal de cada asegurado, por tanto, será necesario un proceso judicial previo contra el empleador moroso para que dicha cuenta tenga los fondos suficientes para el pago de una pensión que le permita subsistir decorosamente.

## II. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DE LAS APORTACIONES

---

Como se aprecia de lo expuesto en los puntos precedentes, la tutela de los fondos de seguridad social en pensiones no solo constituye un bien jurídico de carácter individual, en tanto permite al asegurado acceder a dicha

---

del 13 %, mientras que en el SPP es del 10 %, monto al cual se deberán agregar los porcentajes por la prima del seguro previsional y el pago de la comisión de administración de la AFP.

(12) La Sunat recauda las aportaciones del SNP a partir del 1 de enero de 1999 (Ley N° 27038).

(13) Norma modificada por la Ley N° 28991, pero cuya interpretación original se mantiene a partir del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 04762-2007-AA/TC.

prestación, sino también supraindividual<sup>(14)</sup>, en la medida que los impagos generan una afectación global para un grupo de trabajadores –específicamente los del SNP– que deberá ser subsidiada por el Estado, con cargo al Tesoro Público, afectando de esta manera (indirectamente) a toda la colectividad.

Contrariamente a lo opinado por Abanto<sup>(15)</sup>, en el sentido que no habría existido una regulación específica en el Perú respecto a los fraudes contra la seguridad social, cabe precisar que tanto en el SPP –actualmente, y desde su origen– como en el SNP –en el pasado, con el artículo 4 de la Ley N° 20604– se ha regulado al delito de apoderamiento de los aportes pensionarios dentro del ámbito de la apropiación ilícita.

En efecto, en el SPP existe una norma que expresamente habilita al trabajador, la AFP y/o la SBS, a denunciar penalmente al empleador que de forma maliciosa incumple con el pago de las aportaciones pensionarias que retuvo, como consta en el artículo 35 del Decreto Supremo N° 054-97-EF (Texto Único Ordenado de la Ley del SPP), que señala en su tercer párrafo:

*“Artículo 35.-<sup>(16)</sup> (...)*

*Sin perjuicio de las sanciones, multas o intereses moratorios que pudieran recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador, la AFP y/o la Superintendencia pueden accionar penalmente por delito de apropiación ilícita contra los representantes legales del empleador, en el caso de que en forma maliciosa incumplan o cumplan defectuosamente con su obligación de pagar los aportes previsionales retenidos. (...)*

*El Artículo 36 de la citada norma precisa los niveles de responsabilidad personal por dicho impago, añadiendo que –para efectos de la acción penal– dicha responsabilidad es solidaria.*

*Artículo 36.-<sup>(17)</sup> A efectos de lo establecido en el artículo precedente, se considera legalmente responsable:*

---

(14) Como anota BRANDARIZ GARCÍA, Ángel. “La protección penal de la seguridad social”. En: VV. AA. *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, p.614.

(15) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2000, pp. 515-516.

(16) Modificado por la Primera Disposición Final de la Ley N° 27130, publicada el 2 de junio de 1999.

(17) También modificado por la Primera Disposición Final de la Ley N° 27130.

- a) *Al Gerente designado conforme a los artículos 185 y siguientes de la Ley General de Sociedades, si el empleador fuera una sociedad anónima. Si el Gerente fuera una persona jurídica, la responsabilidad recaerá en quien la represente conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades;*
- b) *Al funcionario de más alto nivel, si el empleador fuera una persona jurídica distinta;*
- c) *Al Titular del Pliego o quien haga sus veces, si el empleador fuera una entidad perteneciente al Sector Público; y,*
- d) *A la persona que dirige el negocio o actividad, si el empleador fuera una persona natural.*

*Existe responsabilidad solidaria solo en los casos dispuestos en el tercer párrafo del artículo precedente”.*

En cuanto al SNP, el artículo 4 del Decreto Ley N° 20604 tipificó a mediados de los setenta un tipo penal especial para la apropiación ilícita de los aportes, en los términos siguientes:

*“Artículo 4.- Constituye delito de apropiación ilícita la falta de pago por el empleador al Seguro Social del Perú de las aportaciones correspondientes al Sistema Nacional de Pensiones y a los regímenes de prestaciones de salud, retenidas a los asegurados obligatorios que no fueran abonadas dentro de los 60 días contados a partir del vencimiento del término para hacerlo. La sanción será en este caso la señalada en la primera parte del artículo 240 del Código Penal. El pago de las aportaciones retenidas, dentro de los 30 días de iniciada la acción penal, producirá la extinción de la misma, salvo que hubiere reincidencia en el delito”.*

Si bien no existió una derogación expresa de dicha norma, al ser promulgado Código Penal de 1991, la falta de regulación de dicho ilícito nos llevaría a concluir que estaríamos ante una abrogación tácita, pues el legislador optó por la figura genérica de la apropiación ilícita a que alude el artículo 190 del citado código –aplicación que incluso podría asimilarse a otros tipos penales–, sin embargo, un mayor análisis nos lleva a considerar que existen ciertos rasgos que son inherentes a la apropiación de las aportaciones de la seguridad social en pensiones que no comparten los demás ilícitos, como veremos en los siguientes acápite.

a) Diferencias con el tipo básico de apropiación ilícita

Como sostiene pacíficamente la doctrina nacional<sup>(18)</sup>, este delito se configura cuando el agente introduce dentro de su esfera de dominio un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido de manera lícita, negándose a proceder a la entrega, devolución o a la utilización preestablecida del mismo, generando un provecho propio o a favor de un tercero.

El artículo 190 del Código Penal regula el citado delito en los términos siguientes:

*“Artículo 190.- El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (...).”*

Fuera del análisis de los elementos objetivos de este delito –que no forman parte del presente comentario–, para su consumación resulta indispensable –dentro del ámbito subjetivo– que se constate la existencia del *animus rem simi habendi*, esto es, del deseo del agente de incorporar en su patrimonio un bien ajeno<sup>(19)</sup>, situación que no se presenta necesariamente en el delito de apropiación ilícita de las aportaciones de la seguridad social en pensiones.

En efecto, es común –dentro de la irregularidad en la productividad y beneficios del mercado comercial y económico nacional– que el empleador tenga pero no pague las aportaciones por seguridad social en pensiones ante circunstancias transitorias de crisis financiera –que luego pueden devenir permanentes–, por tanto, estamos ante una imposibilidad material –que deberá ser acreditada– de formalizar dicho pago, en la cual no existe necesariamente una intención en el empleador de apropiarse de las cotizaciones<sup>(20)</sup>, por tanto,

---

(18) Por todos: ROY FREIRE, Luis. *Derecho Penal peruano. Parte especial*. Volumen III, IPCP, Lima, 1983, p. 103 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Volumen III, AFA Editores, Lima, 1988, p. 219 y ss.; y, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 299 y ss.

(19) Como anota Enrique Bacigalupo, citando a Reinhart Maurach, es necesaria la presencia del elemento subjetivo adicional (*animus rem simi habendi*) pues de lo contrario, si fuera penalizado el sólo uso de un bien o de una suma de dinero, se colisionaría con las reglas del Derecho Civil Patrimonial (*Estafa de Seguros: Apropiación Indebida*. Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 66).

(20) Como indica José Ugaz Sánchez Moreno (“El Delito contra la Libertad de Trabajo”. En: *Themis*. N° 26, Revista de Estudiantes de la PUCP, Lima, 1993, p. 106), citando una ejecutoria del 22 de

ante la ausencia del *animus* –núcleo subjetivo del delito– no podría tipificarse como una apropiación ilícita genérica.

El uso indebido (o abusivo) de un bien, no es un sinónimo de la expresión apropiación, pues son conceptos que se excluyen recíprocamente, razón por la cual, para que un hecho caiga bajo el título de “apropiación”, deberá constatarse el *animus rem simi habendi*, pues no siempre el uso (*animus lucrandi*) va a ir acompañado de la intención de apropiarse.

Esta apreciación coincide con la de algunos autores<sup>(21)</sup>, que señalan que tampoco se estaría ante el tipo básico de la apropiación ilícita, en la medida que el empleador no tiene la obligación de devolver, sino la de remitir las aportaciones al ente recaudador, por lo que no estaría actuando en calidad de propietario sino tan sólo de intermediario, careciendo del dolo de apropiarse.

En un antiguo fallo de la Corte Suprema<sup>(22)</sup> se ha establecido que –para que se consume el tipo básico– la apropiación deberá aparejar un provecho para el agente o para un tercero, pues no basta la simple tenencia del bien para imputar este ilícito.

#### b) Diferencias con el delito de violación de la libertad de trabajo

De acuerdo al texto original del segundo párrafo del artículo 168 del Código Penal, incurría en delito de violación de la libertad de trabajo quien no entregase al destinatario la retención efectuada a la remuneración o indemnización del trabajador derivada de mandato legal o judicial. Este supuesto fue derogado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR.

La redacción vigente del referido artículo es la siguiente<sup>(23)</sup>:

*“Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:*

---

junio de 1979 del Supremo Tribunal Español, referida a adeudos laborales, no existiría el delito de apropiación cuando el impago sea consecuencia inevitable de una crisis económica. Dicho criterio también se puede extender a los adeudos por aportaciones de la seguridad social en pensiones.

(21) ÁNGELES GONZALES, Fernando. “Protección Jurídico Penal de los Derechos Laborales en el Perú”. En: *Derecho Penal. Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 32.

(22) Ejecutoria Suprema del 8 de enero de 1998, recaída en el Exp. N° 327-97.

(23) El inciso 3 fue derogado por la Ley N° 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que incorporó el artículo 168-A en el Código Penal.

1. *Integrar o no un sindicato.*
2. *Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.*

*La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona este para extinguir las relaciones laborales”.*

Por mandato legal el empleador retiene un porcentaje de la remuneración del trabajador para entregarlo a la entidad recaudadora correspondiente: en el SNP, la Sunat, en el SPP, la AFP. De no cumplir con dicho mandato, se estaría incurriendo en el delito bajo comentario, como señalaban algunos autores<sup>(24)</sup>.

Contrariamente a dicha postura, en la medida que legalmente se ha precisado que los aspectos relativos a pensiones no forman parte del Derecho Laboral sino del Derecho de la Seguridad Social –en específico, el Derecho Previsional–<sup>(25)</sup>, el ilícito regulado por la norma citada –durante el tiempo que estuvo vigente– no podría haber sido aplicado de manera extensiva al delito de apropiación de las aportaciones, por la prioridad de la especialidad de las leyes y los derechos que de ellas emanan<sup>(26)</sup>.

#### c) **Diferencias con el delito de defraudación tributaria**

El Decreto Legislativo N° 813-Ley Penal Tributaria (LPT), tipifica en sus artículos 1 al 3 las modalidades del delito de defraudación tributaria, precisándose en el inciso b del artículo 2 el siguiente supuesto:

*“Artículo 2.- Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo anterior: (...)*

- b) *No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes y reglamentos pertinentes”.*

---

(24) GAMARRA HERRERA, Ronald. “Violación de la Libertad de Trabajo”. En: *Series Penales*. IDL, Lima, 1991, p.117; y, CARO CORIA, Carlos. “El Derecho Penal Laboral en el Perú”. En: *Themis*. N° 31, Revista de Estudiantes de la PUCP, Lima, 1995, p. 238.

(25) Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 070-98-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Régimen Previsional del Estado.

(26) MORALES CORRALES, Pedro. “La empresa y el delito laboral”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 24, Lima, 1987, p. 84.

A partir de la modificatoria de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario por el artículo 2 de la Ley N° 27038, algunos autores<sup>(27)</sup> consideran que los aportes para pensiones del SNP (no incluye a los del SPP) han adquirido expresamente la calidad de tributo:

“Norma II

*Las aportaciones que administran el Instituto Peruano de Seguridad Social –IPSS y la Oficina de Normalización Previsional– ONP se rigen por las normas de este Código, salvo aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales (...)*”.

No compartimos dicha postura, pues consideramos que las pensiones son prestaciones que no reunirían todas las características de conceptualización de los tributos, constituyéndose así en un elemento singular que –a partir de su configuración legal– tiene particularidades propias y distintas, lo que le da una autonomía e individualidad diferenciada.

En la teoría (y la práctica) los tributos se dividen en: impuestos, contribuciones y tasas<sup>(28)</sup>. Los impuestos, son los tributos de carácter general que pagará el contribuyente sin que exista una proporción respecto del beneficio (por ejemplo: el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto a la Renta, etc.). Las contribuciones, son aquellos tributos cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales (por ejemplo: Fonavi, Senati, Sencico, etc.). Las tasas, son tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente (por ejemplo: los arbitrios, las licencias de funcionamiento, etc.).

A las aportaciones de la seguridad social se las ha ubicado dentro de las contribuciones, y a su vez, dentro de dicho concepto se les coloca en el ámbito de la denominada parafiscalidad.

La contribución parafiscal ha generado diversas opiniones doctrinarias respecto a la definición de su naturaleza jurídica, a tal punto que algunos autores<sup>(29)</sup> le niegan un carácter tributario, sin embargo, se acepta mayori-

---

(27) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La sunatización de las aportaciones de la seguridad social”. En: *Advocatus*. N° 2, Revista de Estudiantes de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 186-187.

(28) Por todos: SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho Tributario e Ilícitos*. 2ª edición, Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 57 y ss.

(29) Morselli, citado por Raúl Rodríguez Lobato (*Derecho Fiscal*. México, 1983, pp. 83-84).

tariamente que comparten todas las características que distinguen a los otros tributos<sup>(30)</sup>, a saber:

- Se establecen por mandato legal;
- Son exigibles coactivamente; y,
- Deben ser cumplidas por los sujetos determinados.

Pese a lo expuesto, considero –partiendo de la autonomía legislativa y científica del Derecho Previsional– que las aportaciones al SNP –si bien fijadas por ley y exigibles en sede coactiva– generan a favor del asegurado la posibilidad de acceder a una prestación económica (pensión) que solo lo beneficiará a él y a sus derechohabientes, por tanto, la LPT no debería aplicarse al supuesto de apropiación ilícita de dichas cotizaciones: el hecho que la Sunat sea el ente que las recauda es una medida operativa o funcional que no afecta su naturaleza previsional, lo que sería aceptado por la propia Ley N° 27038 (Norma II, *in fine*).

### III. LA NECESARIA PROMULGACIÓN DE UNA LEY DE DELITOS PREVISIONALES

---

Como hemos referido en los puntos precedentes, no existe discusión respecto a la necesidad de regular tipos penales específicos para tutelar los fondos de la seguridad social, en este caso, en materia de pensiones, sin embargo, tenemos serias dudas de la existencia de una voluntad política respecto a la aprobación de sanciones en sede penal para dichos supuestos.

En efecto, a pesar que el artículo 12 de la Constitución Política señala que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles –es decir, que no pueden ser utilizadas para un fin distinto, ni ser materia de medidas cautelares o ejecución forzada– y que su aplicación se sujeta a la responsabilidad señalada por ley, han pasado 20 años desde la promulgación de la Carta Magna y hasta la fecha no se dictado la ley de desarrollo que determine la naturaleza de dicha responsabilidad –es decir, si será administrativa, civil o

---

(30) Por todos: MARTÍN, José María. *Introducción a las Finanzas Públicas*. Depalma Editores, Buenos Aires, 1985, p. 225. El autor precisa que la parafiscalidad escapa del control público, como ocurrió en Argentina con el descalabro financiero generado por la Caja de Previsión Social.

penal-, con lo cual resulta una norma meramente declarativa, sin contenido ni eficacia práctica.

Corroborando lo expuesto, cabe recordar que el 24 de octubre de 2001 fue presentado ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 1067/2002-CR –reforzado posteriormente por catorce iniciativas legislativas adicionales–, que proponía la incorporación del Título V-A (“De los Delitos Previsionales”) en el Libro Segundo del Código Penal, a efectos de regular cuatro figuras delictivas que sancionen supuestos de afectación a los fondos pensionarios, en los términos siguientes:

**“LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA CALIFICAR Y SANCIONAR LOS DELITOS PREVISIONALES**

*Artículo 1.– Incorpórese el Título V-A “De Los Delitos Previsionales” en el Libro Segundo del Código Penal, el mismo que queda redactado de la siguiente forma:*

**TÍTULO V-A**

**DELITOS PREVISIONALES**

*Artículo 208-A.– El que se apropia, sustrae, dispone o desvía los aportes, en todo o en parte, destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un Fondo Pensionario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

*El que actuando en cumplimiento de una orden emanada de un superior jerárquico incurre en el delito referido en el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

*Artículo 208-B.– El que se apropia o dispone indebidamente de las retenciones sociales destinadas a una entidad recaudadora en materia pensionaria será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

*Artículo 208-C.- El que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena el no reconocimiento de un derecho pensionario en el plazo establecido en la ley de la materia, o indebidamente niega este derecho al titular del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

*Artículo 208-D.- El que en infracción de la obligación de conservar las planillas u otros documentos que acrediten el abono de los aportes*

*previsionales dentro de los plazos previstos en la ley, permite su destrucción o desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

### **DISPOSICIÓN COMUNES**

*Artículo 208-E.- Los delitos previstos en este Título quedarán constituidos luego de vencido el plazo de 15 días calendario para el cumplimiento del acto debido que deberá otorgarse al funcionario concernido, por vía notarial, antes de la formalización de la denuncia respectiva”.*

El 3 de marzo de 2003 la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República formuló el siguiente texto sustitutorio del citado proyecto, proponiendo que se agreguen un cuarto y quinto párrafos al texto del artículo 190 del Código Penal (Delito de Apropiación Ilícita) y se regulen solo dos tipos penales en relación con dicha materia:

### **“LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y ESTABLECE LA TIFIFICACIÓN Y SANCIÓN DE DELITOS PREVISIONALES**

#### **Artículo 1.- Modificación del artículo 190 del Código Penal**

*Modifíquese el artículo 190 del Código Penal en los siguientes términos:*

*“Artículo 190.- (...)*

*Si el agente se apropia, sustrae, dispone o desvía las aportaciones, en todo o en parte, destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un Fondo Pensionario o de prestaciones de salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

*Cuando el agente se apropia o dispone indebidamente de las aportaciones sociales destinadas a una entidad administradora en materia pensionaria, de salud o de seguros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

#### **Artículo 2.- Sobre los derechos pensionarios**

*El que, abusando ilegítimamente de sus atribuciones, comete u ordena el no reconocimiento de un derecho pensionario en el plazo establecido en la ley de la materia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

*La misma pena se aplicará al que incumple dolosamente las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente.*

#### **Artículo 3.- Sobre los tenedores de las planillas de pago**

*El que en infracción de la obligación de conservar las planillas de pago u otros documentos que acrediten el pago de los aportes previsionales dentro de los plazos previstos en la ley, permite su destrucción o desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

**Artículo 4.- Agotamiento de la vía administrativa**

*La interposición de la denuncia penal correspondiente en el caso del artículo 2 estará sujeta al agotamiento de la vía administrativa establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General señalado en la Ley N° 27444 o por el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, y demás disposiciones modificatorias, complementarias y reglamentarias, según corresponda”.*

Más allá de las observaciones de técnica legislativa jurídico penal en la elaboración de dichas figuras y su posible coincidencia con otros tipos penales comunes ya regulados en el Código Penal, el proyecto tenía como principal valía el hecho de ser el punto de partida para iniciar el debate sobre una regulación específica de los ilícitos en materia pensionaria, como ocurre en la mayoría de países cuya legislación penal nos ha influenciado, como España<sup>(31)</sup> (32).

**(31) Código Penal de 1995. Artículo 307.- Delito contra la Seguridad Social**

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.  
Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:  
La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.  
La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.
2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.
3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.  
La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

(32) Con anterioridad al Código Penal de 1995, la protección de los intereses de la seguridad social en España se derivaba a los clásicos delitos patrimoniales y falsarios, en aplicación del mandato establecido por el artículo 68 de la Ley General de Seguridad Social, como anotan: TERRADI-

Lamentablemente, como suele suceder en temas en los cuales los eventuales responsables son agentes que pueden influenciar en los legisladores, el Proyecto de Ley N° 1067/2002-CR solo terminó siendo la base para la dación de la Ley N° 28470, norma publicada el 26 de febrero de 2005 en el diario oficial *El Peruano*, que se limitó a la modificación de los artículos 37 y 38 del Decreto Supremo N° 054-97-EF, en aspectos relativos a la liquidación de cobranza de adeudos previsionales de las AFP y algunas precisiones para el proceso judicial especial de ejecución para el cobro civil de dichos adeudos. La máxima sanción impuesta en esta norma, fue la de suprimir el beneficio de exoneración del pago de aranceles judiciales a las AFP.

En definitiva, con la finalidad de evitar que el manejo irregular de los fondos y las reservas de la seguridad social –en pensiones y salud– se repitan, es indispensable que se elabore una Ley de Delitos Previsionales, que regule los siguientes aspectos mínimos:

- a) Un delito de apropiación específica para los empleadores que no entreguen los aportes de seguridad social –en pensiones y salud– que corresponden a sus trabajadores.
- b) Un supuesto delictivo para sancionar a los funcionarios públicos y empresarios privados que utilicen de manera indebida los fondos y reservas previsionales.

Estas normas deberían ser aplicables tanto a los regímenes pensionarios públicos como a los privados, estableciéndose paralelamente un registro de los principales empleadores morosos –entre los cuales, el Estado es uno de los principales–<sup>(33)</sup> para afinar la utilización de las medidas coactivas y los procesos civiles de recupero, para obtener una pronta recuperación de dichos adeudos.

La sanción privativa de la libertad que se aplique a dichos ilícitos deberá ir aparejada a una de naturaleza económica (multa), en aras de disminuir esa costumbre evasiva de las obligaciones en materia pensionaria, que perjudica tanto a los trabajadores.

---

LLOS BASOCO, Juan y BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho Penal del Trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1991, pp. 167-169.

(33) En el sexto considerando del Decreto de Urgencia N° 067-98, publicado el 15 de enero de 1999, se reconoció que los diversos organismos del Sector Público tenían deudas pendientes por aportaciones patronales impagas al SNP –solo por el periodo de enero 1988 hasta diciembre de 1996– por un monto total de S/. 551'337,115.87.

Para finalizar, queremos recordar que el 26 de julio de 2003 –hace más de diez años– entró en vigencia la Ley N° 28040, que establece (artículo 3) como requisito de procedibilidad previo para la formalización de denuncias penales contra los funcionarios públicos de las entidades administradoras de regímenes previsionales estatales –también incluiría a los funcionarios de la SBS, que supervisa el funcionamiento del SPP–, la presentación –ante el Ministerio Público o la Policía Nacional– de un Informe Técnico referente a los hechos y a la responsabilidad de los funcionarios y servidores de dicha entidad vinculados con la denuncia respectiva, aunque hubieran cesado<sup>(34)</sup>. Consideramos que este requisito también podría aplicarse –de *lege ferenda*– para los tipos penales especiales que regulen los ilícitos previsionales.

---

(34) Con relación a esta norma: DAGNINO ARRIARÁN, Gino y ABANTO REVILLA, César. “El requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en materia previsional”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 152, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2006, pp. 133-136.